

191  
24



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA  
DE MEXICO

FACULTAD DE DERECHO

FACULTAD DE DERECHO  
SECRETARIA AUXILIAR DE  
EXAMENES PROFESIONALES

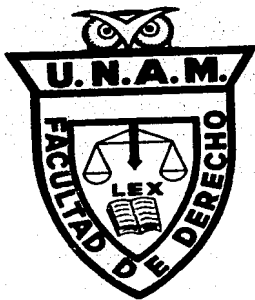
AUTORIA Y PARTICIPACION

# Tesis Profesional

Que para obtener el título de  
LICENCIADO EN DERECHO

presenta

MARIA CONCEPCION CRUZ GOMEZ



México, D. F.

1967



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.

## INDICE

### CAPITULO I. AUTORIA - - - - -

I. La Autoría y la Participación. II. Ubicación de la teoría del autor. III. El concepto de autor. 1. El concepto extensivo de autor. A. contenido. B. Crítica. 2. El concepto restrictivo de autor. A. Orientación Previa. B. Crítica. 3. El concepto Finalista de autor. a) El autor del delito culposo. b) El autor del delito doloso. c) Observaciones al criterio del dominio del hecho. IV. La calidad de autor. 1. Los delitos de propia mano. 2. Los Delitos Especiales. V. Modalidades de la autoría. VI. Autoría inmediata. 1. Contenido VII. La Coautoría. 1. - Los distintos conceptos. 2. La calidad del coautor; la coautoría en los delitos especiales y en los delitos de propia mano. 3. Requisitos esenciales de la coautoría. 4. La realización con junta del delito; diferencia entre coautoría y participación. - A. Teorías Objetivas de la participación. B. Teorías Subjetivas. C. El criterio del dominio del hecho. D. Otros criterios. 5. Los sectores problemáticos de la coautoría. A. Coautoría sucesiva. B. Coautoría en los delitos culposos. C. Coautoría por omisión. D. Coautoría en la tentativa. E. Exceso del coautor. F. Coautoría mediata. 6. Punibilidad de la coautoría. 7. La Autoría Accesoría. VIII. Autoría Mediata. 1. Naturaleza de la autoría mediata. A. Concepto. B. Analogías y Diferencias en tre autoría mediata e instigación. C. La calidad del sujeto activo en la autoría mediata. 2. Modalidades de la autoría mediata. A. Autoría mediata en el actuar atípico del instrumento. a) Falta de las calidades personales de autor en el instrumento. b) Falta del elemento subjetivo requerido por el tipo. B. Auto ría mediata en el actuar ajustado a derecho del instrumento. 1. En la legítima defensa. 2. En el cumplimiento de un deber. 3. Casos discutidos de autoría mediata en el actuar lícito del instrumento. C. Autoría mediata a través de quien actúa incul-

pablemente. 1. Falta de imputabilidad del instrumento. 2. Pue de faltar el dolo y la culpa en el instrumento. (Falta del elemento intelectual del dolo). 3. Autoría mediata por error de -- prohibición del agente directo (mediador en el hecho) 4. Auto-- ría mediata siempre que exista en la persona "medio" una situación de no exigibilidad de otra conducta; falta del elemento volitivo del dolo. D. Casos controvertidos de autoría mediata. 1. Fuer za física irresistible. 2. Hipnotismo E. Casos límites de auto ría mediata. A. La autoría mediata en la omisión. B. La tenta tiva en la autoría mediata. C. El error del autor mediato res-- pecto del actuar doloso del instrumento. D. Exceso del instrumen to. 1. Exceso cuantitativo y cualitativo del agente directo. 2. Los casos de error inesencial en la autoría mediata. 3. La - punibilidad del autor mediato.

## CAPITULO II. CONCEPTO, NOCIONES GENERALES Y REQUISITOS DE LA PARTICIPACION EVENTUAL O CONTINGENTE

I. Concepto. II. Nociones generales de la participación. 1. Ter minología. 2. Naturaleza. A. Teoría Alemana de la Accesoriedad. B. Teoría sobre la Causalidad. C. Teoría que afirma la plurali-- dad de delitos o de la Autonomía de la Complicidad. D. Desarro-- llo definitivo de la teoría causal. III. Participación necesaa-- ria. A. Concepto. B. Naturaleza. C. Terminología. D. Con-- curso eventual en el delito plurisubjetivo. E. Punibilidad del concurso necesario. IV. Participación eventual o contingente, - propia o causal V. Requisitos de la participación. 1. Unidad de delito. A. Cambio del título del delito para alguno de los - intervinientes. B. Delito diverso cometido por alguno de los -- concurrentes. 2. Pluralidad de sujetos. 3. Pluralidad de con-- ductas o hechos. 4. Voluntad de intervenir en la realización -- del delito.

### CAPITULO III. REGLAS BASICAS Y FORMAS DE PARTICIPACION

I. Participación en la tentativa. 1. Observación previa. 2.- El desistimiento y arrepentimiento de un partícipe. 3. Influencia del desistimiento y arrepentimiento del autor en la participación. II. El carácter doloso de la participación. 1. Problemática de la participación en la culpa. 2. Concurrencia de formas de culpabilidad en la participación. A. Concurso culposo en delito doloso. B. Concurso culposo en delito culposo. C. Concurso doloso en delito culposo. 3. El exceso en la ejecución. 4. El error del partícipe respecto del actuar doloso del agente directo III. Participación en cadena. IV. Concurrencia de formas de participación. V. La participación en los delitos especiales. VI. La accesoriadad de la participación. Observación previa. 1. Accesoriadad mínima. 2. Limitada accesoriadad de la participación. 3. La extrema accesoriadad. VII. Comunicabilidad de las circunstancias y los tipos autónomos o independientes. 3. Influencia del artículo 54 en la coautoría y en la autoría mediata. 4. Las distintas posturas doctrinarias 5. La comunicabilidad de las circunstancias en la legislación penal mexicana. A. Calidades y relaciones personales que atenúan la punibilidad. C. Circunstancias objetivas y subjetivas que aumentan o disminuyen la punibilidad. E. Calidades y relaciones personales que fundamentan la pena. VIII. Las formas de participación. Instigación. 1. Concepto. 2. La acción del instigador. Formas. 3. Problemática de la instigación. A. - La instigación ¿es autoría o participación?. B. La instigación debe dirigirse a un sujeto indiferente a la realización del delito. 4. El dolo del instigador. A. La conciencia de la acción de instigación. B. El conocimiento de los elementos de la figura delictiva. C. La voluntad de consumación. 5. El agente provocador (agente provocateur). 6. La conducta o hecho del instigado (del autor del delito). A. Observación previa. B.- El exceso del autor. 1. Exceso cuantitativo. 2. Exceso cualitativo. 3. Los casos de error inesencial o accidental. 7. Instigación no acogida, frustrada o tentativa de instigación.

8. Instigación acogida pero no seguida de la ejecución del delito. 9. La punibilidad del instigador. La complicidad. 1. -- Concepto. 2. La conducta del cómplice. A. Objeto personal de la complicidad. 3. El dolo del cómplice. A. Objeto personal de la complicidad (el autor). B. El conocimiento de los elementos de la figura delictiva. C. La voluntad de consumación. 4. La conducta o hecho del autor. A. La complicidad no es un tipo autónomo sino dependiente del delito de otro. B. Exceso del autor. a) Exceso cuantitativo. b) Exceso cualitativo. 5. Otras reglas. 6. Complicidad negativa, connivencia o reticencia. 7. Punibilidad del cómplice.

#### CAPITULO IV. LA PARTICIPACION EN LA LEGISLACION PENAL MEXICANA

I. La participación en los Códigos de 1871, 1929, 1931. II. 1.- Sistema seguido por el legislador al establecer en el Código Penal vigente las normas sobre autoría y participación. A. Posición adoptada por el Código en lo que respecta a la naturaleza de la participación. B. Graduación de la participación. 2. Análisis del artículo 13 del Código Penal. 3. Análisis del artículo 14 del Código Penal vigente. 4. Análisis del artículo 54 del Código Penal vigente. III. La participación en los Códigos Penales de los Estados. A. Tendencia seguida por los Códigos Penales de los Estados al establecer las normas sobre participación. B. El exceso en la ejecución en los Códigos Penales de los Estados. C. Orientación seguida por los Códigos Penales de los Estados en lo que respecta a la comunicabilidad de las circunstancias.

## PROLOGO

El presente trabajo gira en torno al sujeto activo del delito, a aquél que interviene en la comisión de un delito como autor, instigador o cómplice. De ahí que la -- importancia de este tema sea suma, pues sin sujeto activo -- no habría delito y sin delito no tendría objeto el derecho penal.

La mayoría de las figuras delictivas de la parte-especial del Código Penal, están configuradas de tal manera que pueden ser realizadas por un sólo hombre. Aquí nos encontramos ante el primer rango en la esfera personal criminal: la autoría, cuyas modalidades, conforme al parecer dominante, son: autoría inmediata, coautoría, autoría mediata y autoría accesoria. Ahora bien, si en la perpetración de un evento delictivo inter vienen otro u otros sujetos además del autor, se configura la participación propia o causal. Participación es la even- tual y dolosa intervención en el delito que otro (el autor) dolosamente comete. De este concepto quedan excluidas las formas de cooperación que no estriban en la determinación -- o en la ayuda a la realización del delito; reconociendo tan sólo conforme a la doctrina dominante, como formas de parti cipación a la instigación y a la complicidad.

Hasta aquí, el tema central de esta obra, que fue preparada con el propósito de que sea útil a todas las personas interesadas en iniciar el estudio del sujeto activo -- del delito, y con la finalidad primordial de que sea el último eslabón para alcanzar la culminación de mi carrera. Al efecto en la presente tesis, se analizan: en primer término la autoría, su concepto, nociones genales y cada una de sus modalidades. Posteriormente, el concepto, nociones generales y requisitos de participación. A continuación --

se estudian las reglas básicas y formas de la participación. Para concluir con el análisis de la participación desde el punto de vista legislativo.

Se ha procurado presentar el tema en su enfoque sustantivo, en una forma sintetizada, relacionando en lo posible los postulados doctrinarios, con el aspecto legal; específicamente con los artículos 13, 14 y 54 del Código Penal vigente, por estar contenidas en estos artículos las normas generales sobre autoría y participación.

Finalmente, se espera que el estudio del presente trabajo, además de proporcionar una información general elemental sobre el autor y el partícipe, permita al estudioso estar en aptitud de conocer e identificar las diversas modalidades de la autoría, y las formas de participación, así como las nociones generales y principios básicos que les son aplicables.

María Concepción Cruz Gómez.

México, D.F. a 30 de octubre de 1987.



**CAPITULO I**

**AUTORIA**

## I.- La Autoría y la Participación

1.- La mayoría de normas de la Parte Especial del Código Penal, al describir la conducta o el hecho, o además, según el caso, elementos normativos o subjetivos o ambos, - los vincula a una sanción penal, la cual, se dirige a quién perpetre el tipo respectivo: al autor que realice los elementos de la figura delictiva. Por ello, el problema de -- hasta qué grado pueden ser inculcados sujetos cuyas conductas han sido casualmente eficientes respecto de un evento delictivo, pero que, como tales, no están tipificadas -- quien instiga a otro a cometer un fraude, no es todavía el que ha engañado o aprovechado del error en el sentido del artículo 386 del Código Penal, así como no se ha apoderado de una cosa ajena, el que hace de vigía, en tanto otros roban-- encuentra su solución no en las normas de la parte especial, que describen el delito y establecen una pena para quien lo realiza, sino en las normas sobre participación -- previstas en la parte general del Código Penal (artículos - 13, 14 y 54 del Código Penal). (1)

2.- Doctrinariamente la participación es estudiada desde dos puntos de vista: en sentido lato y en sentido estricto. Dentro de la participación lato sensu, el primer rango queda reservado a la autoría, cuya noción no es fácil de determinar; por el contrario, su concepto es de los más controvertidos en doctrina y de los más desiguales en la le

---

(1). Veasé, MAURACH Reinhart, Tratado de Derecho Penal, T. II, pág. 299, y sigs. Ediciones Ariel, Barcelona -- 1962. BETTIOL Giuseppe, Derecho Penal Parte General, - pags. 498 y 499, Ed. Temis, Bogotá, 1965; Zaffaroni, E. R., tratado de Derecho Penal, T IV, Ediar, B. Aires, 1982, pag. 287 y sigs.

gislación comparada, perfilándose una doble tendencia: la restrictiva y la extensiva. Lo antagónico de las posturas doctrinal y de derecho comparado, afecta en grado sumo a la participación strictu sensu, en virtud de que, dependerá -- del concepto que se tenga de autor, la extensión o reduc -- ción del ámbito de la participación eventual o contingente, especialmente en lo que se refiere a la instigación. Res -- pecto de ésta, el juicio se bifurca. La instigación cons -- tituye para algunos tratadistas una forma de participación, para otros una modalidad de la autoría como más adelante se -- verá. ROSSI (2) al abordar el estudio del concurso de per -- sonas en el delito, distinguió a los concurrentes en dos ca -- tegorías: codélinquants y cómplices. Dividió a la codelin -- cuencia en tres formas, señalando en la primera, la de los -- provocadores directos, los autores de la resolución crimi -- nal que, sin intervenir en la ejecución del delito, han si -- do causa de que otros lo ejecuten. Aún en la actualidad, -- parte de la doctrina postula el criterio de distinción en -- tre autoría y complicidad; considerando al instigador den -- tro del primer grupo; basan su afirmación en el siguiente -- razonamiento: la determinación no es participación, queda -- fuera de ella; el instigador concibe y planea el delito, de -- terminando a otro a ejecutarlo; no participa, sino que el -- es el autor intelectual del delito. La única forma de par -- ticipación es la complicidad. Posición contraria, sostiene la doctrina alemana, que fiel al principio de la accesorie -- dad, quizá con razón, ve en el instigador a un partícipe. -- Así MAURACH, señala que: "participación es la libre y dolo -- sa cooperación en el delito doloso de otro. Esta defini -- ción permite separar aquellas formas de cooperación crimi --

---

(2) Citado por FLORIAN, EUGENIO, Der. Penal Parte General T. -- II. pág. 13, Librería la Propagandista, 1929.

nal, que restan fuera de la esfera aquí circunscrita, y reconocer tan sólo conforme a la teoría dominante, como formas de participación a instigación y complicidad". (3) Para MEZGER "el fundamento de tal especial valoración como forma de participación en el acto punible ajeno, yace en el primer requisito exigido por la instigación, a saber: en hacer surgir en otra persona la resolución de cometer el hecho". (4)

#### I. AUTORIA

1. Autoría inmediata
2. Autoría mediata
3. Coautoría
4. Autoría intelectual

Participación  
(lato sensu)

#### II. PARTICIPACION (Strictu Sen su)

1. Complicidad

La participación según la escuela Clásica de ROSSI (veasé QUINTANO RIPOLLES ANTONIO, Compendio de Derecho Penal, T. I. pág. 246; VILLALOBOS Dinámica del Delito, pág. - 221; CARRACA Y TRUJILLO, Derecho Penal Mexicano, pág. 639; CUELLO CALON, Derecho Penal, T. I. pág. 549).

---

(3) Tratado de Derecho Penal, T. II. pág. 350, Traducción de Juan Córdoba Roda, Ediciones Ariel, Barcelona, -- 1962.

(4) Tratado de Derecho Penal, T. II. págs. 309, 310, Traducción de la 2a. ed. Alemana (1933) por José Rodríguez Muñoz, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid 1949.

1. Autoría inmediata

AUTORIA 2. Coautoría

3. Autoría mediata.

1. Instigación

PARTICIPACION EVENTUAL O CONTINGENTE

2. Complicidad (5)

La teoría de la participación según la doctrina actual (MAURACH Tratado de Derecho Penal, T. II. pág. 350, - Ariel, Barcelona, 1962, WELZEL, Derecho Penal, Parte Gr1. - págs. 103 y s.s. Roque de Palma, Buenos Aires, 1973. ANTOLI SEI, Manual de Derecho Penal, pág. 399, UTEHA, Buenos Aires 1960).

Este último criterio es el mas acertado desde el momento en que la acción de instigación no integra por sí -- misma el elemento objetivo de un delito, dependiendo la punilulidad del instigador del delito realizado por otro (el autor), la determinación es accesoria del actuar principal, es participación.

## II. UBICACION DE LA TEORIA DEL AUTOR.

Respecto del sitio que corresponde a la teoría -- del autor, los criterios se bifurcan:

1.- La doctrina dominante trata a la autoría en - el marco de la participación, como una de las formas de apa

---

(5) Así, WELZEL sostiene que, "injusto es injusto personal, es decir, le es esencial la relación con el autor. Es - por ello, que pertenece a la teoría del injusto el estudio de cómo él llega a ser autor". Derecho Penal, Parte Gr1. pág. 103, Roque de Palma, Buenos Aires, 1956.

rición del delito.

2. Para cierto sector doctrinario, la teoría del autor constituye el centro personal de acción del injusto, correspondiendo, por tanto, su estudio en la teoría del injusto.

Si bien es cierto que una acción es antijurídica sólo por obra de un determinado autor, quien ha dirigido finalísticamente su voluntad hacia una determinada meta, siendo dicho autor, por tanto, el centro personal de acción del injusto (acción antijurídica); no deja de ser verdad que para dar existencia al delito debe el sujeto haber recorrido un camino, el iter criminis, para concibirlo, resolver su ejecución, comenzarlo y finalmente ejecutarlo, debiendo por esta razón, ubicarse al estudio del autor en las formas de aparición del delito.

### III. EL CONCEPTO DE AUTOR

Dos son los conceptos que pretenden determinar la noción de autor del delito: el extensivo y el restrictivo.-

#### 1.- El Concepto extensivo de autor

##### A. CONTENIDO

Los creadores de este concepto, parten del principio, que la conducta del autor y la del partícipe tienen como circunstancia común la causación del resultado. Al en contrar la noción extensiva el fundamento de toda responsabilidad jurídico-penal, en el valor causal de la acción res pecto de un delito, y no en las características de su estructura formal, llega a la consecuencia de que de todo ser

causal para la producción del resultado se deriva la autoría. Si es autor todo sujeto que está en determinada relación causal con un evento delictivo, no existe ninguna razón para distinguir entre autor y partícipe; de ahí que, en principio será autor no sólo quien realice por sí mismo los elementos de la figura delictiva, y quien se sirva de otro como instrumento, sino también aquél que determine a un hombre responsable a la realización del delito, así como quien auxilie al autor principal. Por tanto, instigador y cómplice, al ser causales de la producción del delito, serán considerados autores. (6)

#### B. CRITICA

a) Al admitir asimilaciones de naturaleza logística, extrañas al tipo, la noción extensiva de autor no puede resolver los casos en que el causante no reúne las calidades exigidas por la ley para el autor.

b) El rechazo decisivo al concepto extensivo de autor radica en que al considerar a todo causante como autor, pasa por alto el principio nullum crimen nulla poena sine lege, en virtud del cual, la base de toda responsabilidad penal son los tipos legales; sus amenazas punitivas se dirigen a quien actúa típicamente; al autor del delito. En tanto que, los partícipes sólo podrán ser sometidos a responsabilidad penal debido a las normas sobre participación previstas en la parte general del Código Penal. (7)

---

(6) Veasé BETTIOL, Der. Penal. Parte General, pág. 494. tesis, Bogotá, 1965.

(7) Veasé sobre todo ésto MAURACH, Tratado de Derecho Penal, T. II, pág. 304 y s.s. Ediciones Ariel, Barcelona 1962.

c) Finalmente, al tomar el dolo y el interés personal en el resultado, como elemento distintivo entre autor y partícipe, tratando de limitar el tan extenso concepto de autor, a que condujo su punto de vista objetivo; olvidó la noción extensiva de autor, que no es la sola "voluntad de autor" lo que hace autor a quien ha sido causa del delito, sino que debe de haber realizado los elementos del tipo y los restantes que integran la figura delictiva en especial para que pueda llegar a ser autor de un evento lesivo.

## 2. El Concepto restrictivo de autor.

El estudio del concepto restrictivo de autor, se aborda desde dos puntos de vista doctrinarios, basados en la conducta o hecho descritos por la norma. El primero (A) parte del tipo legal, el segundo (B) del concepto finalista de acción.

### A. Orientación previa: La autoría como problema de tipo.

El concepto restrictivo de autor que parte del tipo penal, se basa en el texto de los tipos especiales, de tal manera que será autor quien lleve a cabo la conducta o hechos tipificados, es decir, este criterio reduce la noción de autor a la concreta y exclusiva adecuación al tipo "el que se apodere", "el que prive de la vida", etc. Sólo una conducta o hecho causales descritos por un tipo dan lugar a la autoría. Instigación y complicidad vienen a ser procesos extratípicos de causación y favorecimiento, que al quedar fuera de la tipicidad deberían quedar libres de toda pena, en razón del principio de legalidad, si no fueran incluidos dentro de la eficacia penal de los tipos de la parte especial por las normas de la parte general, que adque-



ren según esta teoría, el carácter de normas extensivas de la punibilidad, porque amplían la esfera de la conminación penal de la norma especial (la que describe el delito y preve una sanción para quien realice los elementos del tipo, respectivo) a comportamientos que por sí mismos no se adecúan a un tipo concreto. De lo que se colige que, es autor "el que realiza culpablemente con su propio comportamiento un hecho previsto como delito por una ley incriminatoria y determina así la lesión efectiva o potencial de un bien tutelado". (8) La autoría es pues, la realización del tipo basada en la propia conducta o hecho, a la que se equiparan los casos en que un sujeto se sirve de un hombre cuando éste no haya sido por su parte responsable de la comisión del delito. El concepto restrictivo del autor encuentra su base en la objetiva teoría de la participación.

#### B.) Crítica

a ) El concepto de autor aportado por la noción restrictiva al sólo tomar en cuenta la realización típica, sin atender al contenido de la voluntad, es común a los delitos dolosos y culposos. De tal suerte que al ser la autoría un concepto de referencia de la accesoria participación, ésta se verá vinculada a las dos especies de autoría, a saber: autoría dolosa y autoría culposa. Ocasionando la apreciación de la participación, en los delitos culposos, lo que contraría la esencia misma de la participación al constituir la voluntad de intervenir en la realización del delito, uno de sus requisitos fundamentales.

b ) Al abanderarse con los postulados de la teoría formal objetiva de la participación, para distinguir en

---

(8) BETTIOL, Derecho Penal, parte general, Pg. 495,4a. ed., Temis, Bogotá, 1965.

tre autor y partícipe-autor es siempre quien realiza un elemento del tipo, no es nunca autor quien no ha realizado una conducta o hecho que se adecúe a un tipo-, la noción restrictiva pasa por alto, aquellos casos en los que el cooperador aún cuando no ha realizado una conducta o hecho típicos, debe ser inculcado como coautor, en virtud de su coparticipación en la conjunta resolución para la realización común del delito. Así los jefes o cabecillas de organizaciones criminales, pues el director u organizador no es un instigador en el sentido de la ley, sino que su intervención se puede calificar "de acto principal", es coautoría. (9)

Por otra parte, opina ZAFFARONNI, que la exigencia de que el sujeto ejecutase de modo inmediato los elementos del tipo, excluía del ámbito de la autoría aquellos casos en que el autor se vale de un tercero en la comisión del delito; p.ej., el que en lugar de una bala de "fogueo" coloca un proyectil en el arma a utilizarse por otro en una representación teatral, sería instigador según este criterio. -- Por ello, tratando de obviar estos inconvenientes, el concepto restrictivo de autor, acude a una ampliación del verbo típico, en función del simple empleo del lenguaje cotidiano. (10) Esto implica solo la renuncia a la aplicación de criterios precisos de limitación.

### 3. El Concepto Finalista de autor.

#### 1.- El concepto finalista de autor se obtiene de

---

(9) Véase LISZT, tratado de Derecho Penal, T. III. pág.89 ED. Reus, Madrid, 1929.

(10) Cfr. Teoría del Delito, pág. 634, EDIAR, Buenos Aires, 1963.

las resoluciones fundamentales del concepto final de acción y del concepto de injusto personal, pues, como es sabido, - los postuladores de esta doctrina ubican el concepto de autor en la teoría del injusto. El autor es el centro personal de la conducta o hecho antijurídicos. (11)

Para los sostenedores de este criterio, el contenido de la autoría debe ser enjuiciado de modo diverso en - los delitos dolosos y culposos.

a) El autor del delito culposos.

La característica común a los delitos dolosos y - culposos es la acción, ubicada en la base de todo tipo, y - definida por los finalistas como "una conducta orientada - por la voluntad rectora a una determinada meta (resultado). (12) En los delitos dolosos la voluntad (como dolo) se dirige a la realización del delito; en cambio, los delitos culposos se caracterizan porque, en tanto que el sujeto dirige su voluntad a un resultado extratípico, como consecuencia - de su error sobre el proceso causal, la actuación de esa voluntad objetivamente errada será causal para el resultado - típico. Le faltará aquella característica que se perfila como elemento constitutivo de la autoría de los delitos dolosos: el objetivo dominio del acto.

Desde el momento en que el autor del delito culpo

---

(11) WELZEL Hans, Derecho Penal, parte general, Roque de - Palma Editor, Buenos Aires, 1956, pág. 105.

(12) MAURACH Reinhart. tratado de Derecho Penal T. II. pág. 307, Traducc. por Juan Córdoba Roda, Ediciones Ariel, Barcelona, 1962.

so es quien causa un resultado típico por violar un deber - de cuidado que personalmente le incumbe, representando tan sólo un accidental factor de causalidad, su conducta no puede servir de base a una teoría de la participación, (pues - le faltaría la voluntad dirigida a la realización del resultado típico). Dicho de otro modo, y tomando en consideración lo expuesto por ZAFFARONNI, si el fundamento de la responsabilidad del autor culposo, radica en la causación del resultado típico, por la violación al deber de cuidado que personalmente le incumbe, su conducta no puede servir de base a una teoría de la participación, pues la fundamentación de la autoría del agente culposo en la causación, conduce a la consideración que toda intervención en el proceso causal es autoría. (13) De ello deducen los postuladores de la teoría finalista que: el autor del delito culposo será siempre autor único; no importa que hayan intervenido otros sujetos. Cada uno será tratado como si él solo hubiera causado el resultado, aún cuando aparentemente su conducta o hecho deberán ser valorados desde el punto de vista de la inmediata causación del resultado. Es por ello, que quien al actuar culposamente, sirve de instrumento a un autor doloso, es -- responsable como autor único, independientemente de la responsabilidad de quien lo haya utilizado como instrumento -- (del autor mediato). (14)

b). El autor del delito doloso

Según REINHART MAURACH, "el delito doloso se ca--

---

(13) Teoría del Delito, pág. 629, EDIAR, Buenos Aires, 1973

(14) Veasé MAURACH, Tratado de Derecho Penal, T. II. pág - 308, Ediciones Ariel, Barcelona 1962.

racteriza por el ininterrumpido paralelismo entre la voluntad rectora final y el proceso causal dirigido al resultado". (15) Autor del delito doloso no sólo es quien causa el resultado, sino quien tiene el dominio del hecho, dominio del acto, "es el doloso tener las riendas del acontecimiento típico, esto es la posibilidad conocida por el agente de dirigir finalmente, la configuración del tipo". (16) Expresado con otras palabras, el señorío del acto lo tiene todo sujeto que se encuentre en la situación real por él -- percibida, de dejar correr, detener o interrumpir la realización del delito. La autoría no representará problema alguno cuando el delito sea perpetrado por un solo sujeto, -- quien será responsable indudablemente como autor. De intervenir varios sujetos en la comisión de un delito doloso, la distinción entre autor y partícipe, se hallara en el dominio del acto. Todas las formas de participación, señalan -- los finalistas, se distinguen de la autoría por faltar al -- partícipe el dominio del acto.

c). Observaciones al criterio del dominio del --  
hecho ( Tatherrschaft)

Si bien, el dominio del hecho resulta un adecuado criterio diferenciador; como toda creación humana no es totalmente perfecto. Si no se precisa, puede orillarnos a -- confusiones. Ante todo, según ZAFFARONNI, no debe identificarse el dominio del acto con el dolo, porque también con -- dolo se conducen los partícipes (instigador y cómplice). -

---

(15) Tratado de Derecho Penal, T. II, pág. 308 Ediciones --  
Ariel, Barcelona, 1962.

(16) MAURACH, REINHART, Tratado de Derecho Penal, T. II, --  
pág. 309, Ediciones Ariel, Barcelona, 1962.

No hay lugar a dudas que hay dolo y que éste configura el dominio del hecho, en los casos en que el delito es realizado por un sólo hombre, pero en los casos de intervención plural, el dolo es mas extenso que el dominio del acto, pues éste último únicamente lo poseen los autores; en cambio, el dolo pertenece a todos los que concurren en la perpetración del evento delictuoso. (17)

Por otro lado, el criterio del dominio del hecho, como característica general de la autoría, no resuelve por sí sólo, los casos en que el tipo exige determinadas características personales de autor, ya sean de índole objetiva (calidad de funcionario, de hijo etc.), o subjetiva (elementos subjetivos del injusto: determinadas tendencias, intenciones, o formas de ánimo), o bien porque la figura típica requiera la realización inmediata por el autor (delitos de propia mano). (18)

#### IV. LA CALIDAD DE AUTOR

La mayoría de tipos de la parte especial del Código penal están formulados de tal manera que cualquier sujeto puede ser autor de un delito. Por excepción, existe tipos que sólo pueden ser perpetrados por determinadas personas; a esta categoría pertenecen los delitos de propia mano y los delitos especiales. En estos delitos la posibilidad de la autoría se circunscribe a la esfera de las personas -- que reúnen las calidades requeridas por el tipo, es decir, au-

(17) Veasé, Teoría del Delito, pág. 636, EDIAR, Buenos Aires 1973.

(18) Cfr, también ZAFFARONNI obr, ct. pág. 337.

tores "idóneos". De ello se colige que quien no posea dicha calidad, nunca podrá ser autor de esas figuras delictivas. Respecto de ellos, quedan excluidas todas las modalidades de la autoría (autoría inmediata, coautoría, autoría mediata, autoría accesoria). La participación en todas sus formas (instigación y complicidad), es posible sin limitación alguna, pues como el partícipe interviene en la realización de un delito ajeno, no tienen porqué revestir la cualidad de autor, aunque en casos excepcionales, puedan exigirse también a su aportación las calidades típicas.

Uno de los problemas más difíciles que se presentan en relación con estas categorías delictivas, es el relativo a la intervención de sujetos no calificados, aparentemente como coautores o autores mediatos. Los criterios doctrinarios formulados para dar una solución a éste problema, son los siguientes:

a) El tercero que intervenga aparentemente como coautor o autor mediato, en un delito especial o de propio mano, debe responder a título diverso, en virtud de que en estos delitos, la calidad personal deja de ser circunstancial, para constituir figuras criminales rigurosamente específicas, rompiéndose la sustantividad si no se acepta que el extraño pueda participar en ellos a título diverso. Así "quien conjuntamente con un funcionario público, realiza una malversación de fondos públicos, debe ser sancionado, no por dicho delito, sino por hurto o estafa, según las características objetivas de la infracción". (19)

---

(19) QUINTANO RIPOLLES Antonio, Compendio de Derecho Penal Vol. I, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1958.

b) Para EDMUNDO MEZGER, autor y coautor del delito especial solo pueden serlo las personas calificadas (intraneus), el sujeto no calificado (extraneus) que participe en el delito especial desciende necesariamente al papel de cómplice; o bien debe ser hecho responsable como autor de un delito general cuando se trate de un delito especial impropio, esto es, también de un delito generalmente punible. (20)

c) Según REINHART MAURACH, en orden a la punibilidad de extraños en los delitos especiales en sentido estricto y en los delitos de propia mano; cualquier forma de autoría resulta imposible; la participación no está limitada. De ahí que, los terceros que participen aparentemente como coautores o autores mediatos, el no estar en situación de realizar la conducta o hecho descritos como delito, no podrán ser autores, pudiendo sólo ser sometidos a responsabilidad criminal cuando exista un precepto legal que expresamente sancione sus conductas; de no haber sido especialmente incriminadas por un tipo, serán impunes. (21)

Así, por ejemplo, la instigación sobre un sujeto que se encuentra bajo un error esencial e invencible para el pronunciamiento de una declaración objetivamente falsa; para ser punible debe estar prevista específicamente por un tipo, pues no podría sancionarse por perjurio en autoría mediata desde el momento en que el falso testimonio (perjurio) es considerado un delito de propia mano; quedando por

(20) Véase, Tratado de Der. Penal, T. II, págs. 290 y 307 --- Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1949.

(21) Véase Tratado de Derecho Penal, T. II. pág. 290, Ediciones Ariel Barcelona, 1962.



tanto, el inductor, en caso de que no existiera un tipo -- (ar. 247 fracción III, del Código Penal) que específicamente sanciona esa conducta, libre de toda pena.

Semejante es el caso de la utilización para la -- certificación de hechos falsos, de un funcionario que obra inculpablemente; se trata de un supuesto de autoría mediata que, por no estar específicamente incriminado por un tipo, no será punible.

#### 1. Los delitos de propia mano.

Los delitos de propia mano son aquéllos, en que - la Ley parece exigir que la conducta para ser típica y por ello punible, debe ser ejecutada por el autor en persona. - Utilizando las palabras de MAURACH, diríamos que, "determinados tipos, por razón de su injusto, están necesariamente formulados de tal modo que autor solo puede ser quien esté en situación de ejecutar inmediata y corporalmente la acción prohibida". (22)

Los delitos de propia mano, según este autor, son de mera conducta; en ellos, el resultado es totalmente in diferente para el derecho, basándose el desvalor de la acción en la circunstancia de que la ejecución de la acción - típica está prohibida precisamente al autor (el incesto al pariente, la prevaricación al juez, el perjurio al testigo) De ello se desprende, la imposibilidad de la intervención - de extraños como autores, esto es, ni como coautores ni como autores mediatos. La participación strictu sensu, es --

---

(22) Tratado de Derecho Penal, T.I. pág. 289, Ariel, Barcelona, 1962.

perfectamente posible, los partícipes quedarán sometidos a responsabilidad conforme a las normas sobre participación, pues desde el momento en que el partícipe interviene en la realización de un delito que otro (el autor) perpetra, no hay razón para exigírsele la calidad de autor. Sólo por excepción, pudiera requerirse a la aportación del cómplice la calidad de propia mano. (23)

Pertenecen, ante todo, a los delitos de propia mano, según la opinión dominante: el perjurio, los delicta carnalis, y, en general, eventos lesivos en los cuales la ejecución inmediata y corporal de la acción, de acuerdo con el tipo, es lo que constituye delito, v.gr., la deserción.

La cuestión acerca de los mal denominados "delitos sexuales" (delicta carnalia) es la mas debatida. Para cierto secto de la doctrina, entre quienes se encuentran -- HELLMUTH. MEYER, (24) los delicta carnalis están creados pensando en la autorealización, por ende queda excluida la autoría mediata. Para HANS WELZEL, (25) el fundamento de la pena de los delitos carnales es el "acto carnal impuro como tal"; por ello, solo admiten la realización personal. Según SEBASTIAN SOLER, (26) debemos tomar en consideración -- las características del tipo, naturaleza y bien jurídico tutelado, para determinar si se trata de un delito de propia mano, p.ej., en el adulterio, el análisis del tipo nos --

---

(23) Cfr. MAURACH, ob. cit. pág. 312

(24) Citado MEZGER Edmundo, Tratado de Derecho Penal, T.I - pág. 288, Editorial Revista de Derecho Penal, Madrid - 1949.

(25) Derecho Penal, parte general, pág. 112 Roque de Palma Editor, Buenos Aires, 1956.

(26) Derecho Penal, Argentino, T. II. pág. 263, 3a ed. TEA Buenos Aires, 1956.

muestra su naturaleza eminentemente subjetiva, consistente en la violación de la fe conyugal, algo que solo por el conyuge y conscientemente puede hacerse. EDMUNDO MEZGER, (27) es de opinión contraria; para él, los delicta carnis, de -- adulterio, incesto y otros delitos análogos contra la hones tidad, pueden cometerse "por otro". De tal afirmación, se colige, que para MEZGER, los delicta carnis no son delitos de propia mano.

En lo tocante a la violación, no existe una opi-- nión uniforme en torno a la cuestión del carácter de propia mano de este delito. Conforme al artículo 265 del Código - Penal, el delito de violación está constituido por dos actos: fuerza física o moral y yacimiento, pudiendo se aplica da la fuerza por un sujeto distinto al que realiza la copú la. De ahí que se acepte que una mujer pueda ser autor me diato del delito previsto en el invocado artículo 265. P. - ejm., la madre corruptora que influye en el ánimo de la -- hija adolescente, hasta lograr que se quiebre su ferrea opo sición frente al hombre. Para EUGENIO ZAFFARONNI, el deli to de violación constituye un tipo de autoría de propia ma no; por tanto, los supuestos en que un sujeto se sirva de - otro para cometer una violación, únicamente podrán ser solu cionados si se prevé un caso de autoría típicamente inde-- pendiente, un tipo independiente de autoría. (28)

OPINION PERSONAL. En cada caso deberá analizarse la concreta figura delictiva, tomando en cuenta su naturale za, elementos que la integran (sujeto activo, pasivo, bien

---

(27) Tratado de Derecho Penal. T. II. págs. 288 y 289, Edi torial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1949.

(28) Cfr. Teoría del Delito, págs. 639 y 642, EDIAR, Buenos Aires, 1973.

jurídico tutelado, etc.), para así resolver si se trata de un delito de propia mano.

## 2. Los delitos especiales.

El delito propio especial o exclusivo es aquél en que el tipo exige determinado sujeto activo. Ello significa, que el autor debe revestir determinadas calidades, sin las que el delito no es posible.

De ello se deduce que:

a) El círculo de las personas que pueden ser autoras de un delito especial, se circunscribe a aquéllos que reúnen la calidad exigida, pues quien no revista dicha calificación, no puede ser autor de ese delito, en virtud de que a su conducta o a su hecho le faltaría un elemento típico. El que no es funcionario no puede ser autor de un propio delito de funcionario. Quien no es hijo no puede ser autor de parricidio (art. 323).

b) En los casos, tanto de autoría, como de intervención plural, si el autor inmediato reúne las calidades exigidas por el tipo, no hay problema de autoría y lo único que puede plantearse es el grado de responsabilidad del partícipe. Expresado con otras palabras, la participación eventual (instigación y complicidad) en los delitos especiales es indudablemente posible, los partícipes deberán ser -incurrimados conforme a las reglas sobre participación, salvo disposición legal en contrario. La razón de la punibilidad del partícipe es obvia: si la participación es causal o favorecimiento del delito ajeno, no hay por qué exigir al partícipe la calidad de autor.

c) Finalmente, como en estas categorías delictivas lo que se prohíbe y sanciona con una pena, no es una de terminada conducta personal, sino la comisión del delito -- por la persona que reviste la calidad típica requerida (in-traneus); no cabe duda de que la persona dotada de dicha ca lidad puede perpetrar el delito sirviéndose de otro como -- instrumento, aún cuando éste no reúna la calidad exigida -- por la ley para el autor. (29)

#### V. MODALIDADES DE LA AUTORIA

De acuerdo con la opinión dominante las diversas formas de autoría son, a saber:

1) Autoría inmediata (o de propia mano), regulada por la fracción II del artículo 13 del CP., "Constituye el tácito punto de partida de la ley, al que está referido al texto de los particulares tipos". (30)

2) Coautoría. Prevista por la ley, en el artículo 13, fracción III. Contempla este precepto la consciente y voluntaria realización conjunta del delito, sobre la base de una resolución común.

3) Autoría mediata. Regulada por el Código Penal, artículo 13 fracción IV. Se trata en esta modalidad, de --

(29) Cfr. MEZGER, Tratado de Derecho Penal, T. II. pág 287 Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1949.

(30) MAURACH REINHART, Tratado de Derecho Penal, T. II, pág. 309, Ediciones Ariel Barcelona, 1962.

los casos en que el autor se sirve de un instrumento humano para la realización de un delito.

4) Autoría accesoria. Se trata de un supuesto no regulado expresamente por el Código Penal, sino abandonado al derecho consuetudinario, y consiste en la accidental y espontánea cooperación dolosa de varios sujetos para la consecución del mismo delito, sin que medie el conocimiento del aporte común. (31)

Por lo que respecta, a la autoría intelectual, -- hemos dicho en páginas precedentes, que existe una discrepancia en cuanto a su naturaleza; parte de la Doctrina sostiene que, se trata de una modalidad de la autoría. (32) La opinión dominante la considera una forma de participación -- en sentido estricto (instigación). (33) Los partidarios de este criterio, opina ZAFFARONNI, prescinden del vocablo "autoría intelectual" para diferenciarla de la instigación, -- esencialmente porque ((la escuela de derecho fundada por --

---

(31) Veasé WELZEL, Derecho Penal, parte general, pág. 117 - Roqué de Palma, Editor, Buenos Aires, 1956. MAURACH ob cit. pág. 348.

(32) Así, QUINTANO RIPOLLES, ANTONIO, señala que, "el autor moral, motor, inductor o instigador, es aquél que sin participar materialmente en el delito, determina idealmente su perpetración por otra persona". Compendio de Derecho Penal, Vol. I, pág. 246, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid. 1958.

(33) Veasé MAURACH, REINHART, Tratado de Derecho Penal, T. II. pág. 350, Ediciones Ariel, Barcelona, 1962. MEZGER EDMUNDO, Tratado de Derecho Penal, T. II. pág. 309 y - 310, 2a. ed., Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1949. WELZEL, HANS, Derecho Penal, parte general pág. 117 Roqué de Palma Editor, Buenos Aires, 1956.

Hegel, recalcando la importancia de la libre voluntad, ya no pudo sostener la reunión de la autoría propia con la institución de una voluntad ajena)). (34)

## VI. AUTORIA INMEDIATA (Art. 13-II)

### 1. Observación previa.

La autoría inmediata (autoría única o simple), "constituye el tácito punto de partida de la ley, al que es tá referido el texto de los particulares tipos", (35) "el que prive de la vida", "el que obtenga un lucro indebido", etc.

Como es sabido, el tipo "es una conducta o un hecho descritos por la norma, que en ocasiones esa mera descripción objetiva contiene además, según el caso, elementos normativos, o subjetivos del injusto o ambos". (36) Pues bien, para construir el concepto de autor inmediato debe partirse de la concreta adecuación al tipo penal realización de los elementos típicos -, sin olvidar que el ser autor de una conducta o hecho tipificados, no significa ya, desde el punto de vista jurídico, ser autor de un delito; por lo cual, el sujeto debe además realizar los restantes -

---

(34) Teoría del Delito, pág, 664, EDIAR, Buenos Aires, 1975.

(35) MAURACH, REINHART, Tratado de Derecho Penal, T. II. -- pág. 309, Ediciones Ariel, Barcelona, 1962.

(36) PORTE PETIT Candaudap, Celestino, Apuntamientos de la parte general del Derecho Penal, págs, 423 y 424, 5a. ed., Editorial Porrúa, S. A. México, 1980.

elementos que integran la figura delictiva, ya que el delito está constituido por varios elementos, no sólo por la descripción legal (tipo). Por esto, el concepto que se dé de autor inmediato debe ser en el sentido, de que es aquél que realiza culpablemente, por sí mismo, la conducta o hecho expresados por el tipo de la figura delictiva. En otras palabras, autor inmediato es quien en forma corporalmente inmediata realiza los elementos de la figura delictiva, y posee además las características personales de autor exigidas por el tipo respectivo.

Importa destacar que, desde el momento en que el autor inmediato es aquél a quien se refiere la ley cuando establece el tipo de delito, una regulación general de su concepto (de autor), reservada a la parte general del Código penal, no es sin embargo necesaria. (37)

## VII. COAUTORIA (Art. 13-III)

### 1. LOS DISTINTOS CONCEPTOS

Coautoría es la conciente y voluntaria cooperación de varios sujetos para la realización conjunta del delito. Coautor es quien poseyendo la calidad de autor requerida por el tipo y participando de una resolución común sobre la base de ella coparticipa en la realización conjunta de los elementos de la figura delictiva.

Para MEZGER, "es coautor el que como autor, conjuntamente con otro autor plenamente responsable ha causado

---

(37) Veasé MAURACH, Tratado de Derecho Penal T. II. pág. 309 Ediciones Ariel, Barcelona, 1962.



el resultado". (38) Según SOLER, "la coautoría se caracteriza, porque su acción y su responsabilidad no dependen de la acción o responsabilidad de otros sujetos. Verdadero coautor es aquél que sigue siendo autor aún cuando hipóticamente se suprima otra participación". (39) Para JIMENEZ DE ASUA, "el coautor no es más que un autor que coopera con otro u otros autores. Si suprimiéramos la existencia de otros colaboradores, seguiría siendo autor, porque realizó actos típicos y consumativos." (40) Según LISZT "autor es además, aquél que en colaboración consciente con otros, ha comenzado o acabado el acto de ejecución (actos de coautor)". (41) Para CARRARA el coautor en sentido estricto, es el que participa activamente en el último acto consumativo del delito. El vocablo coautor designa la concurrencia activa al acto que en realidad consume la respectiva violación de la ley". (42) Para NUNEZ "coautores son los que toman parte en la ejecución del hecho" (43) Según ZAFFARONNI, "hay coautoría cuando dos o mas participantes llevan a cabo conjuntamente la realización típica en forma tal, que cada uno de ellos, asisladamente, ejecuta la acción típica en su totalidad y ambos reúnen los requisitos típicos necesarios para -

---

(38) Tratado de Derecho Penal, T. II. pág. 289, Editorial - Revista de Derecho Privado, Madrid, 1949.

(39) Derecho Penal Argentino T. II. pág 264, TEA, Buenos Aires, 1956.

(40) La Ley y el Delito, pág. 544, Herms, México D.F., Buenos Aires. 1954.

(41) Tratado de Derecho Penal, T.III. pág. 82,83, Reus, Madrid, 1929.

(42) Programa de Derecho Criminal, parte general. V.1, pág-314 Temis, Bogota, 1956.

(43) Derecho Penal Argentino, T.II, pág 284, OMEBA, Buenos Aires 1960.

ser autores". (44) Para WELZEL. "la coautoría es autoría, - cuya particularidad consiste en que el dominio del hecho -- unitario es común a varias personas". (45) Según MAURACH, - "coautoría es el cooperar querido, consciente y con divi-- sión del trabajo, de varios autores para la consecución del mismo resultado típico". (46)

Como vemos, no existe uniformidad en los linea-- mientos que siguen los autores para configurar el concepto de coautoría. Las diferentes concepciones aportadas, lleva-- das a la práctica producen consecuencias del todo distintas perfilándose una contraposición entre el concepto causal y final de la acción.

Supina importancia tienen en la coautoría los vo-- cablos "ejecución del hecho" y "acto consumativo", en vir-- tud de que, según se toma como base uno u otro para el con-- cepto de coautoría, totalmente diferirá su aplicación en la realidad fáctica. ¿En qué consiste la realización conjunta del delito? en la ejecución o en la consumación del delito.

¿Qué debe entenderse por ejecución del hecho? Par te de la doctrina sostiene que, "ejecución" ha de entender-- se en su sentido técnico, como realización de una conducta

---

(44) Teoría del Delito, pág. 646, EDIAR, Buenos Aires, 1973.

(45) Der. Penal, parte grl., pág. 113, de Palma, Buenos Ai-- res, 1956.

(46) Tratado de Derecho Penal, T. II. pág. 331, Ediciones - Ariel, Barcelona, 1962.

típica. (47) Para otros, el término ejecución del hecho no tiene la significación limitada, de conducta consumativa -- del delito, "la ejecución del hecho significa poner en obra el delito en sí, vale decir, supone una cooperación para -- que el se ejecute. Tal concepto absorbe todas las conductas que directamente realizan el delito mediante actos ejecutivos principales o secundarios". (48)

Partiendo del concepto de consumación, entendida como la integración de todos los elementos que componen la figura delictiva en especial, diríamos que la conducta consumativa es aquella que, entre otras notas esenciales del delito, existe adecuación a lo prescrito por el tipo legal.

De lo anterior se coligen las siguientes consecuencias: si coautoría es cooperación para que el delito se ejecute, son coautores de homicidio los que lo consuman disparándole a la víctima, los que infieren las lesiones que producen su muerte y los que actúan contra o sobre ésta impidiendo o debilitando su defensa; en la violación, el que tuvo el yacimiento y el que ejerció violencia sobre la mujer; en el robo, el que se apoderó de las cosas y quien -- ejerció la violencia sobre el sujeto pasivo. Si la coautoría se circunscribe al último acto consumativo, son coautores, solo quienes dispararon la bala o infirieron las lesiones que produjeron la muerte del pasivo del homicidio, los que a la par se apoderaron del bien mueble con ánimo de dominio de lucro o de uso; el que tuvo el acceso carnal.

---

(47) Veasé WELZEL, Dcho. Penal. parte Gr1. pág. 114, Roque de Palma Editor, Buenos Aires. 1956.

(48) C. NÚÑEZ Ricardo. Derecho Penal, T. II. págs. 284, -- 285, OMEBA Buenos Aires, 1960.

Ahora bien, si el primer criterio es mas exacto - en su fundamento, no debe conducirnos al extremo de soste- - ner que, "en los delitos especiales pueden ser coautores -- las personas no calificadas que, tomando parte en la ejecu- - ción del hecho, no realicen el acto consumativo, el cual -- siempre debe estar a cargo de una persona calificada de -- acuerdo con la ley". (49), pues de lo contrario se destrui- - ría el concepto de delito especial, propio o exclusivo; ni tampoco extender el concepto de ejecución a toda conducta - que no se refiera a la ejecución en sí del delito, como la de- - procurar las armas o instrumentos, éstos no son más que cóm plices, si bien, su aporte pudo haber sido de relevancia pa- - ra la realización del delito y por ello merecer una penali- - dad mayor que la del simple vigía; no existe base legal pa- - ra sostener en estos actos la coautoría. Coautoría es eje- - cución conjunta. Complicidad es ayuda o auxilio para la -- ejecución.

## 2. La coautoría en los delitos especiales y en los delitos de propia mano.

La coautoría es una modalidad de la autoría, por tal razón, coautor sólo puede serlo, quien sea autor idóneo conforme a lo decrito por el tipo respectivo. De ello se - infiere que:

A. En los delitos especiales sólo puede ser coau- - tor el que posea la calidad de autor exigida por el tipo -- (intraneus), v. gr., en el delito de un funcionario sólo un

---

(49) NUÑEZ C. Ricardo, Derecho Penal, T. II, pág. 287, OMEBA Buenos Aires, 1960.

funcionario; coautor de una evasión fiscal solo puede serlo el obligado al pago de los tributos; coautor de parricidio solo puede serlo otro hijo. El sujeto que no reñna la calidad de autor, esto es, el no calificado (extraneus), responderá a título diverso cuando se trata de un delito generalmente punible (el que conjuntamente con el hijo priva de la vida al padre de éste, responderá por homicidio). (50). La problemática surge tratándose de los delitos especiales en sentido estricto, v.gr., la prevaricación, pues el formar la calidad de autor, un elemento constitutivo del delito, no podrá sancionarse a quien aparentemente intervino como coautor, pudiendo solo ser sometido a responsabilidad criminal, en opinión de MAURACH, siempre que exista un tipo legal que expresamente incrimine su conducta o hecho, de no existir un tipo legal que sancione específicamente esa conducta o hecho, quedará libre de toda pena. (51) Conforme al criterio sustentado por MEZGER, "cualquier clase de participación del no cualificado en el delito especial descien de por sí misma a la categoría de simple auxilio". (52)

B. Los delitos de propia mano, Respecto de la admisión de la coautoría en los delitos de propia mano, no existe unanimidad en la doctrina.

a). Según EDMUNDO MEZGER, la coautoría queda ex-

---

(50) Veasé MEZGER, Tratado de Derecho Penal, T. II. pág. Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1949.

(51) Tratado de Derecho Penal, T. II. pág. 290, Ariel, Barcelona, 1962.

(52) Tratado de Derecho Penal, T. II. págs. 290 , 307, 336, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1949.

cluida en los delitos de propia mano, en razón de que, al requerir éstos una realización personal del tipo, excluyen la realización en común, que es el presupuesto constitutivo de la coautoría. (53)

b). El sector doctrinario que está por la admisión de la coautoría en los delitos de propia mano, sostiene que, un delito de propia mano puede ser ejecutado en coautoría por quienes realizan personalmente la conducta delictiva. Expresado con otras palabras, es posible la coautoría en los delitos de propia mano, con la exigencia de que cada coautor realice por sí mismo la conducta o hecho punibles. (54)

Aquí, vuelve a aparecer la problemática figura de la violación. La doctrina dominante señala, con razón, que éste delito constituido por dos actos (fuerza física o moral y yacimiento) al ser el primero de sus elementos independiente del sexo del autor, puede ser realizado por una mujer como coautora; en tanto que, el segundo elemento típico requiere la realización por un hombre (la cópula se circunscribe al autor del sexo masculino). En contra, ZAFFARONNI, quien afirma que, "en estos delitos el aporte no es intercambiable de modo que, aunque el que ejerza la violencia sobre la víctima de violación efectúe un aporte indispensable

---

(53) Tratado de Derecho Penal T. II. pág. 290, Revista de Derecho Privado, Madrid. 1949.

(54) Veasé, MAURACH, Tratado de Derecho Penal, T. II. pág. 331, Ariel, Barcelona, 1962. WELZEL, Derecho Penal, - parte general, pág. 117, Roque de Palma Editor, Buenos Aires, 1956.

ble, siempre será cómplice primario pero nunca autor". (55)

Al parecer este autor olvida que, desde el momento en que, el sujeto ha realizado por sí, un elemento típico nunca podrá invocar la calidad de cómplice. Por otro lado, la complicidad denominada primaria, implica un auxilio al autor o autores no a la realización del delito, como sucede en el supuesto mencionado.

### 3.- REQUISITOS ESENCIALES DE LA COAUTORIA

La definición legal de la coautoría como "realización conjunta del delito", requiere como caracteres constitutivos: el conocimiento de los elementos de la figura delictiva y la consciencia de cooperación con otros coautores. Solo la conjunción de estos requisitos caracteriza a cada uno de los participantes como coautor del delito. La falta de conocimiento de los elementos del delito, o de la cooperación en común, hara imposible el concepto de coautor, configurándose otra forma de intervención como instigación, complicidad, autoría accesoria o hasta en determinados supuestos autoría mediata. De ello se colige que:

A.- Coautoría requiere como elemento constitutivo la voluntaria cooperación de varios sujetos, en los tipos --

---

(55) Según este tratadista argentino, los delitos de propina no admiten la coautoría por división del trabajo para la realización típica (sin perjuicio de que la admitan como realización típica individual). De ahí que no admita la coautoría en el delito de violación. Teoría del Delito, pág. 649, EDIAR, Buenos Aires, 1973.

que en abstracto pueden perpetrarse por un solo sujeto (delitos unisubjetivos). Quedan excluidos de la coautoría los supuestos en los que la descripción típica prevé la intervención de dos o más personas (delitos plurisubjetivos). A estos casos la doctrina les ha denominado "participación necesaria".

B. Coautoría presupone consciente cooperación en común. Ello significa, el conocimiento recíproco, expreso o tácito de la "realización conjunta del delito", llevada a cabo sobre la base de una "conjunta resolución".

El vínculo de voluntad entre los varios participantes, constituye un requisito esencial de la coautoría, - pues si, entre los varios cooperadores en la producción del mismo resultado, tan sólo uno posee el conocimiento de los elementos de la figura delictiva, o bien, sólo uno de ellos conoce la resolución del otro dirigida a la comisión del delito; puede ser responsable como único autor (autor mediato) o como cómplice, según sea su real forma de participación. Por ejemplo: Cuando A resuelto a privar de la vida a B utilizando para ello un veneno; se entera por casualidad de que C al igual que él, persigue el mismo fin, pero con una dosis tal de veneno que la muerte de B se produjo por el consumo de ambas cantidades; A deberá ser juzgado como único autor directo del homicidio consumado (autoría mediata queda descartada, en razón de que C no fue utilizado como instrumento por A), mientras que C, asimismo autor único, solo podrá ser castigado por tentativa de homicidio, por no adecuarse a la causalidad conjunta de A. Ahora bien, si no existiera la consciencia de cooperación en común, es decir, si ninguno de los sujetos tuviera el conocimiento de la conducta o hecho del otro, se verificaría una autoría acceso-



ria, y en ambos tentativa de homicidio. (56)

Como la coautoría es una cooperación conjunta a la realización del delito, y no al coautor o coautores, el nexo de voluntad existente entre los participantes, afecta a la comunidad del flicito, no requiriendo por tanto, el conocimiento de la persona del coparticipante; "basta con que cada uno de los sujetos sepa que otros pretendan el mismo resultado, sin que deba preocuparse por la personalidad del que actúa de modo paralelo: existe pues coautoría si dos presos en celdas separadas se comunican, por golpes contra la pared, el lugar de la proyectada rotura del muro", (57). El entendimiento recíproco puede ser expreso o tácito, o -- por omisión de una manifestación ordenada (58), y puede surgir antes de dar comienzo a la ejecución (el denominado complot), durante la misma (coautoría causal) o después que el primer autor haya realizado una parte de la conducta o del hecho (coautoría sucesiva). (59)

Si como veremos, la participación en sentido estricto (instigación y complicidad) exige como requisito la identidad del delito, en la coautoría (participación lato sensu) al parecer no sucede así; según MAURACH, "para la co

---

(56) El ejemplo pertenece a MAURACH, tratado de Derecho Penal, T. II. pág. 332, Ediciones Ariel, Barcelona, 1962.

(57) MAURACH, OB. cit. pág. 333

(58) Cfr. WELZEL, Derecho Penal. parte general, pág. 113, Roque de Palma Editor, Buenos Aires, 1956.

(59) Cfr. MEZGER Tratado de Derecho Penal, T. II. pág 292. - Editorial REvista de Derecho Privado, Madrid, 1949.

unidad de la cooperación basta con que ésta se dirija a tipos penales análogos, sin que la apreciación de coautoría - resulte obstaculizada por la circunstancia de que cada uno de los coautores pueda ser condenado por una ley penal distinta. En tanto ambas acciones hayan aprovechado la misma ocasión, y mantengan entre sí una cierta relación de espacio y tiempo sin necesidad de que estén dirigidas al mismo objeto". (60) De ahí que aprecie coautoría en los siguientes casos: cuando la conducta de un participante cumple el tipo de robo, y la del otro, el de chantaje violento, así mismo entre robo simple, robo de famélico y sustracción de medios de consumo.

3. La resolución a la conjunta comisión del delito constituye el requisito subjetivo de la coautoría, "tan sólo por su objetivización", esto es, por la conjunta realización del delito, surgirá la coautoría.

No obstante, lo anterior, la mera resolución conjunta del delito, puede constituir un tipo autónomo. Así, en nuestro derecho, la simple asociación determina la existencia de delito (at. 164). Es más, el Código Penal prevé como regla general el sólo acuerdo (art. 13-I).

4. REALIZACION CONJUNTA DEL DELITO: Diferencia entre coautoría y participación (complicidad).

La coautoría está constituida (en su particularidad) por dos elementos: el subjetivo, la resolución conjunta

---

(60) Tratado de Derecho Penal, T. II. pág. 333, Ediciones - Ariel Barcelona, 1962.

ta del delito o entendimiento recíproco y la objetivización de esa resolución, por la conjunta realización del delito. Esta característica objetiva de la coautoría, sirve para -- distinguirla de aquellos modos de cooperación que no radican en la ejecución del delito, sino tan sólo en el auxilio o ayuda en la realización. ¿Qué debe entenderse por realización conjunta?. La discrepancia en torno a la interpretación de este concepto ha constituido uno de los puntos conflictivos de la parte general de Derecho Penal, perfilándose las siguientes teorías:

A. Teorías Objetivas de la Participación, a su vez se subdividen:

a) Teoría formal objetiva.- De acuerdo con la teoría formal objetiva, "realización" ha de entenderse en el sentido técnico, como realización de una conducta o hecho típicos, es decir, el deslinde entre ejecución y auxilio se determina por la adecuación a lo prescrito por el tipo (tipicidad); es coautor quien realiza un elemento del tipo. - Concede mínima importancia al elemento subjetivo, a la voluntad del autor en el comportamiento conjunto; lo trascendente es la adecuación de la conducta o hecho inmediatos. - Se es cómplice cuando se actúa fuera del ámbito de la tipicidad, en forma meramente auxiliar.

Este criterio exacto en su fundamento, al solo tomar en cuenta el aspecto formal, olvida que existen supuestos en los que el sujeto activo, pese a no haber realizado ningún elemento del tipo, debe ser considerado un verdadero coautor, tomando como base su coparticipación en la resolución conjunta del delito. (61) Dentro de estos supuestos -

(61) Veasé MAURACH, Tratado de Derecho Penal, T. II, pág. - 345 Ediciones Ariel, Barcelona, 1962.

incluye MAURACH ciertos casos de coautoría por división del trabajo; v. gr., ((al jefe de la banda que dirige el atraco planéandolo y controlándolo, no podía castigarlo como autor sino tan sólo como cómplice, desde el momento en que éste - dejó a sus "cómplices" la cuestión del propio atraco sin intervenir directamente en él)). (62)

b) Teorías objetivas materiales.- Además de la referencia a la norma general sobre participación y a los tipos de la parte especial (que describen el delito y cominan la pena para quien lo realice) señalan otras consideraciones de mayor trascendencia: la eficiencia causal de los actos de los intervinientes. En estas teorías materiales se incluyen las denominadas teorías de la causalidad, cuya característica primordial es el traslado a la teoría de la participación de la oposición propugnada por al teoría general de la causalidad, entre causa y condición. Así BIRKMEYER sostuvo que el autor pone la cusa en la producción del resultado, en tanto que el partícipe (cómplice) pone una -- simple condición. (63)

Las teorías objetivas materiales se caracterizan por vincular el valor de la conducta o hecho perpetrados en cada caso concreto con el bien jurídico protegido. Señalan como propias del autor la conducta o hecho representativos de una agresión inmediata y potente, mientras que las conductas que constituyen un ataque indirecto y de menor intensi-

---

(62) Tratado de Derecho Penal, T. II. pág. 335, Ariel, Bar celona, 1962.

(63) Veasé, MEZGER, Tratado de Derecho Penal, T. II. pág. 320 Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1949.

dad, son ubicadas en el campo de la propia participación: el autor ataca el bien jurídico tutelado; el cómplice simplemente prepara la agresión o la asegura. (64)

B. TEORIAS SUBJETIVAS. Fundamentan la distinción entre coautor y cómplice, desde la especial posición de la culpabilidad de los intervinientes.

En contraposición a las tendencias que adoptan el criterio objetivo aparece la teoría subjetiva de la participación, creada por Köstlin y moldeada en forma determinante para la práctica por Von BURI, (65) quien tomando en consideración el aporte de los distintos intervinientes en la --causación del resultado, sin distinguir entre causa y condición, llega a la conclusión de la equivalencia de todas las condiciones. Causa es en el fondo la totalidad de los factores que producen el resultado. Toda causa condiciona el efecto no en sí misma, sino en relación con las otras, con las cuales interviene en la realización del delito. De --aquí se sigue que todas las condiciones del resultado, sean puestas por quien sea, son "equivalentes", del mismo valor entre sí. De ello, deduce Von BURI, que no siendo posible encontrar la distinción entre autor y partícipe en el ámbito de la causalidad, no queda otro camino que el de buscar la diferencia en terrenos subjetivos, en la distinta postura psicológica del sujeto frente al delito: autor es quien actúa con dolo de autor (animus auctoris), el que quiere el

---

(64) Cfr. MEZGER, Tratado de Derecho Penal, T. II. pág. 320 Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1949.

(65) Citados por MAURACH, Tratado de Derecho Penal, T. II. pág. 336, Ediciones Ariel, Barcelona, 1962

acto como propio de modo absoluto; cómplice es el que actúa con animus socii, quien quiere el acto como ajeno, sólo con dicionalmente subordinándolo a la voluntad del autor. (66)

La teoría del dolus contenida en la fórmula "querer el acto como propio" nos llevará a la teoría del "interés personal" que el sujeto tiene en el resultado como indicio de su querer de autor. Si el sujeto tiene interés en la realización del delito, existirá la presunción de la propia voluntad, y por consiguiente se constituirá la autoría; en ausencia del indicio, deberá considerarse que falta la voluntad de la propia conducta (de autor), y sólo se originará la participación.

#### CRITICA

1.- El criterio del dolo o animus, acogido por el Tribunal Supremo del Imperio Alemán, es demasiado incierto e inestable para que en él pueda basarse la distinción entre autor y partícipe. Es incierto porque, no dice en qué consiste el dolo de autor, e inestable porque no se fundamenta, únicamente se afirma, presentando posteriormente esa afirmación como fundamentación. Un sujeto es autor porque tenía la voluntad de autor; el porqué tenía esa voluntad y lo que significa, queda en mera afirmación. (67)

---

(66) Cfr. MEZGER, Tratado de Derecho Penal, pág. 322, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid 1949.

(67) La crítica a la fórmula del animus es desarrollada, entre otros, por WELZEL, Derecho Penal, parte general págs. 115 y 116, Roque de Palma, Buenos Aires, 1956.

Este criterio condujo descabelladamente a incriminar como simple cómplice a quien había perpetrado por si mismo un tipo, sólo porque le faltó la voluntad de autor y el interés personal en el resultado, mientras que al instigador le sancionó como autor.

Al fundamentar la autoría en el interés, olvidó la teoría subjetiva de la participación, que algunos tipos sancionan como autor también a quien se conduce en interés ajeno. En su consecuencia lógica, debiera sancionarse como cómplice a quien mata por mandato. Tampoco hubiera podido señalar como autor al servidor público que, para usos ajenos, distrae alguna de las cosas pertenecientes al Estado.

2.- La oposición decisiva a la Teoría Subjetiva de la Participación, se debió fundamentalmente a que pasó por alto el principio de legalidad, base de todo derecho penal Constitucional. Fundamento de toda responsabilidad jurídico penal, son los tipos legales. Su punibilidad se refiere al autor del delito, en tanto que los partícipes únicamente podrán ser sometidos a responsabilidad criminal, en virtud, de las normas sobre participación. De ahí que, todo aquél que realiza los elementos del tipo (y demás de la figura delictiva) quedará sometido a la sanción que el tipo prevé para el autor. En contraste, la teoría subjetiva de la participación, al tratar de sustituir la objetiva "realización conjunta" por el subjetivo "querer el acto como propio", condujo a que por vez primera el principio nullum crimen sine typo fuera superfluo en los casos de intervención eventual de varios sujetos en la comisión de un delito: la realización de los elementos del tipo no recaerá sobre el agente si no la ha "querido como propia", sin que la lejanía del sujeto respecto del marco típico -no realización de ningún elemento del tipo- le sirva de nada si tiene interés

en el resultado. (68) Un ejemplo típico de la doctrina alemana es el caso de la banera: - - - - Inmediatamente después de haber dado a luz un hijo fuera de matrimonio, la débil madre pidió a su hermana por temor a la cólera del padre, que ahogase al recién nacido en la bañera. Un razonamiento correcto y conforme con las disposiciones legales, - sostendría el castigo de la hermana como autora y de la madre como instigadora; pero si acudimos a la teoría del interés, se propondría un absurdo, penar a la madre como autora (mediata) y a la hermana como cómplice, desde el momento en que ésta cometió el infanticidio en interés de la madre soltera.

#### C. El criterio de dominio de hecho (Tatherrschaft)

Ante el fracaso de las anteriores teorías (teorías objetivas y subjetivas de la participación), surge la indistintamente denominada, teoría final objetiva o teoría del dominio del hecho, sostenida fundamentalmente por los autores finalistas.

Si bien, al igual que la teoría formal objetiva - toma como punto de partida el real aporte objetivo de los - varios participantes, se distingue de ésta, en que no se -- apoya en una interpretación del concepto "realización con-- junta", como adecuación a lo previsto por el tipo, sino que se fundamenta también en la finalidad, postulando como prin

---

(68) Cfr. Sobre todos los puntos de la Crítica, MAURACH, -- Tratado de Derecho Penal, T. II. pág. 339, Ariel, Barcelona, 1962. ZAFFARONNI, Teoría del Delito, pág. -- 635, EDIAR, Buenos, Aires, 1973.



cipio diferencial básico el dominio objetivo del hecho, que caracterizara a todas las formas de la autoría dolosa - y faltará en el actuar del partícipe. (69) De ello, deduce los siguientes razonamientos:

1.- Coautor lo es, en primer lugar, quien realiza por sí mismo un elemento del tipo, aunque no tenga interés por el resultado, ni una representación del querer el hecho como propio, de ahí que:

a) No puede invocar el dolo de cómplice quien realiza un elemento del tipo. Por esta razón, en el "caso de la bañera", la hermana que ahoga al niño no puede recurrir a la simple complicidad. Tampoco el sujeto que aplica la fuerza, mientras que el otro realiza el ayuntamiento, puede invocar el dolo de cómplice.

b) Coautor únicamente lo es quien posea la calidad exigida por el tipo. Por lo cual, en los delitos perpetrados por un intraneus sólo puede serlo otro intraneus. - Cooperación de personas no cualificadas, en los delitos especiales o en los delitos de propia mano, sólo es posible en la forma de participación (instigación o complicidad).

2.- Coautor es, no sólo el cotitular del formal - dominio del hecho, sino el cotitular del material - - - - dominio del hecho. Dominio del acto es, según MAURACH, "el doloso tener en las manos el curso del suceso típico. Domi

---

(69) Vease MAURACH, Tratado de Derecho Penal, R. II, págs. 307 y ss, 342 y ss., Ediciones Ariel, Barcelona 1962. ZAFFARONNI, Teoría del Delito, págs. 635 y ss. EDIAR, Buenos Aires, 1963. WELZEL, Derecho Penal, parte general, págs. 104 y ss, Roque de Palma, Buenos Aires - 1956.

nio sobre el hecho lo tiene cada uno de los cooperadores -- que puede voluntariamente interrumpir o dejar correr la realización del resultado total". (70) De ello derivan, los seguidores de esta teoría, que coautor lo puede ser quien aparentemente se limita a simples actos de causación psíquica (instigación al delito) o a actos preparatorios o auxiliares (complicidad en el delito), siempre que éste tenga el material dominio del hecho. La característica del señorío del acto a pesar de basarse en el dolo, es de naturaleza objetiva, ya que no basta la simple voluntad de dominio del hecho, sino que se requiere que voluntariamente se deforma a ese hecho. En tal virtud, si bien, no se excluirá -- una coautoría "intelectual", sí se distinguirá de manera material concreta de la instigación y de la intelectual complicidad: coautor es, quien sin intervenir directamente controla el curso del acontecer delictivo, regulándolo y rigiéndolo; instigador, aquél cuyo aporte concluye con hacer surgir en otro la resolución de cometer el delito; cómplice (intelectual), aquél cuya cooperación termina con el apoyo o la indicación al autor en la realización del delito. - (71)

#### D. Otros Criterios

Giuseppe Bettiol, sostiene que deben tomarse en cuenta los postulados, tanto de la teoría objetiva, como los de la teoría subjetiva de la participación; pero el cri

---

(70) Tratado de Derecho Penal, T. II., pág. 343, Ediciones Ariel, Barcelona, 1962.

(71) Cfr. MAURACH, Tratado de Derecho Penal T. II., pág. 344 Ediciones Ariel, Barcelona, 1962.

terio verdaderamente seguro dice este autor para encontrar la distinción entre autor y partícipe, nos lo proporciona la norma de la parte general: "El acto de participación no es elemento constitutivo del delito tal como está descrito en la norma incriminatoria, sino que es un acto meramente eventual que, como tal, puede aún no existir. Pero una vez que esté efectivamente presente, su incriminación depende de una norma penal distinta, es decir, de la que extiende o integra la primera: de la norma sobre participación". (72)

Para encontrar un criterio diferenciador entre coautoría y participación deben conjugarse los postulados tanto de la teoría objetiva como subjetiva de la participación. Así, es coautor quien ha perpetrado algún elemento típico, subjetivamente tenía la voluntad común de realización y en los delitos especiales poseía la calidad de autor requerida por el tipo respectivo. Pero, también es coautor quien sin haber realizado ninguna conducta o hecho adecuados a un tipo ha coparticipado en la resolución común para la realización conjunta del delito.

Cómplice es aquel que voluntaria y conscientemente ha cometido conductas de ayuda o auxilio para la ejecución del delito, de la cual dependerá su punibilidad. En cambio la punibilidad del coautor es autónoma de la de su codelincuente; su conducta o hecho integran el elemento objetivo de una figura delictiva, en cambio la conducta del cómplice no está descrita por una norma especial, sino por las normas de la parte general del derecho penal. Ambas participaciones, la una en sentido amplio (autoría), la otra en sentido estricto, son eventuales o contingentes.

---

(72) Derecho Penal. Parte General, pág. 502, 4a. Edición, Themis, Bogotá. 1965.

Finalmente, importa destacar que, la realización conjunta del delito puede llevarse a cabo de dos formas: -- por intervención parificada (varios individuos apuñalan a la misma persona, se apoderan del mismo objeto, prenden fuego simultáneamente al mismo edificio), o por división del trabajo. La primera hipótesis, a la que la doctrina italiana conocía como "cooperación simple", no presenta dificultad teórica alguna, aunque sí frecuentemente de prueba; por ejm., varios sujetos conciertan dar muerte a un hombre a tiros. Es indudable, que en este caso, el hombre debió morir por una causa, y ésta en concreto es uno de los disparos. - Para una teoría formal objetiva extrema, es autor del homicidio solo quien es autor de esa causa, en tanto que, los demás participantes serían autores de tentativa de homicidio. Conforme a la teoría material objetiva la solución a la que se llega es semejante: la causa del fenecimiento es el disparo mortal. Ninguna de las soluciones es satisfactoria, y de pretender llevarse a la práctica, el problema probatorio sería casi imposible de resolver. YA MANZINI, tomó en consideración este tipo de situaciones, por lo que afirmó: "sería restringir demasiado el sentido del ejecutor limitándolo al solo acto consumativo, esto es, al último acto ejecutivo; de otra sería ampliarlo superlativamente, extendiéndolo a todo acto de ejecución, esto es, también a aquellos que no se refieren directamente a la producción del hecho imputable". (73)

Es evidente que dentro de este razonamiento queda comprendida la segunda forma de coautoría, a saber: la coautoría por división del trabajo, que es aquella en la que la

---

(73) Tratado de Derecho Penal, TOMO 3, pág. 251, EDIAR, Soc. Anon Buenos Aires, 1949.

realización conjunta de un delito, se verifica en operaciones distintas, dirigidas todas a la ejecución directa del -- mismo delito; por ello, se establece una división del trabajo entre los varios cooperadores, sin que cada uno por separado, realice individualmente la totalidad del tipo, sino -- solo la parte que corresponde a su respectiva tarea.

Ejemplos: Un sujeto detiene a la mujer, mientras el otro realiza el coito. Dos individuos conciertan cometer un robo a un banco; uno de ellos amaga al personal y al público con un arma, en tanto que el otro se apodera del dinero de la caja. Ticio ejecuta el dibujo, Cayo lo reproduce sobre piedra litográfica, otro realiza las ulteriores -- operaciones de fabricación de moneda falsa. X jefe de una organización criminal, dirige la realización del delito -- planteándolo y controlándolo, pero sin intervenir directamente dejando a sus "compinches" la ejecución de los elementos propios de -- la figura delictiva.

Los supuestos de coautoría por división del trabajo ofrecen grandes dificultades a los tratadistas, particularmente su distinción de la instigación y de la complicidad, en razón de que, en ellos cada uno de los sujetos participantes realiza "una parte" del tipo, pero ninguno la totalidad; p.ej., en el caso del robo al banco, uno comete -- violencia sobre las personas, el otro robo simple, pero no puede señalarse que cada uno por separado realizó el robo -- cualificado, sino ambos, ya que, conjuntamente ejecutaron -- el tipo previsto es el artículo 372 del Código Penal. En -- el caso del jefe de la organización, éste debe ser sancionado como coautor, en virtud de que, es coportador de la decidión común al delito. En los supuestos en que un sujeto en lo objetivo aparentemente solo ejecuta actos preparatorios o de ayuda, debe ser sancionado como coautor si ha coparticipado en la resolución conjunta del delito. "El minus en la co

participación objetiva, debe ser compensado por el plus en la comprobación particular de la coparticipación en la deci sión del delito, si no el objetivamente menos partícipe podría ser penado solamente como cómplice". (74) En el mismo sentido deben resolverse casos como el siguiente: F e I resuelven conjuntamente privar de la vida a X; F planea la forma, medios, etc., de ejecución; I ejecuta la resolución común.

## 5. LOS SECTORES PROLEMTICOS DE LA COAUTORIA

### A. Coautoría Sucesiva

Hemos visto que el entendimiento (resolución a la realización conjunta del delito) entre los varios coautores puede surgir antes de dar comienzo a la ejecución, durante la misma o después de que el primer autor haya realizado -- una parte de la obra delictuosa. Este último supuesto se refiere a lo que se conoce en doctrina, como coautoría sucesiva, que se presenta cuando una conducta o hecho típicos -- iniciados en autoría única, se consuman después de la intervención de otro, con fuerzas concertadas, sin que sea necesario un especial acuerdo. El que no sea necesario un especial acuerdo entre los varios coautores, significa que el concierto puede producirse unívocamente aún cuando no se -- haya hecho explícitamente declaración alguna, esto es, la cooperación conciente y querida a la realización común del delito, incluye necesariamente un acuerdo de voluntades, -- sin que ello implique necesariamente que dicho acuerdo constituya un pacto sceleris formal, es decir, si frecuentemen-

---

(74) WELZEL, Der. Penal. Parte General. pág. 117, Roque de Palma, Buenos Aires, 1956.

te el concierto es precedente a la realización del delito, la coincidencia de las varias voluntades puede verificarse incidental y espontáneamente, durante la realización del delito o posteriormente a la comisión parcial por uno de los autores, v.gr., el sujeto que llega imprevistamente a un lugar en que se está cometiendo un delito, y entra de común acuerdo a tomar parte en la ejecución común.

La intervención sucesiva puede tener lugar después de consumada la conducta o el hecho, o durante la prolongación de la consumación en los delitos permanentes, hasta antes del agotamiento; sin embargo, hay quienes sostienen que, "punto final de la intervención lo constituye el agotamiento, no ya la consumación típica de la acción". (75)

En virtud del requisito del conocimiento de los elementos de la figura delictiva, el coautor que interviene con posterioridad, es responsable por todo lo que conjuntamente se produce después de su concurso, y no puede hacerse responsable por las causas de agravación desconocidas por él, pero realizadas ya antes de su aportación. Hasta la fecha era, en cambio, discutible si el coautor sucesivo responde por la agravantes conocidas pero realizadas ya antes de su intervención. Aquí la respuesta se bifurca:

1.- Para cierto sector, no puede admitirse que el coautor cargue también sobre sí la corresponsabilidad por los acontecimientos ya terminados en el instante en que comienza su intervención, pues en otro caso, se incurriría en una responsabilidad derivada del, con razón, prohibido

---

(75) MAURACH REINHART, Tratado de Derecho Penal, T. II. -- pág. 345, Ediciones Ariel, Barcelona, 1962.

dolus subsequens. (76)

2.- En la actualidad, se afirma, que al coautor sucesivo le deben ser atribuidas las circunstancias agravantes, producidas antes de su participación, por él conocidas siempre que la obra conjunta no haya sido aún en ese momento plenamente realizada. (77) Este criterio es el más acertado, por ser, el que mejor se adecúa al concepto de dolo, al estar éste constituido por dos elementos: el intelectual y el volitivo. Dolo no sólo significa "querer", sino también "saber".

Por lo demás, este criterio, en tanto, se trate de circunstancias objetivas, es el más acorde con el espíritu y letra de la ley (art. 54 del Código Penal).

## B. COAUTORIA EN LOS DELITOS CULPOSOS

Otro de los puntos escabrosos de la coautoría, es el concerniente a si "la realización conjunta" puede verificarse en los delitos culposos. Dentro de la teoría finalista de autor, la doctrina dominante limita la existencia de la coautoría a los hechos dolosos, postulando como sus caracteres constitutivos la realización común de la decisión al hecho, siendo decisivo, por tanto, el dominio final del acto, el cual es común a varias personas, quedando descarta

(76) Cfr. MEZGER, Tratado de Derecho Penal, T. II. pág. -- 292; Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, -- 1949. WELZEL, Derecho Penal, Parte General, pág. 113, Roque de Palma Editor, Buenos Aires, 1956. ZAFFARONNI Teoría del delito, pág. 650, EDIAR, Buenos Aires 1973.

(77) Veasé MAURACH, Tratado de Derecho Penal, T. II, pág - 345, Ariel, Barcelona, 1962.



da en tal virtud, la posibilidad de una coautoría culposa.-  
(78)

Por su parte, la teoría que vincula a los delitos culposos con la norma de cuidado, esto es, que concibe a la culpa como la violación de un deber de cuidado, no ve obstáculo en aceptar un cooperar de voluntades referidas a esta violación en la ejecución común de un delito. De ahí que, según MAGGIORE, se puede hablar de un delito único cometido por todos aquellos que voluntaria y conscientemente concurren a una acción contraria a leyes o reglamentos. (79) Al respecto, afirma MEZGER, que "en este caso, y como quiera que en el delito culposo no es querido el resultado último, no puede el acuerdo referirse, al total acto, pero la acción corporal misma, por ejemplo, el arrojar sin tomar precauciones una viga que al caer mata a un transeúnte, puede muy bien ser querida y ejecutada conjuntamente". (80)

Solo la conjunción de la resolución o entendimiento común (consciente cooperación de varios) que se objetiva en la subsecuente realización conjunta del delito, da origen a la coautoría, es por esta razón que, quien al violar un deber de cuidado produce, en apariencia conjuntamente

---

(78) Cfr. MAURACH, Tratado de Derecho Penal, T. II. pág. 330 y ss. Ariel, Barcelona, 1962. WELZEL, Derecho Penal, parte General, págs. 113 y 116, Roque de Palma, - Buenos Aires, 1956. ZAFFARONNI, Teoría del delito, -- págs. 647 y 648, EDIAR, Buenos Aires, 1973.

(79) Derecho Penal, Vol II. Págs 140 y 141, Temis, Bogotá, 1954;

(80) Tratado de Derecho Penal, T. II, pág. 291, Editorial - Revista de Derecho Privado, Madrid. 1949.

te con otro, un resultado típico, responde como coautor negligente o imprudente, independientemente de la responsabilidad del otro, que a su vez, responderá como autor del delito culposo

#### C. COAUTORIA POR OMISION

Otro de los puntos mas discutidos en teoria, es el de la coautoría por omisión. De ahí que, las opiniones se dividan:

a) Para algunos tratadistas, la coautoría es posible tanto en los casos en que corresponda a cada coautor el deber jurídico de realizar una acción esperada y exigida, v. gr., - los dos padres dejan morir de hambre a su hijo; como en aquellos en que un coautor tenga la obligación de alejar la situación de peligro creada por la acción del otro coautor. (81) - Ejemplo-: Para obtener la cantidad asegurada, el hijo prende fuego a la casa de sus padres; la madre que tiene conocimiento del hecho cuando se alzan ya las llamas (consumación del tipo, pero aún no agotamiento real del incendio), omite llamar al servicio de extinción de incendios. En casos como éste en opinión de MAURACH, se originará generalmente, en la - --

---

(81) Así MAURACH, Tratado de Derecho Penal, Tomo II, pág.- 345 Ediciones Ariel, Barcelona, 1962, Para MANZINI, - "en los delitos omisivos perpetrables solo mediante omisión, es natural que la coparticipación debe desarrollarse respecto a todos solamente con omisiones; - por el contrario, en aquellos perpetrables, también - mediante acción, la omisión de los unos puede completar la acción de los otros". Tratado de Derecho Penal Tomo 3, págs. 256 y 257, EDIAR Soc, Anón. Buenos Aires, 1949.

persona del primer coautor, coautoría sucesiva por omisión. (82) Dos agentes de policía presentes en el hecho, dejan actuar a los ladrones con los cuales se habían puesto de acuerdo, "viniendo a ser de este modo cooperadores inmediatos del hurto, porque su inacción removi6 un obstáculo a la acción de los otros y aseguró su ejecución". (83)

b) La de quienes admiten la coautoría por omisión pero refutan la de acción y omisión, aceptándola, sin embargo en los delitos de incumplimiento de deber. (84) P. ejm., para que se fugue un preso, un guardia omite cerrar una puerta y otro le proporciona la llave de la salida.

c) Otro sector de la doctrina la rechaza de plano. (85)

#### D. COAUTORIA EN LA TENTATIVA

Como veremos, en la participación por tratarse de una cooperación extratípica en el delito de otro, debe distinguirse entre participación en la tentativa y tentativa de participación; en la coautoría, en cambio, tal distinción no tiene razón de ser. Coautoría intentada será siem-

---

(82) Tratado de Derecho Penal, T. II. pág. 345, Ediciones Ariel Barcelona, 1962.

(83) MANZINI Vincenzo, Tratado de Derecho Penal, TOMO 3, -- págs. 256 y257, EDIAR Soc. Anon., Buenos Aires, 1949.

(84) ROXIN, citado por Zaffaronni, Teoría del Delito, pág 651 EDIAR, Buenos Aires, 1973.

(85) Entre quienes rechazan la coautoría por omisión, se encuentra WELZEL, Derecho Penal, parte general, pág. 206, Roque de Palma Editor, Buenos Aires, 1956.

pre participación en tentativa conjunta.

El desistimiento y arrepentimiento en la tentativa, representan causas personales de supresión de la pena. De lo que se deducen los principios siguientes:

1.- El desistimiento o arrepentimiento de un coautor, no beneficia a los demás participantes, en razón de -- que, aquellos representan personales excusas absolutarias. No puede objetarse la punibilidad de los participantes -- beneficiados con el privilegio de la excusa, en virtud de -- que la tentativa era ya punible antes del desistimiento o -- del arrepentimiento, y solo se constituirá en conducta impu -- ne en favor de quien personalmente desista o se arrepienta.

2.- Coautoría es realización conjunta del delito, de ahí que, para que el coautor goce del privilegio de la -- impunidad, debe según la doctrina, no solo anular su propia aportación, sino evitar el resultado de la conducta o -- hecho ejecutados en común, pues su renuncia aislada no pue -- de desligarlo de la obra conjunta, en la que por su colabo -- ración ya producida, ha participado. O bien, deben desis -- tir todos los coautores, o bien, debe el desistimiento de -- un coautor impedir definitivamente la realización del deli -- to. (86)

#### E. EXCESO DEL COAUTOR

En virtud de que la coautoría es la conjunta rea-

---

(86) Cfr. MAURACH, Tratado de Derecho Penal, T. II. pág. - 346, Ediciones Ariel, Barcelona, 1962. MEZGER, Trata -- do de Derecho Penal T. II. pág. 266, 2a. ed. Editio -- rial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1949.

lización del delito, llevada a cabo sobre la base de una resolución común; del delito que realice uno de los coautores sin la cooperación consciente y voluntaria de los demás, éstos no serán responsables pues les faltará el conocimiento de los elementos de la figura delictiva que consituyen con la voluntad común el dolo del coautor. Afirma FRANK, que de suscitarse diferencias en el ámbito de culpabilidad de los distintos coautores, cada uno será responsable según el grado de culpabilidad que corresponde a su propia persona. (87) Ejemplo: Dos sujetos resuelven privar de la vida conjuntamente a un hombre; uno de ellos aprovechando las circunstancias, se apodera de la cartera de la víctima. En este caso ambos responden del homicidio como coautores, pero del robo únicamente quien lo realizó.

Pese a lo anterior, hay que advertir, que el privilegio del coautor que no ha participado en el exceso (en la realización de un delito distinto al acordado), está limitado por la circunstancia de que el nexo de voluntad entre los coautores requiere solo el conocimiento de la conducta o hecho delictivos a grandes rasgos, en modo alguno en su exacta descripción típica. De ahí que, según MAURACH de ser equivalentes el delito realmente cometido por el coautor y el planeado conjuntamente, normalmente deberá admitirse la responsabilidad de los demás participantes por

---

(87) Citado por Mezger, Tratado de Derecho Penal, T. II. - págs 292 y 293, 2a. ed. Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1949.

el delito diverso. (88) Por ejemplo: A y B proyectan realizar en común un robo simple, pero B amenaza al sujeto pasivo (robo con violencia). Dos sujetos que habiendo concertado cometer un delito de ejercicio indebido del propio derecho, mediante "violencia sobre las cosas", uno de ellos emplee violencia sobre las personas.

Por otro lado, como aquí, debe considerarse la posibilidad de un dolo eventual, cada uno de los coautores responderá por el resultado agravado causado por el coautor que incurrió en el exceso, si aquél era previsible también para los demás. (89)

En conclusión, si uno de los coautores ejecuta un delito distinto al acordado con los demás coautores, éstos no son responsables cuando el delito es de naturaleza diversa; tratándose sólo de diferencia en las modalidades de la conducta o de un delito más grave, no se aplican las reglas de irresponsabilidad, siempre que concurren los requisitos establecidos en el artículo 14 del Código Penal.

#### F. COAUTORIA MEDIATA

Según RAUL ZAFFARONNI, existe la posibilidad de una coautoría mediata que podrá darse en los siguientes casos: a) Cuando los coautores se valen de un instrumento; b) Cuando uno de ellos actúa de propia mano y el otro valido de un instrumento; c) Cuando cada uno de los coautores

---

(88) Tratado de Derecho Penal, T. II. pág. 347, Ediciones Ariel.

(89) Cfr. MAURACH, Tratado de Derecho Penal, T. II. págs. 346 y 347, Ediciones Ariel, Barcelona, 1962, ZAFFARONNI, Teoría del Delito, págs. 650 y 651, EDIAR, Buenos Aires, 1973.

se valen de un instrumento diferente. (90)

Elemento esencial de la coautoría es el conocimiento de los elementos del delito y la ejecución común del mismo, presentándose el evento lesivo como resultado de la actuación en común, cada uno de los participantes no podrá ser simple instrumento de los otros, quedando, por tanto, descartada la posibilidad de una coautoría mediata.

## 6. LA PUNIBILIDAD DE LA COAUTORIA

La definición legal de la coautoría como "conjunta realización" del delito, implica que cada coautor debe responder de la "unidad delictiva" conjuntamente ejecutada. Expresado con otras palabras, cada coautor debe responder de la "obra común" conjuntamente planeada; si empleáramos términos civilistas diríamos que, en la coautoría no existe responsabilidad parcial, sino responsabilidad solidaria. Ello no supone, sin embargo, que la punibilidad, ni siquiera la misma pena, deben ser iguales para todos los coautores. Como es sabido, la culpabilidad es individual y no común; además conforme a los preceptos establecidos en el artículo 54 del Código Penal, deberá también fincarse con independencia de cada coautor, la correspondiente conminación penal; esto es, la pena de cada coautor es independiente de la de su codeincente.

Tratándose de circunstancias agravantes de la pena, ya sean calidades, relaciones personales o circunstancias subjetivas, no se comunican al coautor en quien no concu

---

(90) Vease, Teoría del Delito, pág. 651, EDIAR, Buenos Aires, 1973.

rrieren. Así, en un homicidio calificado, en tanto que el homicida por premeditación puede ser condenado conforme al artículo 315 de Código Penal, al coautor que faltaba esta agravante se le aplicará la pena del artículo 307. Lo mismo sucede en la reincidencia, la calidad de delincuente habitual, la profesionalidad en el hacer, el ánimo de lucro, de dominio, la ventaja.

Las calidades y relaciones personales, así como las circunstancias subjetivas que atenúan la pena de un coautor, no prejuzga nada respecto de los demás. Cuando una madre soltera priva de la vida junto con su amante, a su hijo dentro de las 72 horas de su nacimiento; la madre podrá ser sometida al privilegio del artículo 327, mientras que su amante deberá ser sancionado por el artículo 326. Las circunstancias objetivas solo serán aplicables a los de más coautores cuando tuvieren conocimiento de ellas.

## 7. LA AUTORIA ACCESORIA

Coautoría es la cooperación consciente y voluntaria para la realización común de un delito. Excluidos de este concepto se encuentran aquellos casos de realización aparentemente conjunta de varios sujetos, para la consecución de un resultado típico, pero que se conducen sin conocimiento del plan recíproco de la otra conducta emprendida. Estas figuras jurídicas se agrupan bajo la noción de autooría accesoria, la cual se distingue, en que se trata de una pluralidad de autores pero no de una coautoría, por faltar la conjunta resolución a la comisión del delito, esto es, todas las formas de autoría accesoria se caracterizan frente a la coautoría "por constituir autoría única con resultado casualmente coincidente, gracias tan sólo a la for-



tuita coincidencia de las actuaciones volitivas". (91) Por ello, WELZEL define a la autoría accesoria, como "la cooperación de varios en la producción de un resultado sin entendimiento mutuo". (92) En virtud de que falta la resolución común a la realización del delito, característica de la -- coautoría, la responsabilidad de cada autor accesorio se -- determina de acuerdo a su propia conducta o hecho, al grado de conocimiento de lo antijurídico de su acción u omisión -- y voluntad del resultado. En otras palabras, la conducta o el hecho de cada autor accesorio son contemplados por sí -- mismos y de ese modo juzgados.

Dentro de las formas de autoría accesoria se incluyen los siguientes casos:

a) Autoría accesoria en los delitos dolosos. Raros en la práctica son los casos de realización dolosa sin conocimiento del plan paralelo, puesto en marcha por otro, v.gr., dos sujetos sin conocimiento de la resolución recíproca suministran un mortífero veneno a su común pariente X con el propósito de adelantar la sucesión, feneciendo éste por la sustancia total ingerida, cuyas dosis aisladamente -- consideradas no hubieran ocasionado la esperada muerte. Ca da autor accesorio deberá ser sancionado por tentativa de -- homicidio calificado, desde el momento en que la causalidad de cada una de las conductas deberá ser negada por la -- teoría de la causa adecuada.

---

(91) MAURACH REINHART, Tratado de Derecho Penal, T. II. -- pág. 348, Ediciones Ariel, Barcelona, 1962.

(92) Derecho Penal, parte general, pág. 117, Roque de Palma Editor, Buenos Aires, 1956.

b) Autoría accesoria en los delitos culposos. --  
Muy frecuentes son los casos de cooperación culposa, que en sí considerados resultarán supuestos de autoría única: homicidio culposo en autoría accesoria perpetrado por un conductor ebrio y la propietaria de una hostería, que después de crear la situación de peligro (consumo abundante de alcohol) no hace desistir a su cliente de marcharse. Así mismo deben figurar aquí, casos como los siguientes, a saber: dos albañiles que, sin tomar las debidas precauciones, arrojan una viga que al caer mata a un transeúnte. El supuesto de dos físicos, que en un gabinete de física uno de ellos indica a su ayudante que realice un experimento, empleando para ello una nueva mezcla detonante, que al estallar causa la muerte de algunas de las personas que ahí se encontraban. - El dueño de un automóvil que incita al conductor a imprimir una velocidad excesiva, ocasionando con ello un accidente. - En los dos primeros casos se apreciara aquí, frecuentemente la existencia de coautoría (por concurrir el conocimiento de la "comunidad de las conductas o hechos"), lo que es un equívoco, pues en ellos no se da una conciente y voluntaria cooperación a la realización conjunta del delito, faltando pues, uno de los caracteres constitutivos de la coautoría. El último supuesto, no deberá ser valorado desde el punto de mira de la instigación (pues no existe una instigación culposa), sino deberá ser juzgado desde el punto de vista de la inmediata realización del resultado; de ahí que, no exista la posibilidad de participación en un delito culposo. Cada cooperador imprudente, negligente o imperito, deberá ser considerado autor único, aún cuando aparentemente su conducta se lleve a cabo en forma de instigación o complicidad.

## VIII. Art. 13-IV AUTORIA MEDIATA

La construcción del instituto del autor mediato, se debe a la doctrina penal italiana del siglo XIX. Rememoremos entre otros a Carrara, Impallomeni, Brusa, Crivellare. Posteriormente son los alemanes, quienes la nombran -- [die mittelbare Taterschaft (autoría mediata)], y se ocupan de ella: Birkmeyer Liszt-Schmidt, Binding, Mezger, Welzel, Maurach, etc.

## 1.- NATURALEZA DE LA AUTORIA MEDIATA

## A. Los distintos conceptos.

Según MEZGER, "se denomina autor mediato al autor cuando ha causado el resultado sirviéndose de otro como persona medio". (93) "Autor mediato es el que ejecuta la acción por medio de otro sujeto que no es autor, o no es culpable, o no es imputable" (94) ((En principio, no es necesario que el autor ejecute el hecho en todas sus fases de propia mano; puede servirse para ello de medios mecánicos, como puede, también, utilizar a terceros para sus fines, en tanto conserve él mismo el pleno dominio del hecho, a diferencia del tercero. El tercero queda así como un "instrumento", mientras le falte uno de los presupuestos necesarios de la autoría (el dominio del hecho), y mientras él -- quede en quien lleva la acción)). (95). "Se denomina autor

---

(93) Tratado de Derecho Penal, T. II., pág. 294. 2a. ed. Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1949.

(94) SOLER Sebastián, Derecho Penal Argentino, T. II., pág. 258, 3a. reimposición, TEA, Buenos Aires, 1956.

(95) WELZEL HANS, Derecho Penal, parte general, pág. 106, - Roque de Palma Editor, Buenos Aires, 1956.

mediato al que produce un resultado típicamente antijurídico, con dolo o culpa, valiéndose de otro que no es autor o no es culpable o es inimputable". (96) Para MAURACH, "autor mediato lo es quien, para realizar un hecho punible susceptible de comisión dolosa, emplea un hombre como mediador en el hecho (instrumento)". (97)

Como vemos, criterios aislados afirman que se da también autoría mediata culposa en delitos dolosos, así como autoría mediata culposa en delitos culposos. Estos criterios deben rechazarse, en virtud, de que la característica material de la autoría mediata es el abuso de que hace víctima el autor al instrumento; ello supone, que el autor mediato tenga el propósito de cometer el delito sirviéndose de un hombre como mero "instrumento".

De lo anterior deducimos que: autor mediato es -- quien, para perpetrar un delito, se sirve (dolosamente) de una persona como mero "instrumento".

La ciencia Penal Mexicana, no se encuentra con las dificultades con las que se ha topado la doctrina alemana; derivadas, de que, la legislación germana establece una regulación positiva sólo para instigación y complicidad, no así para la autoría mediata, lo que acarrearía como consecuencia el intento de equiparar a la instigación, pecando de exesiva ligereza con un criterio apegado a la ley, la se-

---

(96) JIMENEZ DE ASUA LUIS, La Ley y el Delito, pág. 538, - 2a, ed. Editorial HERMES, México, Buenos Aires, 1954.

(97) Tratado de Derecho Penal, T. II. pág. 314, Ediciones Ariel, Barcelona, 1962.

rie de casos en los que se incita al autor directo a la realización del delito, y, admitir como autoría mediata sólo - aquellas categorías, que ni aún una postura liberal pudiera calificar de instigación. De ahí el origen de la "naturaleza tapagujeros" de la autoría mediata, extraída de la consideración de que solo se podrían aceptar como supuestos de autoría mediata aquellas hipótesis que no constituyeran participación (instigación), lo cual es sin duda sistemáticamente incorrecto.

Actualmente se reconoce de manera unánime, que la autoría mediata, como una de las formas de la autoría, no debe configurarse por vía de un proceso de eliminación de la participación, sino que debe ser resuelta de modo primario, en virtud de la prioridad que corresponde a la autoría respecto de la accesoria participación.

El Código Penal mexicano aún cuando no conoce la expresión autoría mediata, la prevé de modo positivo-enunciativo (art. 13 fracc. IV), dejando abiertas las puertas a todos aquellos casos en los que una persona exluída de responsabilidad sea utilizada en la realización de un evento delictivo.

La expresión de que la autoría mediata nace cuando un sujeto para cometer un delito se sirve de otro como "instrumento", permite afirmar que la autoría mediata se encuentra contenida en el concepto de autor, y una vez sentado éste, surge una idea perfectamente natural y lógica: el autor mediato es autor, no partícipe.

#### B. Analogías y Diferencias entre Autoría Mediata e Instigación.

## ANALOGIAS

1.- En ambas se presenta la incitación a la ejecución de un delito.

2.- La ubicación de ambas es en el capítulo correspondiente a las formas de aparición del delito, según opinión tradicional.

3.- El carácter de la autoría mediata y la instigación es doloso.

4.- En la autoría mediata y en la instigación son posibles el desistimiento y el arrepentimiento.

5.- No son admisibles la tentativa de autoría mediata ni la tentativa de instigación.

## DIFERENCIAS

1.- La autoría mediata es una forma de autoría; la instigación es una forma de participación.

2.- La responsabilidad del autor mediato es autónoma de la posible responsabilidad del instrumento; la responsabilidad del instigador es dependiente, accesoria de la del autor.

3.- En la autoría mediata, por regla general, el hombre al que se utiliza para la comisión del delito, no es responsable (98), es un simple instrumento puesto en acción

---

(98) Por excepción, existe un supuesto de autoría mediata, en que el instrumento es responsable como autor único, independientemente de la responsabilidad de quien lo utilizó como instrumento (del autor mediato), nos referimos a los casos en que el sujeto utilizado es un culpable por culpa.

por el autor mediato ; la instigación se manifiesta como de terminación a un hombre que actúa libre y conscientemente.

C. La calidad del sujeto activo en la autoría mediata.

Desde el momento en que la autoría mediata constituye una de las formas de la autoría, el autor mediato debe estar calificado de modo pleno para cometer el delito, es decir, debe revestir la calidad de autor exigida por el tipo. De ello se colige la imposibilidad de la autoría mediata en los delitos de propia mano y es discutible su admisión respecto de los "delitos especiales en sentido estricto". (99)

En los delitos de propia mano, la razón de la imposibilidad de la autoría mediata, es clara, ya que en ellos, "autor solo lo puede ser quien esté en situación de ejecutar inmediatamente y corporalmente por sí mismo la acción prohibida". (100) De ahí que, no existe perjurio en autoría mediata si un sujeto instiga a otro que actúa de modo no doloso para el pronunciamiento de una declaración objetivamente falsa, el Código Penal establece un tipo especial, fracc. III, art. 247, por el que responderá, quien obligue, comprometa intimidando al testigo o de otro modo, para que se conduzca con falsedad en juicio, precepto que establece un claro caso de autoría mediata, y, con el que que

---

(99) Véase MAURACH, Tratado de Derecho Penal, T. II. pág.320 Ediciones Ariel, Barcelona, 1962.

(100) MAURACH REINHART, Tratado de Derecho Penal, T. I. pág 287 Ediciones Ariel, Barcelona, 1962.

dan cerradas las lagunas en los delitos de falso testimonio.

Por lo que respecta al incesto, no existe ningún precepto que sancione al sujeto que maliciosamente induzca al ayuntamiento carnal a ascendientes con descendientes o a hermanos que desconocen su parentezco, por tanto, tal inductor deberá quedar libre de toda pena. (101)

Quizá uno de los sectores mas problemáticos de la autoría medita, es el concerniente a los delitos especiales. La cuestión que aquí se plantea, es el caso de si un sujeto que reúne la calidad exigida por el tipo (intrañeus) puede cometer el delito como autor, sirviéndose de un extrañeus (sujeto no calificado). La doctrina dominante da a este problema una respuesta afirmativa, en virtud de que, señalan hay que admitir que en estos casos ha sido prohibida y sancionada con una pena no una determinada conducta personal, sino la producción de un resultado por la persona que reúne la calidad exigida por el tipo. (102)

## 2. MODALIDADES DE LA AUTORIA MEDIATA

A. Autoría mediata en el actuar atípico del instrumento.

El sujeto que reviste la calidad de autor requerido

---

(101) Podría pensarse que en estos casos es aplicable la -- fracc. IV, del Código Penal solo que el incesto es un delito de propia mano en el que queda descartada la -- posibilidad de la autoría mediata.

(102) Veasé, MEZGER, Tratado de Derecho Penal, T. II. pág. 287, 2a. ed. Editorial Revista de Derecho Privado, -- Madrid, 1949.



da por el tipo puede servirse de quien no posea esa calidad para cometer el delito. En este apartado se estudian:

a) Ausencia de la calidad personal de autor en el instrumento.- A este lugar pertenecen los casos en que se utiliza a una persona no calificada para la perpetración del delito; v.gr., un funcionario se vale de un no funcionario para cometer un delito contra la administración pública.

También figuran aquí, los casos en que existe una ausencia de tipo por parte del instrumento; a este grupo -- pertenecen en opinión de algunos tratadistas, los casos de autolesión por coacción (especialmente el suicidio); así -- por ejemplo: el patrón obliga a su aprendiz a tomar un hie-- rro al rojo. El patrón es autor mediato de la lesión corpo-- ral, en virtud de que, las lesiones personales, aún cuando voluntarias, no constituyen delito para quien las ocasiona a sí mismo. El caso HILDEGARD HOFEL, inducción a una adole-- cente al suicidio mediante perturbación psíquica y amenazas: homicidio en autoría mediata, desde el momento en que la joven inducida ha sido instrumento del delito cometido por el inductor, pero no ha realizado un hecho punible en ella, ni siquiera si hubiese actuado conscientemente. (103)

Distinto es el caso de la instigación y el auxilio al suicidio, que en nuestro Código Penal, constituyen - un tipo independiente (artículo 312).

b) Falta de circunstancias subjetivas exigidas -

---

(103) Véase, WELZEL, Derecho Penal, parte general, pág. 107 Roque de Palma Editor, Buenos Aires, 1956, MANZINI, tratado de Derecho Penal, Tomo 3, pág. 262, EDIAR, - Soc, Anon, Buenos Aires, 1949.

por el tipo. Se da autoría mediata cuando el instrumento realiza el elemento objetivo descrito por el tipo (conducta o -- hecho), pero sin la dirección volitiva requerida por el tipo respectivo, es decir, faltando los especiales motivos, -- intenciones o tendencias, previstos por la norma, los que equivalen, en principio, a la falta de dolo (de dolo específico). Como es sabido, existen una serie de tipos cuya -- descripción se refiere no solo a una conducta o a un hecho, sino además a elementos subjetivos, esto es, a características anímicas que yacen en el alma del autor. Si falta el elemento subjetivo del injusto, aunque se realicen los restantes elementos típicos, se dará una atipicidad, pero puede encontrarse detrás del agente directo, otro sujeto que -- revista por su parte el elemento subjetivo exigido, y entonces existe la posibilidad de una autoría mediata, en dicho sujeto.

Muy discutidas son las cuestiones que aquí se -- plantean. La doctrina dominante afirma la existencia de -- autoría mediata a través de un "instrumento doloso sin intención" aún cuando el "instrumento" conozca la situación real pero siempre que se conduzca sin la intención requerida por el tipo. Ej., "un agricultor deja, con intenciones de apropiación arrinconar pollos ajenos en su gallinero, a un peón que conoce la situación". (104) Partiendo de una teoría -- subjetiva de la participación se apreciará por lo regular -- en estos casos, una combinación de instrumento- cómplice doloso y autoría mediata de la persona que está tras él. De

---

(104) WELZEL, Derecho Penal, parte general, pág. 108, Roque de Palma Editor, Buenos Aires, 1956.

ahí que, según este criterio el agricultor comete hurto; el -- peón (autor directo) al carecer de la intención, y por tanto, según esta teoría, de la voluntad de autor, sólo podrá ser considerado un simple cómplice. En una tal formulación general, ello resulta falso. Desde el momento, en que el -- peón realizó por sí mismo la sustracción y conoce la situación real, será autor pero no cómplice; en todo caso, la -- "persona medio" es aquí un propio y genuino autor. De ahí que, según Mezger, procede en estos casos, distinguir de modo mas exacto: ((si el instrumento conoce la tendencia o la intención del otro (del autor mediato), y actúa con él en -- cooperación consciente y querida (aún cuando sin propia tendencia e intención) deja de ser un mero instrumento; ambos copartícipes son en este caso coautores, pues el uno suministra la contribución subjetiva típica al hecho y el otro la contribución típica objetiva al mismo, y a cada uno de -- ellos debe cargarse en su cuenta, en caso de tal acuerdo re -- ciproco, la contribución al acto realizada por el otro. En cambio, si el "instrumento" no conoce la tendencia o la intención del otro, no puede entenderse que también él haya -- cometido el delito)). (105) De este modo la posibilidad de la autoría mediata del inductor no se descartará, pero debe limitarse a los casos en que el instrumento conozca la si -- tuación real, pero desconozca la intención de la persona -- que actúa "tras él"; v.gr., es autor mediato de secuestro -- quien con el propósito de obtener un rescate indujo a otro -- que no tenía ni conocía ese propósito, a privar ilegalmente de la libertad a una persona.

No obstante lo correcto del fundamento anterior,

---

(105) Tratado de Derecho Penal, T. II., pág. 301, 2a. ed., Editorial REVista de Derecho Privado, Madrid, 1940.

debe tenerse sumo cuidado, pues por lo general, en supuestos semejantes podríamos encontrarnos ante un caso de error esencial invencible y no ante un caso de autoría mediata a través de un "instrumento doloso no intencional", término - que en sí mismo resulta una contradicción in adiectio. (106)

B. Autoría mediata en el actuar ajustado a derecho del instrumento.

Hoy se mantiene el criterio de que el actuar lícito del instrumento (del autor directo) no excluye la autoría mediata de quien se valió de él, esto es, la cuestión - que en este punto se plantea es la existencia de autoría mediata cuando concurre en favor del instrumento una causa de licitud, dolosamente provocada por el inductor. Anteriormente se sostuvo que el fundamento de la punibilidad del inductor, en los supuestos en que el "mediador" actúa conforme a derecho, se encontraba en la ausencia del elemento subjetivo de justificación en la persona del inductor (animus de fendendi), en tanto que, el instrumento no era punible por la presencia de este elemento. Si la licitud de la conducta o hecho típicos está condicionada, tanto por el objetivo actuar conforme a derecho, como por la voluntad de actuar de acuerdo a derecho (presencia de subjetivos elementos de licitud), y sólo por la vinculación entre ambos elementos - la conducta o el hecho serán lícitos; se explica el por qué - este criterio encontró la base de la punibilidad del inductor en la falta de este elemento subjetivo. Sin embargo, - al fundamentarse estos supuestos de autoría en el mero ánimo, se corre el riesgo de recurrir de nuevo al rechazado -- criterio del dolo (el querer el acto como propio o como ajeno). Siguiendo los postulados de la teoría finalista, ZA--

---

(106) Cfr. MAGGIORE. Derecho Penal, V II, pág. 128 Temis Bogotá 1954.

FFARONNI deriva el fundamento de la punibilidad del inductor, del concepto del injusto personal y del concepto restrictivo de autor limitado a quien ostenta el dominio final del acto: si autor es quien ostenta el señorío del acto y el injusto es personal, esto es, que la conducta o el hecho del autor no dependen de la conducta de su instrumento para ser valorados o no como antijurídicos; resulta indiscutible que el autor mediato pueda servirse de quien actúa lícitamente. De ahí, que sostengan los finalistas que, sólo cuando se reconozca la plena autonomía del producir final del inductor (resultado), podrá hablarse de la plena independencia de la conducta o hecho antijurídicos del autor mediato respecto de la licitud del resultado último producido por el instrumento. "La exclusiva razón de la punición de la autoría mediata cuando el instrumento actúa conforme a derecho, radica en el malicioso ánimo del inductor". (107)

En consecuencia, para establecer la punibilidad del autor mediato en los casos en que "el mediador" actúa amparado por una causa de licitud, deben analizarse en sí mismos la conducta o hecho producidos, debiendo atribuirse un sentido decisivo al propósito del autor y a la conducta que desplegó.

Entre los casos de autoría mediata a través de un instrumento que actúa conforme a derecho, los autores incluyen los siguientes:

- 1.- En la legítima defensa. Es autor mediato de

---

(107) MAURACH REINHART, Tratado de Derecho Penal, T. II. - pág. 323, Ediciones Ariel, Barcelona, 1962.

homicidio quien provoca en perjuicio del "instrumento", la situación de peligro, para inducirle entonces a una legítima defensa. Por ejem., X provoca una tal situación, de modo que Z a quien quiere eliminar agrede a Y; induciendo X a Y a repeler la agresión; Y priva de la vida a Z en legítima defensa. En este caso, X es autor mediato del homicidio -- de Z, en tanto que, Y no debe ser sancionado pues aún cuando su hecho se adecúa a un tipo, no constituye delito, en virtud de que se encuentra amparado por una causa de licitud.

En la defensa putativa, pueden presentarse dos su puestos: a) X hace que Z se crea injustamente agredido, induciéndole a actuar en contra de quien cree su injusto agresor. El supuesto agresor al repeler la agresión mata a Z - en legítima defensa. En este supuesto, X deberá ser sancionado como autor mediato del homicidio de Z.; b) En el mismo caso, solo que Z, quien se cree injustamente agredido, - mata a quien cree su injusto agresor. X es autor mediato - de homicidio. En tanto que, a favor de Z existirá una causa de inculpabilidad por error esencial e invencible. Si el error fuera vencible, estaremos ante una "defensa putativa culposa".

2.- En el cumplimiento de un deber. En este grupo los autores citan los siguientes casos: a). X interpone una denuncia falsa en contra de un hombre; éste es detenido por la policía: el agente de policía si bien es víctima de un error, actúa en cumplimiento de su deber. En este caso X deberá ser juzgado por detención ilegal en autoría mediata; b) X interpone conscientemente una denuncia contraria a derecho, obteniendo con ello, que un juez dicte una sentencia objetivamente injusta; por lo tanto, el juez ha sido utilizado como un instrumento.

Los casos planteados (a,b) no son en realidad ver  
daderas causas de licitud, sino supuestos de inculpabilidad  
 por error esencial e invencible, en virtud de que, tanto el  
 funcionario judicial, como el agente de policía desconocían  
 la falsedad de la denuncia. Por otro lado, conforme a nues  
 tro Código Penal, no podríamos llegar a la misma solución -  
 a la que arriba MAURACH: castigar al autor de la denuncia -  
 falsa por detención ilegal en autoría mediata, pues no exis  
te un precepto específico que sancione al autor de esta de  
 denuncia por detención ilegal en autoría mediata. De acuerdo  
 al artículo 356 fracción II del Código Penal, al que presen  
te una denuncia calumniosa, entendiendose por ésta, aquella  
 en la que su autor imputa un delito a persona determinada,  
 sabiendo que ésta es inocente o que dicho delito no se ha -  
 cometido; se le aplicará la sanción que corresponda al ca-  
 lumniado en caso de que éste sea condenado por sentencia --  
 irrevocable. Ello significa que conforme a nuestra ley pe  
nal, el autor de una denuncia falsa debe ser sancionado por  
 el delito de calumnia; sin que sea necesario que especulemos  
 sobre si utilizó a un juez como instrumento para obtener --  
 una sentencia injusta, o a un agente de policía para conse  
 guir una detención ilegal.

3.- Casos discutidos de autoría mediata, en el ac  
tuar lícito del instrumento: WELZEL, incluye entre los casos de  
 autoría mediata a través de quien actúa conforme a derecho,  
 los supuestos del estado de necesidad por coacción. (108) -  
 Para H. RAMSS, la obediencia debida es un claro caso de au  
 toría mediata con un instrumento que procede legítimamen--

---

(108) Derecho Penal, parte general, pág. 110, Roque de Pal  
 ma Editor, Buenos Aires, 1956.

te. (109) Estos supuestos son controvertidos; el primero de ellos (el estado de necesidad), según sea el valor de los bienes en conflicto, constituirá ya una causa de licitud, ya una hipótesis de inculpabilidad por no exigibilidad de otra conducta. La obediencia jerárquica configura una causa de licitud, cuando el inferior está obligado a cumplir la orden, y ésta es lícita; constituirá un caso de inculpabilidad por error esencial e invencible, cuando el subalterno desconozca la ilicitud de la orden.

No habrá autoría mediata cuando el sujeto no ha creado la situación de peligro originadora de la causa de justificación, sino solo se limita a aconsejar la conducta o el hecho lícitos; aquí no hay autoría, porque el sujeto que se encuentra en peligro actúa libremente, y tampoco propia instigación, porque esta requiere la accesoriedad (una conducta o hecho típicos, antijurídicos y culpables), y en estos casos el inductor no es responsable porque el hecho del autor no es reprochable.

C. Autoría mediata a través de quien actúa inculpablemente.

Si un sujeto incita a un hombre que se conduce libre y responsablemente a la comisión de un delito, es instigador. Lo contrario acaece cuando el hombre al que se utiliza, carece de culpabilidad en el sentido jurídico-penal, no siendo, por tanto, punible; entonces el que lo utiliza es autor mediato.

La mayor parte de la doctrina estudia como causas

---

(109) Citado en la obra de MEZGER, Tratado de Derecho Penal, T. II. pág. 298, 2a.ed., Editorial REVista de Derecho Privado, Madrid, 1949.



de inculpabilidad las siguientes:

1. Falta de imputabilidad del instrumento. A es-  
tos supuestos corresponde la utilización de una persona im-  
pedida para comprender el carácter ilícito de la conducta o  
del hecho o conducirse de acuerdo con esa comprensión. --  
Por ejm., F a sabiendas de que I es un enfermo mental, le -  
induce para que prive de la vida a X; F no es instigador en  
el sentido jurídico (arts. 302, 13-V), sino que es responsa-  
ble como autor del delito de homicidio, conforme al artícu-  
lo 302.

Sin embargo, lo anterior no es una regla general:  
"también el menor (eventualmente un joven de doce años) o -  
el enfermo mental pueden desplegar una voluntad propia; en-  
tonces la participación de terceros en estos hechos, consti-  
tuye instigación o complicidad". (110) Debe advertirse, --  
que el menor o el enfermo mental, despliegan una voluntad -  
propia, lo que no poseen, por regla general, es el entendi-  
miento de que esa conducta o ese hecho consituyen delito.

En este punto, surge la problemática de si puede  
configurarse la autoría mediata en los casos en que el in -  
ductor no incita al "instrumento" a la realización del deli-  
to, mediante una influencia semejante a la instigación, si-  
no tan sólo aparentemente le ayuda o auxilia, v.gr., cuan-  
do cediendo a los ruegos del parancio le facilita el veneno  
para matar al supuesto perseguidor. La doctrina dominante-  
responde a esta cuestión en sentido afirmativo: desde el --  
punto de vista tradicional, porque en estos casos, según --

---

(110) WELZEL HANS, Derecho Penal, parte general, pág. 108,  
Roque de Palma Editor, Buenos Aires, 1956.

MEZGER, "el inductor sigue siendo autor mediato, pues ha -- causado el hecho, sin ser cómplice, en sentido jurídico, -- del hecho de otro". (111) Para el criterio finalista, se -- configura en estos casos la autoría mediata, siempre que el inductor posea el dominio del acto. (112)

En el mismo sentido debe resolverse el siguiente ejemplo: "en un establecimiento psiquiátrico el enfermo A - desea matar al paciente B. La dirección del establecimiento se ocupa de mantener separados a ambos. En cierta ocasión, sin embargo, B transita por el patio en el que A pasea con otros enfermos. El guardián C, interesado en la -- muerte de B, se limita a tocar a A en los hombros, y a mostrarle a B: como un autómatas se arroja A sobre B y lo mata instantáneamente de un golpe". (113)

2.- Puede faltar el dolo y la culpa en el instrumento. (Falta el elemento intelectual del -- dolo.)

Bajo este epígrafe se acuñan los casos en que se utiliza a una persona que actúa bajo un error esencial e invencible, es decir, que desconoce que realiza los elementos del tipo. El error de tipo del autor directo da lugar a -- uno de los casos más evidentes de autoría mediata. En estos supuestos el "mediador" actúa no dolosamente, siendo indiferente para la constitución de la autoría mediata, que se conduzca culposamente o completamente sin culpa.

---

(111) Tratado de Derecho Penal, T.II. págs. 303 y 304, 2a. ed., Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid --- 1949.

(112) Cfr. MAURACH REINHART, Tratado de Derecho Penal, T. - II. pág. 326, Ediciones Ariel, Barcelona, 1962.

(113) Ejemplo de Wegner, citado por Maurach, Tratado de Derecho Penal, T.II, pág. 326, Ariel, Barcelona, 1962.

El que hace sustraer una cosa ajena por una persona que cree que el objeto pertenece al que le induce a que la tome, no es instigador sino autor del robo simple. "Un médico entrega a una enfermera, con intención de asesinato, una inyección de morfina demasiado fuerte, para ser aplicada a un enfermo. La enfermera inyecta la droga y el paciente muere. El médico es autor doloso del asesinato; la enfermera, según si hubiera podido o no conocer la dosis demasiado fuerte, autora culposa o totalmente sin culpa". (114) A induce al miope B a disparar sobre una supuesta diana; en realidad sobre el enemigo mortal de A. Pedro invita a unos amigos, entre ellos Roberto y Juan, a ir de cacería. Sabiendo que Juan se ha ido por el lado oriente, induce a Roberto -- que se encuentra a una distancia considerable, pero que es un excelente tirador, a que dispare sobre el ciervo que ha movido aquellas ramas, sabiendo claramente Pedro, que el -- ciervo no es otro que Juan, su fuerte competidor. Roberto dispara y Juan muere. Pedro debe ser juzgado como autor mediato del homicidio de Juan; Roberto, según si el resultado fuera o no previsible, autor culposo o totalmente inculpable.

Se incluyen también aquí, los casos de obediencia jerárquica, en los que el subalterno desconozca la ilicitud del mandato ordenado por su superior legítimo. (115)

3.- Autoría mediata por error de prohibición del agente directo (mediador en la conducta o -- en el hecho)

(114) WELZEL, Derecho Penal, parte general, págs., 106 y - 107, Roque de Palma, Buenos Aires, 1956.

(115) Cfr. PORTE PETIT, Candaudap, Celestino, Apuntamientos de la parte general del Derecho Penal, T. I. pág.252-Sa.ed. Editorial Porrúa, S. A. México, 1980.

Aquellos casos en que un sujeto se sirva de un -- hombre que siendo capaz de culpabilidad, actúe sin conoci -- miento de lo antijurídico de su conducta o de su hecho (sin -- conocimiento del injusto), representarán supuestos eviden -- tes de autoría mediata. Expresado de modo diverso, el ine -- vitable error de prohibición del "mediador" en el hecho, da -- lugar a una de las modalidades de la autoría mediata. Ahora -- bien, la inevitabilidad del error de prohibición se juzgará -- según, se parta de lo normativo del error de prohibición (el -- autor directo debía haber conocido el injusto) y no de lo -- psicológico (el no ha conocido el injusto) del error de pro -- hibición, es decir, el juicio que se haga para saber cuando -- el desconocimiento del injusto es evitable o inevitable, se -- rá según se parta de lo normativo o de lo psicológico del -- error de prohibición. Para REINHART MAURACH, debe acogerse -- este último criterio; la autoría mediata surgirá "por el sim -- ple hecho de concurrir un error de prohibición, sin que la -- falta de esfuerzo de la consciencia del instrumento pueda mo -- dificar el juicio del inductor". (116)

4. Autoría mediata de existir en el instrumento -- una situación de no exigibilidad de otra con -- ducta.

Si la persona utilizada actúa coaccionada, o en ra -- zón de encontrarse frente a un estado de necesidad exculpan -- te (cuando el bien sacrificado es de igual valor que el sal -- vado), o bien, que por alguna circunstancia despliegue una -- conducta o un hecho que aún cuando antijurídicos no le sean -- reprochables por no exigibilidad de otra conducta, el que --

---

(116) Tratado de Derecho Penal T. II. pág. 326, Ediciones -- Ariel, Barcelona, 1962.

se sirve de ella es autor mediato. Ello, sucederá siempre que éste represente la fuente de peligro, bajo cuya presión el "instrumento" comete la conducta o el hecho delictivos. En otras palabras, el autor mediato debe haber provocado dolosamente la situación de peligro, en virtud de la cual, el instrumento perpetra el delito. P.ej., F incita a I, bajo amenaza de muerte, a realizar un delito.

De lo anterior, se deduce que, la autoría mediata quedará excluida de los casos en que el sujeto inductor no ha creado la causa de no exigibilidad, sino únicamente incita a quien se encuentra en tal situación a practicar la conducta o hecho salvadores. El problema de si el determinante o favorecedor de dicha conducta o hecho, es responsable como partícipe, no precisa ser examinado aquí. (117)

#### D. Casos controvertidos de autoría mediata.

1.- Fuerza física irresistible (vis absoluta). Como es sabido, la vis absoluta constituye uno de los casos más notorios de ausencia de conducta, estimándose, por ello que el hombre que realiza "un hacer o un no hacer por una violencia física humana e irresistible" (118), actúa como un instrumento. En virtud de lo cual, algunos autores, entre ellos SOLER, tratan este aspecto negativo de la conducta como uno más de los supuestos de autoría mediata. (119)

---

(117) Consultar Cap. III, 7, B 2 (Limitada accesoriadad de la Participación)

(118) PORTE PETTIT, Apuntamientos dela parte general del Derecho Penal, T. I, pág. 408, 5.ed. Editorial Porrúa México, 1980.

(119) Veasé Derecho Penal Argentino, T. II., pág. 258, 3a. reimpresión. TEA, Buenos Aires. 1956.

Cabé agregar, que hay quienes sostienen que la -- real interposición de la vis absoluta originará inclusive - autoría directa del agente. A lo que se opone ZAFFARONNI, - para él, "la consideración de estos casos como simples su- puestos de autoría directa, resulta insostenible, porque de ser así no regiría respecto de ellos la diferencia entre de litos de propia mano y de mano ajena". (120)

2.- Hipnotismo. El hipnotismo presenta un doble problema en cuanto a su naturaleza y en cuanto a su admi- sión como una de las modalidades de la autoría mediata. -- Respecto de su naturaleza, unos opinan que se trata de una ausencia de conducta, y otros, de una causa de inimputabili- dad. (121) Por lo que se refiere al segundo punto, SEBAS- TIAN SOLER, trata al hipnotismo como un caso de autoría me- diata; en su opinión, el sujeto hipnotizado, es un instru- mento inimputable, del que se vale el autor mediato para co- meter el delito. (122) Según ZAFFARONNI, la solución a los casos de hipnotismo se halla en el prever por el Código, un tipo independiente de autoría; sólo así puede aceptarse -- que, una mujer que se sirve de un hipnotizado para violar - a otra mujer, sea autora del delito de violación. (123)

---

(120) Teoría del Delito, pág. 642, EDIAR, Buenos Aires, 4- 1973

(121) Consultar, "problemática del hipnotismo", Porte Petit Apuntamientos de la parte general, de Dcho. P., T.I. pág. 421, 5a.ed. Editorial Porrúa. S. A., México, 1980

(122) Derecho Penal Argentino, T. II, págs 259, 260 3a. -- reimpresión, TEA, Buenos Aires, 1956.

(123) Teoría del Delito, pág. 642 EDIAR, Buenos Aires, 1973.

## E, Casos límites de autoría mediata.

Una de las cuestiones que se plantea la doctrina penal alemana, es el deslinde entre instigación y auxilio - impune al suicidio y homicidio punible. La primera dificultad radica en que el suicida no actúa en su persona de modo típico: no mata sino que crea tan sólo una condición, irrelevante para él desde el punto de vista jurídico-penal, de la muerte libre. El segundo problema ("muerte libre") afecta a los límites de esa libre determinación. La solución a esta cuestión se encontrará, según MEZGER, si se tiene en cuenta que en este punto la característica típica muerte, - "no significa causación de la muerte, sin más, sino solo -- causación de la muerte de una persona que haya poseído hasta el último instante la propia y libre decisión sobre la vida y la muerte. Si el que resultó muerto poseía esta decisión, existe complicidad al suicidio; si no la poseía estamos en represencia de un homicidio". (124) Al mismo resultado llegan las finalistas: "con ayuda del dominio del hecho del autor directo, se llegará, por lo general, a una correcta delimitación entre punible autoría mediata e impune participación en el suicidio. Indiscutiblemente existe autoría mediata si el inductor determina a su víctima al -- suicidio en contra de su voluntad". (125)

Ejemplo: Un niño es movido a arrojarse de cabeza a una piscina casi vacía.

(124) Tratado de Derecho Penal, T. II., págs 281, 282, 2a. ed. Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, -- 1949.

(125) MAURACH, Tratado de Derecho Penal, T. II., pág. 327, Ediciones Ariel, Barcelona, 1962.

**ESTA TESIS NO DEBE  
SALIR DE LA BIBLIOTECA**

El citado caso HILDAGARD Pfefel, del sujeto que induce a una joven menor de edad, al suicidio, mediante perturbación psíquica y amenazas.

En la doctrina penal mexicana el deslinde entre punible autoría mediata e impune participación al suicidio, no tiene razón de ser, desde el momento, en que se establecen como tipos autónomos la instigación y el auxilio al suicidio (artículo 312 del Código Penal). Por lo que respecta a la plena responsabilidad como autor mediato de quien induce a un inculpable al suicidio, no cabe la menor duda; aplicándose al incitador conforme al artículo 313, la pena correspondiente al homicidio calificado.

### 3. PROBLEMAS PROPIOS DE LA AUTORIA MEDIATA

#### A. La autoría mediata en la omisión.

La doctrina dominante aprecia autoría mediata por omisión en los casos en que el autor mediato provoque por un no hacer, es decir, por la omisión de una acción esperada y exigida, la conducta o el hecho del instrumento productor del resultado. (126) p. ej., El guardián de un establecimiento psiquiátrico encargado de la custodia de un psicópata peligroso, deja voluntariamente, que éste ataque a otro enfermo ocasionándole la muerte. En estos casos, el autor mediato deberá ser juzgado por un delito de comisión por omisión.

---

(126) Entre los que admiten la autoría mediata por omisión podemos citar entre otros a: MAURACH, Tratado de Derecho Penal, T.II. pág. 327, Ediciones Ariel, Barcelona, 1962. Bauman, Mezger, citados por ZAFFARONNI, Teoría del delito, pág. 646, EDIAR, Buenos Aires, 1973.



Si bien, la mayoría acepta la posibilidad de la -  
 autoría mediata por omisión, cierto sector doctrinario, ase-  
 meja estos casos a la omisión de impedir el resultado lesi-  
 vo de cualquier fuerza natural, (127)

B. La tentativa en la autoría mediata.

Para saber cuando existe un principio de ejecu-  
 ción (tentativa) en la autoría mediata, debe distinguirse,  
 según el muy particular punto de mira finalista de ZAFFARO-  
 NNI, si la persona "medio" actuó con dolo o sin dolo. En -  
 caso de que el autor directo ("el instrumento") se conduzca  
 con dolo, la tentativa radica en el comienzo de ejecución -  
 por parte de éste. Si opera sin dolo, la tentativa se origi-  
 na con la interposición misma del instrumento. En esta -  
 última hipótesis la solución es la misma que para los deli-  
 tos cometidos por medios mecánicos: el comienzo de ejecu-  
 ción se verifica cuando el autor dispone el instrumento. --  
 (128) REINHART MAURACH, señala, que en los casos de autor-  
 ría mediata la tentativa radica "en el comienzo de ejecu-  
 ción sobre el sujeto mediador", (129) es decir, aplica la -  
 misma solución a cualquier supuesto de autoría mediata.

Si autor mediato es quien para realizar un delito  
 se sirve de una persona como mero "instrumento", resulta --  
 lógico suponer que la tentativa en la autoría mediata radi-

---

(127) ZAFFARONNI, Teoría del Delito, pág. 646, EDIAR, Bue-  
 nos Aires, 1973.

(128) Teoría del Delito, págs. 645, 646, EDIAR Buenos Aires  
 1973.

(129) Tratado de Derecho Penal, T. I. pág. 184, Ediciones -  
 Ariel, Barcelona, 1962.

ca en el comienzo de ejecución sobre el sujeto "mediador", puesto que, éste es un simple instrumento puesto en acción por el autor mediato como un arma en sus manos. Sin embargo, como para la ley existe "tentativa punible cuando la resolución de cometer un delito se exterioriza ejecutando la conducta que debería producirlo u omitiendo la que debería evitarlo...", resulta irrelevante para el derecho penal el comienzo de ejecución sobre el instrumento, esto es, la interposición misma del instrumento; por tanto, requiérese un comienzo de ejecución por parte del "instrumento" mismo.

C. El error del autor mediato respecto del actuar delictuoso del "instrumento".

No existe unanimidad en la doctrina respecto a la solución que debe darse al problema del error del autor mediato respecto al actuar doloso del "mediador en el hecho". En este punto se plantean los siguientes supuestos:

1.- El inductor cree influir sobre un sujeto que se conduce de buena fe por error de tipo o por desconocimiento de lo antijurídico de su conducta o de su hecho (error de prohibición), que en realidad, actúa consciente y voluntariamente; esto es, el autor directo (el instrumento) es responsable y el inductor cree que no lo es, y por tanto, cree erróneamente ser autor mediato. La teoría subjetiva de la participación partiendo de la voluntad de autor aprecia en casos como éste autoría mediata; por el contrario, la teoría finalista de autor, tomando en consideración el objetivo dominio del acto, afirmará la existencia de instigación, en virtud de que, el señorío del acto está realmente en el agente directo, no en el inductor; por tanto éste no debe ser considerado autor mediato, sino partíci  
pe.

2.- El inductor cree instigar a un sujeto que actúa libre y concientemente pero realmente éste, no poseía ni el conocimiento ni la voluntad de realización; el inductor era en realidad la causa directa del delito. En estos casos el inductor cree erróneamente ser un instigador. Para la teoría subjetiva de la participación partiendo del "querer el hecho como ajeno", se configurará la instigación. Para un criterio finalista, autoría mediata. Por su parte, Sebastian Soler indica que, "es autor mediato tanto el que deliberadamente se sirve de un irresponsable como instrumento, como el que cree servirse de un sujeto responsable al cual cree instigar". (130)

D. Exceso del instrumento (delito distinto del pretendido por el autor mediato).

1. Existe exceso del instrumento, cuando éste comete un delito distinto en cuanto a los modalidades de la conducta, o mas grave del pretendido por el inductor (exceso cuantitativo), o cuando realiza un tipo de especie totalmente distinta al pretendido por el autor mediato (exceso cualitativo). En ambos supuestos debe estarse al carácter de la desviación, para saber si el autor mediato queda sujeto a responsabilidad o resulta impune. Si el exceso es cuantitativo y la desviación es esencial, v.gr., el autor mediato se sirve del instrumento para causar lesiones, pero éste produce la muerte del pasivo; el autor mediato responderá por el delito de homicidio, en virtud de que a diferencia de la instigación, en la cual el instigado comprende el carácter delictuoso del hecho, existiendo la posibilidad de

---

(130 Derecho Penal Argentino, T. II. pág. 264, 3a. ed., TEA, Buenos Aires, 1956.

que se sujete mas a lo que pretende el instigador, en la autoría mediata se da la probabilidad de que el instrumento incurra en un exceso.

Si el exceso es cualitativo y la desviación es esencial, v.gr . el autor mediato se sirve de X para cometer un robo, pero X comete un fraude; el autor mediato quedará libre de responsabilidad. El enjuiciamiento será, el mismo que para el exceso del autor en la participación.

(131) EUGENIO ZAFFARONNI propone una solución diversa, para él, si bien, en principio, el autor mediato no responde por el exceso del "instrumento", deben hacerse distinciones mas exactas: si el autor tiene alguna duda de lo que entendió el mediador acerca de lo querido por él, actuará con dolo eventual. Si la explicación fue poco clara o la torpeza mental del instrumento exigía un mayor cuidado en la explicación, la conducta será culposa. (132)

2.- El error inesencial o accidental en la autoría mediata: error en el golpe (aberratio ictus), error en la persona (error in persona).

En lo tocante a los casos de error en el golpe (aberratio ictus), si el instrumento priva de la vida a un sujeto distinto por aberratio ictus; el autor mediato debe responder por homicidio doloso, pues no podría imputársele un homicidio a título de culpa. porque no hubo una violación a un deber de cuidado, sino el propósito de matar va-

---

(131) Veasé Capítulo III, II, 6 B, de la presente obra.

(132) Veasé , Teoría del Delito, pág. 645, EDIAR, Buenos Aires, 1973.

liéndose de un instrumento humano. Tratándose del error in persona: cuando el "instrumento" confunde a la persona que el autor mediato quería que diera muerte: éste, tomando en cuenta la redacción abstracta de los tipos legales, debe responder de delito consumado, pues ha causado la muerte de un "hombre".

#### 4. LA PUNIBILIDAD DEL AUTOR MEDIATO

En principio el autor mediato será sancionado igual que el autor de propia mano (autor inmediato). Fundamento y grado de su responsabilidad son completamente independientes de la cuestión de la posible punibilidad del sujeto de quien se valió (instrumento) para perpetrar el delito.

**CAPITULO II**

**CONCEPTO, NOCIONES GENERALES Y REQUISITOS DE LA PARTICIPACION  
EVENTUAL O CONTINGENTE**

## I CONCEPTO

1. Participación es intigación o auxilio a la realización de un delito, ejecutado por otro (el autor). Del mismo concepto se desprende que, la participación no integra un tipo autónomo; la determinación o el auxilio en sí mismos, no integran el elemento objetivo de un delito, ni en su descripción se encuentran vinculados a un efecto penal, sino que su punibilidad depende del delito realizado por el autor. Re presentando, por ello, las normas sobre participación previstas en la parte general del Código Penal, la lex criminalis requerida para poseer el derecho de sancionar a quien haya determinado o auxiliado a otro a la comisión de un evento delictivo.

2. Existe mera participación cuando la conducta o el hecho descritos por el tipo, pueden perpetrarse por un sólo sujeto sin ninguna otra cooperación, esto es, cuando la intervención del partícipe se produce de manera eventual y libre. Frente a estos supuestos, numerosos tipos legales debido a su intrínseca naturaleza, requieren para su realización de la intervención de dos o más personas (como la bigamia, el adulterio, el incesto, la riña, etc.); delitos a los cuales la doctrina agrupa bajo el epígrafe de participación impropia o necesaria. En ellos el cooperador en la comisión del delito, no será partícipe en el sentido del artículo 13 fracciones V y VI del Código Penal, sino que su conducta o hecho se encuentran descritos por un tipo especial, v.gr., el artículo 272 del Código Penal. Por tal motivo su estudio se excluye de la teoría de la participación.

Así pues, desde un punto de mira doctrinal, la participación es, la eventual y dolosa intervención de dos o más

sujetos (autor y partícipe) en la realización de un delito - doloso, que podría consumarse sin la concurrencia de aquéllos a quienes se les denomina partícipes.

## II. NOCIONES GENERALES DE LA PARTICIPACION.

### 1. Terminología

La discutida figura de la participación ha recibido distintas denominaciones, entre ellas, podemos citar: (1) -- Participación en el delito. (2) Concurso de personas en el delito. (3) Participación propia o causal. (4) Participación. (5) Autoría y participación. (6) Participación Criminal. (7) Teoría de la Complicidad.

El término que mejor explica el tema en estudio es, el de "autoría y participación", en virtud de que ésta última existe cuando se determina o se presta una ayuda o auxilio para la ejecución de un delito por el autor. De ahí que si se emplea la expresión "participación", sólo se haría referencia a la instigación y a la complicidad, pues si bien, el vocablo participar implica la presencia de dos personas; -

- 
- (1) CUELLO CALON EUGENIO, Derecho Penal, T.I. pág. 546, 9a. ed., Editora Nacional, S.A. México D.F., 1953.
  - (2) ANTOLISEI FRANCESCO, Manual de Derecho Penal, pág. 391, Editorial UTEHA, Buenos Aires, 1960.
  - (3) MAURACH REINHART, Tratado de Derecho Penal, T.II. pág. 350, Ediciones Ariel, Barcelona, 1962.
  - (4) MEZGER EDMUNDO, Tratado de Derecho Penal, T.II. pág. 269, 2a. ed., Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1949. CASTELLANOS TENA FERNANDO, Lineamiento de Derecho Penal, 8a. ed., Editorial Porrúa S.A. México, 1974.



en caso de que el delito fuera cometido por el sujeto a quien se refiere el texto del tipo especial, sin ninguna otra intervención, sólo se configurará la autoría. Participación es la intervencción de otro sujeto además del autor.

## 2. Naturaleza

Al tratar de establecer la naturaleza de la participación aparecen como obligadas estas preguntas: lo que se comete en los casos de conductas o hechos concurrentes ¿es uno o son varios delitos?

Si es uno el delito ¿cuál es la posición jurídica de cada partícipe?

Interrogantes a las cuales diversas teorías han propuesto las siguientes respuestas:

A. TEORIA ALEMANA DE LA ACCESORIEDAD. Partiendo de la unidad del delito, cree encontrar la naturaleza de la participación en la accesoriidad de las conductas concurrentes - las que dependen y tienen sentido en función de la principal. (8)

De acuerdo a los postulados de esta teoría, sólo es autor del delito quien realiza la conducta o hecho descritos por el tipo. La participación viene a ser un concepto de referencia que debe su injusto a la causación de la conducta -- punible cometida por otro. De ahí que la responsabilidad del partícipe depende (accesoriidad de la participación) fundamentalmente del delito realizado por el autor, en virtud de que-

---

(8) Cfr. VILLALOBOS Dinámica del Delito. pág. 210, Editorial-Jus, México, 1959

su conducta no es punible por sí misma en cuanto no se adecúa a un tipo legal.

En sus albores esta teoría, vinculada a la necesidad de que el autor cometiera una conducta o un hecho típicos antijurídicos, culpables y punibles, esto es plenamente delictivos, para que el partícipe pudiera ser hecho responsable por el delito realizado; debió conducir, a que en aquellos casos en que el delito era cometido por un inimputable, al faltar una conducta o un hecho "culpables", los partícipes (instigador y cómplice) deberían quedar impunes, pues al ser la participación accesoria, esto es, dependiente de la punibilidad de otro como autor plenamente responsable, resultaría que al no ser la conducta o hecho principal delictuosa ni punible tampoco lo eran las de los partícipes.

B. TEORIA SOBRE LA CAUSALIDAD. El pensamiento de la causalidad ha influido en forma determinante en la teoría de la participación; tan es así, que autores como EDMUNDO MEZGER con gran acierto ha llegado a sostener que, "como autor lo mismo que como partícipe sólo puede ser punible el que ha puesto una condición del resultado; la co-causación del resultado constituye el fundamento imprescindible de toda responsabilidad jurídico-penal. El pensamiento de la causación del resultado traza el límite extremo de toda responsabilidad jurídico penal". (9)

Acerca de la causalidad jurídico-penal se han desarrollado diversas teorías, entre las más destacadas tenemos:

- 1.- Teoría de la equivalencia de las condiciones. - -  
(von Buri)

---

(9) Tratado de Derecho Penal, T.II. pág. 272, 2a. ed. Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1949.

- 2.- Teoría de la causa adecuada. (von Bar)
- 3.- Teoría de la condición preponderante. (Binding)
- 4.- Teoría de la adecuación al tipo. (Beling)
- 5.- Teoría de la causa eficiente. (Stoppatto)
- 6.- Teoría de la causa eficaz. (Birkmeyer) (10)

Lo anterior ha sido con finalidad enunciativa mas no depretender una amplia exposición, pues vendría a complicar más el ya de por sí problemático tema de la participación. Tan solo nos ocuparemos de la Teoría de la equivalencia de las condiciones, formuladas por Maximiliano von Buri a mediados del siglo XIX, por ser ésta junto con la Teoría de la causa adecuada las mas aceptadas por la doctrina.

Esta teoría parte del concepto causal de acción - (acción como causación del resultado), y de una teoría de la condición desarrollada y aplicada en un sentido estricto, conforme a la cual todas las condiciones del resultado, sean establecidas por quien sea, son equivalentes, del mismo valor entre sí. De ahí que, bajo el aspecto objetivo, tanto el autor como el partícipe sean "causales" en la producción del resultado y, por tanto, cada uno deba responder integralmente del delito cometido.

#### C. TEORIA QUE AFIRMA LA PLURALIDAD DE DELITOS O DE LA AUTONOMIA DE LA COMPLICIDAD

Frente a las anteriores teorías, surge un criterio cuyos argumentos tienden a sostener la naturaleza jurídicamente pluralista de la participación. Los defensores de esta teoría sostienen que a la pluralidad de agentes (ya no de partícipes) les corresponde un real y propio concurso

---

(10) Véase FIERRO Guillermo Julio, Teoría de la Participación criminal, págs. 173 y S.S.

de conductas distintas y en consecuencia una pluralidad de delitos, por lo que, según MASSARI, más que de "concurso en el delito", debería hablarse de "delito de concurso". (11)

#### D. DESARROLLO DEFINITIVO DE LA TEORIA CAUSAL.

Superados los errores anteriores, se volvió a la aspiración de punir a cada partícipe de acuerdo a su mayor o menor aportación objetiva en el delito perpetrado y teniendo además en cuenta elementos de carácter subjetivo. - Pues si en verdad debe considerarse responsable a todo - - aquel que concurrió a la causación del resultado, también es cierto, que no todo el que contribuyó a dicha causación es delincuente, ni necesariamente todos los codelincuentes son responsables en la misma medida.

Es por ello, afirma Ignacio Villalobos, que para determinar la responsabilidad de cada partícipe en la realización de lo que indiscutiblemente es un sólo delito, de bemos señalar por separado cada uno de los requisitos que la configuran: por un lado el objetivo, consistente en la mayor o menor aportación causal a la producción del resultado por otro, el subjetivo que se refiere a la reprochabilidad de la conducta desplegada por cada sujeto activo del delito. (12)

Nada más adecuado para comprender mejor lo anterior que las palabras de EDMUNDO MEZGER: "Sería perfectamente concebible castigar a todos los participantes, sin distinción, como autores del acto, teniendo en cuenta que también ellos han cooperado y cocausado el resultado delictivo. Pero una sensación valorativa más fina no seguirá esta ruta, sino distinguirá de modo más preciso, las diversas formas de participación en el hecho punible. En --

(11) Citado por Soler, Derecho Penal Argentino, T. II, pág. 270 3a. reimpresión, TEA, Buenos Aires, 1956.

(12) Véase Dinámica del delito, pág. 212, Editorial Jus, - México, 1959.

principio hará responsable a todo el que haya contribuido al resultado, por el mero hecho de su colaboración, pero gradurá dicha responsabilidad; con otras palabras, distinguirá en orden al enjuiciamiento jurídico-penal distintas formas de - participación en el delito". (13)

### III. PARTICIPACION NECESARIA (delito con pluralidad de auto- res).

#### A. Concepto

En los Códigos penales encontramos diversos tipos- que en su descripción hacen referencia a varios autores. En otras palabras, tipos que requieren la intervención de dos o más sujetos para la realización de un delito. Se habla en - estos casos de participación impropia o necesaria.

#### B. Naturaleza

La participación impropia o necesaria ha sido estudiada desde dos ángulos diversos: desde la dirección de la - norma (a) y desde las características del tipo (b).

a) Desde la dirección de la norma. Desde CICALA - en Italia y FREUDENTHAL en Alemania, se distinguían los dos- grandes grupos de los llamados delitos de convergencia y de- lictos de encuentro. Para CICALA, en estas hipótesis (el precepto antes que dirigido a oponerse a la realización en co - mún del hecho criminal, se dirige a prevenir el encuentro - el acuerdo, la convergencia la asociación... Por ello no so- lo obliga, sino que coobliga a los sujetos capaces de que --

---

(13) Tratado de Derecho Penal, T. II., págs. 270 y 271, Edi- torial, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1949.

rer a abstenerse de combinaciones de voluntad prohibidas)).

(14) Los delitos de convergencia son definidos como "el -- operar coordinado o conjunto , de varios sujetos hacia una meta común"(15), es decir, son aquellos, en los que los sujetos actuando de común acuerdo se desenvuelven en la misma - dirección como, en la sedición, el motín, la rebelión, etc. Los delitos de encuentro se caracterizan porque la voluntad común se manifiesta en conductas o hechos que partiendo de puntos opuestos se dirigen una contra la otra (riña), o una hacia la otra (bigamia, adulterio, incesto), de tal manera - que el "encuentro" de las distintas conductas produce el -- efecto de constituir el tipo.

b) Desde los elementos del tipo. Conforme a este punto de vista, el estudio del concurso necesario debe abor darse tomando en consideración los elementos del tipo. Desde el momento, en que el tipo se refiera a varias personas en cuanto observan determinada conducta considerada como -- elemento constitutivo del delito, se configura la participa ción impropia o necesaria o delito colectivo, como se le de nomi nó en épocas pretéritas. Para designar esta categoría de delitos, propuso GRISPIGNI la denominación de delitos - plurisubjetivos, la cual encontró la aceptación de la doc- trina. Según el tratadista italiano, la esencia del delito plurisubjetivo está dada porque "lo que se imputa a los su- jetos particulares es siempre la propia conducta, sólo que ésta recibe su sello de hecho punible de verificarse la con

---

(14) Citado por Bettiol, Derecho Penal, parte general, pág 496, 4a, ed. Editorial, Themis, Bogotá, 1965.

(15) REINHART MAURACH, Tratado de Derecho penal, T. II. -- pág. 351, Ediciones Ariel, Barcelona, 1962.

ducta ajena". (16) Ello, significa, que la conducta de cada uno de los participantes, requiere para ser punible, de la conducta de otro u otros según la descripción típica; -- por tanto, cada sujeto es autor y, como tal, debe responder de su conducta o hecho como delito integral.

De ahí, que no pueden considerarse como formas especiales de participación, las hipótesis en las cuales el concurso de varias personas es un presupuesto necesario para la integración del tipo. En los delitos plurisubjetivos no se trata de una forma de realización del delito, sino de una distinta categoría de delitos en los que se requiere la pluralidad de sujetos como elemento constitutivo de la figura delictiva.

#### C. TERMINOLOGIA

En lo tocante al vocablo participación necesaria, REINHART MAURACH opina que, ((desde el momento en que una gran parte de estos tipos se ejecutan necesariamente por -- dos o varios cooperadores en forma de coautoría (v.gr., riña, adulterio), el término "participación necesaria" tan sólo lo estará justificado si se le considera en sentido amplio. Preferible sería la designación de varios participantes)). - (17) Por su parte, GUISEPPE BETTIOL sostiene que, la tradicional expresión concurso necesario de personas en el delito, resulta suficiente si se tiene presente el significado vulgar que encierra, en cuanto que son "necesarios" para la producción del evento lesivo varios sujetos que actúan; pe-

---

(16) Citado por Bettiol, Derecho Penal, parte general, pág. 497, 4a, ed. Editorial, Themis, Bogotá, 1965.

(17) Tratado de Derecho Penal, T. II. pág. 332, Ediciones Ariel Barcelona, 1962.

ro no es la acertada si consideramos que los distintos participantes son verdaderos autores del delito. Tan es verdad dice, que si se pretende hablar de un verdadero y propio concurso de personas en un delito plurisubjetivo, éste es inadmisibile respecto de la norma incriminatoria principal (especial), y habrá de encuadrarse respecto a las normas sobre participación, es decir, dichas actividades no caen ya dentro de la norma especial, sino de otra norma, que es la de participación. Por lo que para él, la expresión adecuada cuando se hable de concurso necesario de personas en el delito, es: "delito con pluralidad de autores". (18)

#### D. EL CONCURSO EVENTUAL EN EL DELITO PLURISUBJETIVO

En el delito plurisubjetivo es posible la participación eventual o contingente, que naturalmente, sólo puede llevarse a cabo por parte de personas distintas de los sujetos esenciales, esto es, por sujetos distintos de los requeridos por la descripción típica. Tal es el caso de la persona que favorece el adulterio, permitiendo a los amantes el encuentro en su habitación.

#### E. PUNIBILIDAD DEL CONCURSO NECESARIO

1.- El delito plurisubjetivo no presenta dificultad alguna; cuando la ley establece la punibilidad de todos los participantes. Así, el adulterio (art. 173 C.P.), la ley sanciona no sólo al casado, sino al cóculpable soltero. El art. 277-III del C.P., que castiga a los padres que no presenten a su hijo al Registro Civil, con el objeto de hacerle perder su estado civil. En el incesto (art. 272 C.P.), aún cuando el régimen sancionatorio sea distinto pa-

(15) Véase, Derecho Penal, parte general, pág. 497, 4a.ed. Editorial Themis, Bogotá, 1965.



ra cada participante; en tanto que al ascendiente le corresponde una pena más grave, al descendiente se aplica una menor.

2.- El problema se suscita en aquellos delitos -- que requieren por su naturaleza, la coparticipación de -- otras personas (participación pasiva) además del autor (participación activa); v.gr., la evasión de presos (art. 150 C.P.), el lenocinio (art. 207-I y 208), la corrupción de menores (art. 201), el rapto consentido (art. 268). Como la ley declara punible solamente la conducta de un coparticipante, sin referirse al otro, dependerá de una cuestión de interpretación, que debe resolverse en cada caso concreto -- sobre la base de la voluntas legis, el que el participante no mencionado deba siempre ser castigado, no lo deba ser en ningún caso, o únicamente bajo determinados supuestos. (19) Entran en consideración los siguientes grupos de tipos:

a) El tipo tiene por objeto la protección del participante necesario no mencionado en la amenaza punitiva. Aquí, la persona protegida es impune, en todas las posibles formas de participación, en tanto, la ley no prevea especiales sanciones contra ella. En consecuencia el participante no mencionado, no es punible cuando instiga al único sujeto sancionado a la comisión del delito. Expresado con otras palabras, cuando el tipo pretenda la protección del participante necesario no vinculado a la sanción penal, toda participación de éste debe quedar impune, aún cuando haya instigado o ayudado a la realización del delito para él lesivo. p.ejm., en el rapto consentido (art. 268 C.P.), en la corrupción de menores (art. 201), en el lenocinio sobre una --

---

(19) Veasé ANTOLISEI, Manual de Derecho Penal, pág. 422 -- UTEHA, Buenos Aires, 1960.

menor (art.208 C.P.), la raptada, el corrompido y la menor prostituida deberán ser impunes aún cuando hayan instigado o facilitado conscientemente la realización del delito.

En cambio, opina MAURACH, la impunidad del participante necesario no mencionado resultará incierta, cuando el tipo pretenda no sólo su protección, sino también la tutela de otros bienes jurídicos. Esta dualidad de ciertas amenazas punitivas, trae como consecuencia la polémica en torno a si la mujer prostituida puede ser responsable por instigación al lenocinio. En este punto el juicio se bifurca, para algunos toda forma de participación del sujeto protegido es impune; para otros, en estos casos, solamente la participación necesaria es impune, no así la instigación. (20)

b) El tipo establece un privilegio para una situación personal especial del participante necesario, como lo es, una especial motivación, v.gr., el ansia de libertad -- del artículo 150. Aquí, debe examinarse si la conducta o hecho del participante necesario beneficiado no sobrepasa la medida mínima prevista por la ley. Si el participante se conduce estrictamente conforme a la descripción típica, es decir, si se limita estrictamente al papel que le ha sido atribuido en la estructura del tipo respectivo, debe -- siempre ser impune. Se discute en cambio, si el participante necesario que abandona esa medida mínima al instigar al único sujeto punible, o al auxiliarlo en la comisión del delito, responde como instigador o como cómplice. Esto es, mientras que la participación necesaria del no mencionado -- en la conminación penal, es impune, se discrepa, en cambio, si una participación ulterior de este sujeto, v.gr., la ins

---

(20) Veasé MAURACH REINHART, Tratado de Derecho Penal, T.II pág. 354, Ediciones Ariel, Barcelona, 1962.

tigación es punible. Aquí también existen dos posturas: - Para algunos tratadistas solamente la participación necesaria es impune, no así otra participación que exceda de la necesaria. (21) Otro sector, opina que la solución depende tanto de la esfera de los bienes jurídicos tutelados por el tipo respectivo, como de la situación psíquica del participante necesario. (22)

Ejemplos: en la evasión de presos no cualificada (art. 150 y 154) sólo puede ser autor el guardia encargado de la custodia de los presos; la autoliberación no -- agravada es impune. Ahora bien, si la autoliberación no -- cualificada es impune, se discute, en cambio, si es punible el preso que instiga al guardia a facilitarle la evasión o la auxilia en la misma. En este punto los pareceres se dividen: a') Para algunos, la instigación a la evasión es punible, no así la complicidad en la autoliberación, que debe siempre ser impune. Esto es, solamente la participación necesaria es impune, no así la instigación. (23) b') La doctrina dominante, afirma que, por la misma razón que queda excluida la autoría de este sujeto, es impune toda participa

(21) Véase, MEZGER, Tratado de Derecho Penal, T. II, pág. -- 340, 2a. ed., Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1949.

(22) Véase, MAURACH, Tratado de Derecho Penal, T. II, pág. -- 353, Ediciones Ariel, Barcelona, 1962.

(23) Véase, MEZGER, Obra cit. pág. 340.

ción. (24)

Así mismo, en lo que respecta al autoencubrimiento, para algunos, el autor que instiga a otro a que le encubra debe ser punible (conforme a los art. 13-V y 400 del Código Penal). La doctrina dominante, por existir un indirecto autoencubrimiento, exige la no punición de la conducta. En el cohecho el sujeto activo, no debe ser sancionado por instigación; su propia punibilidad de autor se limita a los supuestos del artículo 222.

#### IV. PARTICIPACION EVENTUAL O CONTINGENTE

Como se ha descrito en párrafos precedentes la participación eventual o contingente, denominada también -- participación propia o causal, consiste en la intervención de dos o más personas en la realización de un delito, sin que dicha concurrencia sea requerida por el tipo. Es por ello, que los Códigos Penales basados en el dogma nullem crimen sine lege, nulla poena sine typo, no podrían considerar penalmente relevantes las conductas o hechos de quienes han prestado una contribución causal a la comisión de un ilícito, pero que como tal, no está descrita por una norma legal. Quien instiga a otro a cometer un secuestro, no es todavía quien ha privado ilegalmente de la libertad a una persona (art. 366); así como no se ha apoderado de una cosa -- ajena, el que auxilia a aquél que realiza los actos ejecuti

---

(24) FRANK, citado por MEZGER, Tratado de Derecho Penal, - T. II pág. 128, 2a, ed. Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1949.

vos del delito de robo (art. 367). Para incriminar a estos sujetos, siempre que se parta del concepto restrictivo de autor, ha sido necesario que el legislador cree normas particulares que extiendan la esfera de punibilidad de la norma principal (especial), a comportamientos que por sí mismos, no quedarían incluidos dentro del marco de ésta. Pero si adoptamos la noción extensiva de autor, según la cual, autor es todo aquél que ha concurrido a causar un resultado típico, resultaría suficiente la norma de la parte especial para incriminar a todo sujeto que haya participado en la comisión de un delito. Ahora bien, si autoría es causación de un resultado típico, una distinción entre autor y partícipe resultaría superflua, y las normas sobre participación si el legislador no quisiera renunciar a ellas, serían inútiles si no admitiesen un tratamiento penal diferente para cada uno de los partícipes, o bien, adquirirían la característica de normas restrictivas de la punibilidad, pues restringirían la pena del autor, que en otro caso, se derivaría de la relación causal con el resultado. (25) En cambio, si se adopta la noción restrictiva de autor, las normas sobre participación, presentarán la naturaleza de normas complementarias extensivas de la punibilidad de la norma principal, en virtud, de que, afirma acertadamente RANIERI, "la norma incriminatoria especial describe el delito y conmina la pena para quien lo realiza y la norma complementaria aumenta la previsión de aquélla, haciendo posible que las dos disposiciones se refieran también a los que aún no habiendo ejecutado ma-

---

(25) Vease BETTIOL Derecho Penal, parte general, pág. 498, Temis, Bogotá, 1965. MEZGER Tratado de Derecho Penal T. II. págs. 278 y 279 Revista de Derecho Privado, -- Madrid, 1949.

terialmente el delito, han cooperado no obstante a su producción". (26)

De la naturaleza extensiva de las normas sobre participación, derivada del concepto restrictivo de autor, BETTIOL deduce el criterio diferencial entre autor y partícipe; criterio basado no en el punto de vista causal -aún cuando la conducta del partícipe deba ser causal a la producción del resultado, de tal suerte, que la falta de aportación causal a la realización del delito, deviene en una falta de participación-, sino en el de la tipicidad, en virtud, de que la conducta o el hecho del partícipe son típicos, no en razón de la norma especial que incrimina la conducta o el hecho del autor, sino por la de participación prevista en la parte general del Código. Así pues, según el distinguido tratadista italiano, es partícipe "quien concurre a la realización de un delito desarrollando una actividad distinta a la del autor en cuanto cae dentro de la esfera de las normas secundarias sobre participación. Es autor aquél que realiza culpablemente con su propio comportamiento un hecho previsto por una ley incriminatoria y determina así la lesión efectiva de un bien tutelado". (27)

## V. REQUISITOS DE LA PARTICIPACION

Los requisitos de la participación, son aquellos

---

(26) Citado por Bettiol, Derecho Penal, parte general, pág. 499, 4a, ed. themis, Bogotá, 1965.

(27) Derecho Penal, parte general, pág. 495, 4a.ed. Editorial themis, Bogotá, 1965.

de cuya presencia depende la existencia del concurso eventual de personas en el delito.

Para FRANCESCO ANTOLISEI, los requisitos del concurso son:

- 1.- Pluralidad de agentes.
- 2.- Realización del elemento objetivo de un delito.
- 3.- Contribución causal a la verificación del -- hecho.
- 4.- Voluntad de intervenir en la comisión de un delito. (28)

Los elementos constitutivos de la participación, según GIUSEPPE BETTIOL.

- 1.- Elemento material u objetivo: Contribución causal a la perpetración del delito.
- 2.- Elemento psicológico o subjetivo: Consciencia de cooperar a la producción del resultado. (29)

Según GIUSEPPE MAGIORE:

- 1.- Existencia y unidad de delito.
- 2.- Pluralidad de personas.
- 3.- Pluralidad de acciones. (30)

---

(28) Manual de Derecho Penal, pág. 400, Editorial UTEHA, -- Buenos Aires, 1960.

(29) Derecho Penal, parte general, pg. 502 4a. ed., Editorial Themis, Bogotá, 1965.

(30) Derecho Penal, T. II. pág. 106, 5a.ed., Editorial -- themis, Bogotá. 1954.

Entremos pues, al estudio de los requisitos de la participación.

1.- Unidad de delito. El evento realizado por varios sujetos, para que pueda ser imputado a todos ellos tiene que constituir una unidad jurídica, es decir, la obra común tiene que referirse a un concreto tipo legal, a un mismo delito. Ello no significa, que las conductas o hechos dejen de ser varios. El ladrón, que cuenta con varios cómplices, ordena a uno que vigile la casa del propietario, encarga a una mujer que dé cita al sirviente y al más atractivo de sus cómplices que seduzca a la empleada de hogar, con el propósito, de que no quede nadie en la casa cuyos dueños salieron al campo. Todas estas conductas distintas si se les mira desde un punto de vista objetivo, deben tener, con toda razón expresa BELING, un sentido de convergencia jurídica hacia una misma figura delictiva. (31) Si dos individuos conciertan que uno de ellos, F para obtener rescate privará de la libertad a Z, en tanto que el otro, I intentará defraudar a X; es evidente que aún cuando resolvieron delinquir en común, F no es partícipe del fraude a X, ni I lo es del secuestro a Z; precisamente, conforme al pensamiento de BELING, porque sus hechos divergen de tal manera que no existe ningún tipo común para los dos. Distinto es el supuesto, si las respectivas conductas o hechos aún cuando divergentes, convergen sin embargo, en una misma figura delictiva; v.gr., sí Moises, Jacob y David, para cometer un robo a un banco, acuerdan que el primero amenace el personal, Jacob se apodere del dinero y David espere afuera con

---

(31) Citado por Soler, Derecho Penal Argentino, T. II. pág. 267 3a. reimpresión, TEA, Buenos Aires. 1956.



un vehículo para darse a la fuga; su delito será perpetrado en participación, en razón, de que existe un tipo (art. 372) al que se adecúan esos actos en una unidad denominada robo cualificado, y en esa unidad las acciones naturalmente discrepantes, tenían una convergencia objetiva, subjetiva y -- jurídica. (32)

Ahora bien, si las distintas conductas o hechos de varios sujetos, para ser realizadas en participación deben tener por objeto un mismo delito, ¿qué solución debe darse a los problemas que se suscitan en los casos de cambio de título del delito para alguno los intervinientes, y en la comisión por alguno de los intervinientes de un delito diverso?. Estos casos no deben confundirse entre sí; -- el primero se refiere a los supuestos en que, permaneciendo idéntico el delito, mude solamente su calificación jurídica respecto a alguno de los concurrentes; en el segundo, se trata de que uno de los concurrentes cometa un delito distinto al pretendido por los demás.

#### A. CAMBIO DEL TITULO DEL DELITO PARA ALGUNO DE LOS INTERVENIENTES.

El requisito de la unidad o identidad del delito: la convergencia objetiva y subjetiva de las varias conductas concurrentes hacia una misma figura delictiva, trae como consecuencia ineludible el principio de la indivisibilidad del título del delito?

---

(32) Cfr. al efecto, SOLER, Derecho Penal Argentino, T. II. pág. 267, tipografica Editora Argentina, Buenos Aires 1929.

No. Siempre que ante el juez sean consignados varios sujetos como concurrentes en la realización de un mismo delito, podrá surgir la eventualidad de una diversidad en la culpabilidad de cada sujeto, a causa de diferencias ya en las respectivas intenciones, ya en las correspondientes calidades o relaciones personales, o bien, en el aporte que cada uno haya llevado a la obra común (33) o porque el tipo exija la realización corporalmente inmediata por el autor; en consecuencia puede cambiar el título jurídico respecto de alguno de los intervinientes. Ello no afecta a la unidad del delito, pues no se trata aquí, de que las conductas o hechos de los participantes se refieran a un delito distinto, sino a la posibilidad de que permaneciendo ontológicamente el mismo delito cambie su nomen iuris respecto a alguno de los concurrentes, debido a la presencia de esas circunstancias.

Los que postula una posición contraria, partiendo de un principio de la unidad del delito rigurosamente estricto, conforme al cual, éste es de todos y de cada uno de los intervinientes; sostienen que, si queda el mismo ontológicamente hablando, aún cuando cambie su nomen iuris en relación con alguno de los intervinientes, el título jurídico se comunica a los demás, en virtud de que, quien participa en un delito especial, y por consiguiente lo quiere, lo quiere en su totalidad, como ente de hecho y como ente jurídico, y esta es la razón por la que se comunica a los demás el nomen iuris del delito. Expresado con otras palabras, -

---

(33) Véase CARRARA Francesco, Programa de Derecho Criminal, Farté General, Vol. I, pág. 339, Ed. Themis, Bogotá, 1956.

la identidad del delito no debe entenderse con referencia - al nomen iuris del delito mismo, sino en relación a la conducta o hecho punibles. (34)

Nuestro Código Penal, sigue esta ruta, al establecer en el artículo 212 párrafo segundo, que las personas que participen en la perpetración de alguno de los delitos establecidos en el título respectivo (de los delitos cometidos por funcionarios y servidores públicos), se les aplicarán - las mismas sanciones, previstas para el delito de que se -- trate.

Este criterio es acertado, siempre que se considere a la participación en sentido estricto, en virtud de que no hay por qué exigir al partícipe la calidad de autor; pero si el precepto se refiere también a los participantes -- (a la participación en sentido amplio), es decir, a los -- coautores; el precepto legal es desacertado, pues en este -- título la mayoría de tipos prevén delitos especiales, los -- cuales requieren que el sujeto activo revista determinadas calidades sin las que el delito no es posible; de ahí que, si la persona no reúne dicha calificación, no puede ser autor de ese delito, en virtud de que faltaría a su conducta o a su hecho un elemento típico, quedando por resolver; si deberá responder a título diverso o quedará libre de toda -- pena. (35)

---

(34) Véase MAGGIORE, Derecho Penal, V. II. pág. 115, 5a.ed. Temis Bogotá, 1954. MANZINI, Tratado de Derecho Penal T. 3, pág. 289, EDIAR Soc. Anon. Buenos Aires, 1949.

(35) Véase capítulo I punto IV inciso 2.

B. DELITO DIVERSO COMETIDO POR ALGUNO DE LOS INTERVINIENTES

Si como hemos visto, la identidad del delito, es uno de los requisitos esenciales de la participación, queda por resolver una cuestión que es de gran trascendencia, principalmente en relación a la instigación y a la complicidad, de cuales deben ser las reglas aplicables en el supuesto de que alguno de los intervinientes realice un delito diverso del pretendido por el otro u otros intervinientes. Nos referimos aquí, al denominado exceso en la ejecución.

Si entendiéramos el requisito de la identidad del delito en un sentido rigurosamente estricto, tendríamos que no hay participación, pues ésta presupone la concurrencia de varios sujetos a la perpetración de un mismo delito, y en este caso el delito cometido por uno de los concurrentes es distinto al que originalmente se había acordado; por tanto, no podrá ponerse a cargo de quien no lo ha querido. Por otro lado, está el hecho, de que el sujeto quería intervenir con otros en la realización de un delito, teniendo por consiguiente la voluntad de delinquir, pero sucedió que se cometió un delito distinto de aquél querido por él.

Según MANZINI, esta diversidad de especie pero no de género, no excluye el elemento subjetivo de la responsabilidad; si el partícipe no ha querido el delito realmente perpetrado, ha querido, sin embargo, la comisión de un delito y debe responder por él. Por tanto, aún cuando, en estos casos, falte el requisito de la identidad del delito, "no se puede negar que exista, sin embargo, coparticipación delictuosa al menos respecto a una fase del hecho, y esta justa consideración ha inducido al legislador a mantener la responsabilidad por coparticipación a cargo de todos los --

concurrentes, no obstante la falta del requisito de la iden tid ad del del ito". (36) Así, el artículo 14 del Código penal, establece que, "si varios delincuentes toman parte en la realización de un delito determinado y alguno de ellos - comete un delito distinto, sin previo acuerdo con los otros todos serán responsables de la comisión del nuevo delito, - salvo que concurran los requisitos siguientes:

I.- Que el nuevo delito no sirva de medio adecuado para cometer el principal;

II.- Que no sea una consecuencia necesaria o natu ral de éste, o de los medios concertados;

III.- Que no hayan sabido antes que se iba a come ter el nuevo delito; y

IV.- Que no hayan estado presentes en la  ejecu  ción del nuevo delito; o que habiendo estado, no hayan  he  cho cuanto estaba de su parte para impedirlo".

Sin embargo, debe tenerse presente que, el punto de vista sostenido por MANZINI, es correcto siempre que se trate de la realización de un delito diverso solo cuantita tivamente hablando (delito mas grave), pero no es el acerta do, si el autor incurrió en un exceso cualitativo (delito totalmente distinto al acordado).

¿Qué debe entenderse por delito diverso?

Delito distinto es el que, cuantitativa o cualita tivamente es diverso al que se pretendía. En el primer supuesto, el delito realmente consumado difiere en cuanto a las modalidades de la conducta, o bien, es mas grave del --

(36) MANZINI Vincenzo, Tratado de Derecho Penal, Vol. 3. pág 291, EDIAR Soc, Anón, Buenos Aires, 1949.

pretendido por los demás coparticipantes (exceso cuantitativo). P.ejm., F instiga a I a cometer una violación por medio de la violencia moral, pero I emplea la violencia física. A instiga a B, a lesionar a C, pero B le causa la muerte. Cuando el evento lesivo difiere solo en las modalidades de la conducta, permanece inalterada la responsabilidad de los concurrentes, lo que significa que todos responderán del delito perpetrado. Tratándose de un delito más grave, el exceso sólo es imputable a quien incurrió en él.

La diversidad en el exceso cualitativo recae en la naturaleza del delito, es decir, el evento delictivo consumado es distinto en esencia al pretendido por los demás codelincuentes: el tipo perpetrado por el ejecutor es totalmente distinto, al concertado, instigado o auxiliado. P.ejm. F instiga a I a cometer un robo, pero éste prefiere cometer un fraude. A y B conciertan privar de la vida conjuntamente a C; B aprovechando la ocasión se apodera de la cartera de la víctima. A y B acuerdan cometer un robo; en tanto B hace de vigía A se introduce en la morada en donde encontrándose con una joven la viola. En estos supuestos como el delito perpetrado es absolutamente independiente de la conducta del partícipe, no le puede ser atribuido porque el no lo quizó y no dió causa para su realización. Tanto en el exceso cuantitativo como en el exceso cualitativo las desviaciones se rigen por el principio de la individualidad del dolo: el partícipe o coparticipante en su caso, sólo responde por la conducta o hecho realizados dentro del marco de su dolo, es decir, de lo que quizó y supo que iba a cometerse con su participación, siendo suficiente su dolo eventual.

Distintos son los casos en que la diversidad cuantitativa del delito realizado, se debe a la presencia de circunstancias agravantes o atenuantes fundadas en la cali-

dades, relaciones personales o circunstancias subjetivas del autor del delito; aquí se aplican las normas generales sobre la comunicabilidad de las circunstancias (art. 54 del Código Penal).

Ahora bien, si el delito diverso es menos grave - que aquél querido por los demás intervinientes, tanto mejor para ellos, en virtud, de que el derecho penal sanciona únicamente lo que se ha producido realmente. P.ejm., si todos los codelincuentes quisieron apoderarse de una cosa ajena - con ánimo de dominio (art. 367), y uno de ellos actuó solo con el propósito de hacer uso momentáneo de la cosa sustraída, que fue restituida por él inmediatamente después del uso, todos responden de robo de uso y no de robo simple.(37)

Si bien el delito preterintencional debe considerarse "delito distinto", deberá ponerse a cargo no solo del autor, sino de los demás intervinientes, porque es una consecuencia de la conducta o hecho de estos (art. 14 fracc. - II, del Código Penal interpretado a contrario sensu). Esto en principio, porque si analizamos que el delito preterintencional es una suma de dolo y culpa (dolo en el inicio, culpa en el final), llegamos a la conclusión de que, el delito preterintencional no puede imputarse a quienes no lo quisieron, desde el momento en que no existe una participación culposa.

Del requisito de la identidad del delito, se desprende que éste queda a cargo de todos y cada uno de los --

---

(37) Cfr. MANZINI, Tratado de Derecho Penal, Vol. III. pág. 295 Traducción de Santiago Sentís Melendo, EDIAR, Sóc. Anón. Buenos Aires, 1949.

intervinientes, de manera que todos deben responder o de delito consumado o de delito intentado, según el punto ha que haya llegado concretamente la ejecución e independientemente de la actividad individualmente llevada a cabo. Por tanto, si alguno de los concurrentes ha realizado actos preparatorios, será responsable de participación en un delito -- consumado, o tentado, si por obra de los otros se verificó la consumación o la tentativa. De ahí que, "quien voluntariamente ha desistido de la tentativa no puede quedar impune, si su apartamiento no ha logrado detener también la actividad de los otros concurrentes. Si no lo logró, deberá imputarse a sí mismo la imposibilidad de evitar las consecuencias por él queridas en el momento en que concurrió al delito; y es sabido que la permanencia del dolo no es necesaria respecto a todos los momentos del proceso ejecutivo -- de un delito". (38)

2.- Pluralidad de sujetos. Este requisito de la intervención plural, emana del concepto mismo de participación. No se puede participar si no hay cuando menos dos -- personas que actúen.

La problemática respecto a la intervención plural, se presenta cuando nos formulamos la siguiente interrogante:

¿Todas las personas que intervienen en la realización de un delito pueden considerarse partícipes para efectos de aplicación de las normas sobre participación?

Dos son las posturas que dan respuesta a este --

---

(38) MANZINI, Tratado de Derecho Penal, Tomo 3, pág. 290 - EDIAR, Soc. Anón. Buenos Aires, 1949.



planteamiento: a) La doctrina dominante sostiene que para que pueda hablarse de participación, los intervinientes deben ser imputables y además haberse conducido con dolo. De ello deducen, que en los casos en que uno de los concurrentes sea imputable y punible y el otro no, no hay participación, pues el inimputable o el inculpable, no son sujetos desde el punto de vista jurídico; por lo tanto, no hay concurso cuando uno de los sujetos no es penalmente responsable. En tales supuestos -argumentan- debe considerarse responsable a quien lo es penalmente; el sujeto que está detrás del ejecutor, a quien se denomina autor mediato, en tanto que, aquél debe ser considerado mero instrumento del delito. (39)

b) La segunda postura considera que todos aquellos que intervienen en la realización de un delito, pueden ser considerados partícipes. Basan su afirmación en el principio de la indisoluble unidad del delito, por virtud del cual, éste es de todos y de cada uno de los concurrentes, por lo que, no desaparece -dicen- el carácter delictuoso de la obra común, solo por que uno de ellos pierda su subjetividad jurídico-penal. El concurrir a la realización de un delito, no significa por ese solo hecho ser responsable; por tanto, bien puede un inimputable o un inculpable ser considerados partícipes, aún cuando quedarán libres de toda pena. (40)

---

(39) Véase, VILLALOBOS, Dinámica del Delito, pag. 221, Jus, México, 1955.

(40) Cfr. MAGGIORE, Derecho Penal, T. II. pág. 126, 5a.ed. Editorial themis, Bogotá. 1954. ANTOLISEI, Manual de Derecho Penal, pág. 401; UTEHA, Buenos Aires, 1960.

En resumen, admiten el concurso de personas en un delito, aún en aquellos casos, en que éste sea perpetrado materialmente por un inimputable o por un sujeto inculpable.

3.- Pluralidad de conductas o hechos. Para que se configure la participación en un delito, hay que "tomar parte" o "cooperar" en su perpetración. El aporte de cada partícipe se haya referido no a la conducta o al hecho de otro, ni a la culpabilidad de otro, sino al delito. Por ello, cada partícipe responde de su propia aportación al delito; su culpabilidad no es accesoria de la culpabilidad de otro, sino del evento delictivo. De ahí el principio lícitamente formulado por CARRARA, "el hecho material puede ser comunicable entre los varios copartícipes, pero la intención nunca es comunicable de individuo a individuo". (41)

En este tercer requisito esencial de la participación se perfila su elemento objetivo o material, que está dado por el requisito de la causalidad, en virtud de que, no puede ser considerado partícipe quien no haya realizado una conducta o un hecho relevantes desde el punto de vista causal; es necesario que el partícipe haya contribuido efectivamente a la perpetración del delito. (42).

El elemento material de la participación se manifiesta en acciones u omisiones de diversa índole según sea la forma de participación en la realización del ilícito penal. Así el instigador, si bien no toma parte en los actos

---

(41) Veasé Programa de Derecho Criminal, parte general, T. I. pág. 292, temis, Bogotá. 1956.

(42) Veasé BETTIOL, Derecho Penal, parte general, 4a.ed. - Temis, Bogota, 1965. Pág. 502.

materiales de ejecución del delito, si ejecuta una actividad dirigida a hacer surgir o reforzar en otro el propósito de cometerlo. La aportación del cómplice mediante una acción, está constituida por todas aquellas formas que pueda revestir la ayuda o auxilio a la realización del hecho punible, a través de un hacer voluntario dirigido a la producción de un resultado típico.

En lo que respecta a la participación por omisión se presenta cuando el aporte del partícipe en la comisión del delito, se concreta en un no hacer correlativo a un deber jurídico de obrar, esto es, la participación por omisión se da en todos aquellos casos en que para el partícipe existía una obligación particular de actuar. P.ejm., el empleado de hogar que conscientemente deja abierta la puerta que tenía obligación de cerrar, con la finalidad de facilitar el robo en la casa donde presta sus servicios; debe ser sancionado como cómplice del robo, en razón de que, por la relación de trabajo que lo vinculaba con el patrón, tenía la obligación de vigilar los intereses de éste.

Distinta es, en cambio, la cuestión de la participación en los delitos de omisión o de comisión por omisión, en estos casos, se puede intervenir en unos u otros de estos delitos, mediante una acción, determinando o auxiliando a quien tiene el deber jurídico de obrar. Este deber jurídico de actuar se rige conforme a las reglas establecidas para los delitos de omisión y de comisión por omisión. (43) P.ejm. el sujeto que instiga al empleado de telégrafos a dejar de transmitir un mensaje a su destinatario. El que instiga a un médico cirujano a que después de iniciada una operación deje que el paciente se desangre con la finalidad de que éste muera.

(43) Sobre los delitos de omisión, veasé, PORTE PETIT, Apun-  
tamientos de la parte general de derecho penal, T. I.  
págs. 308 y 315, 5a,ed. Porrúa, S. A. México, 1980.

Es verdad que a simple vista, en el concurso son tantas las acciones u omisiones cuantos sean los sujetos, ya que cada uno lleva al delito su propio tributo de actividad, pero todas estas, conductas o hechos deben tener un sentido de convergencia jurídica, es decir engarzarse en la identidad del tipo, que es indispensable para que pueda hablarse con propiedad de participación, que es esencialmente la intervención de varios sujetos en la realización de un mismo delito.

Finalmente, importa destacar, que el requisito de "tener parte" o cooperar en la realización del delito, trae como consecuencia, el que no constituye participación, la aportación posterior a la consumación, y en caso de que ésta llegue a verificarse (sin que haya sido prometida anteriormente) puede dar lugar a responsabilidad por el delito de encubrimiento, pero no a la figura de la participación.

#### 4.- Voluntad de intervenir en la realización del delito.

La participación exige como último requisito, la voluntad de cada sujeto de intervenir en la comisión de un delito, en virtud de que, así como no puede haber delito sin que se den a la vez el elemento físico y el elemento subjetivo, así tampoco hay una participación puramente subjetiva ni una exclusivamente objetiva. La existencia de voluntad en el partícipe, se deduce por regla general, del conocimiento que él tuvo de que su conducta de instigación, ayuda o auxilio se referían a la ejecución de un delito perpetrado conscientemente por el autor.

La forma más común que adopta el elemento subjetivo de la participación, aunque no la única es el acuerdo de voluntades, el cual, si por lo regular puede adquirir el carácter de concierto precedente, no lo implica indispensablemente, pudiendo el entendimiento recíproco o acuerdo verificarse incidentalmente en el momento mismo de la ejecución o momentos antes de la realización del delito. P.ejm., unos delinquentes que habiendo sido rodeados por la policía, son auxiliados por otros compañeros para darse a la fuga. Varios hombres llegando imprevistamente a un lugar en que se estaba cometiendo un delito prestan ayuda para la realización. X a sabiendas de que Z tiene el propósito de matar a Y, le proporciona, sin que éste nada sepa, un revólver con el cual comete el homicidio de Y.

De lo anterior, se deduce, que para constituir -- participación basta ese conocimiento de la propia conducta o hecho como parte de un todo, sin que sea necesario un pacto sceleris formal. Tan es importante esta distinción, que no tenerla presente, llevaría a negar la participación en casos, en los cuales, la concurrencia de voluntades es algo absolutamente tácito o presupuesto, aún con absoluto desconocimiento de la persona de los demás intervinientes. (44)

De los requisitos de identidad del delito y voluntad de concurrir a la realización del mismo, se desprende, que puede existir participación tanto en el concurso ideal, como en el concurso real. En el primer caso, cuando con -- una sola conducta se violen varias disposiciones legales; -- en el segundo, cuando con varias conductas o hechos se cometan varios delitos. En ambos casos se configurará la participación, siempre que los delitos realizados hayan sido que

---

(44) Cfr. SOLER SEBASTIAN, Derecho Penal Argentino, T. II. pág. 269, 3a.ed. Editorial TEA, Buenos Aires, 1956.

ridos y conocidos por el partícipe, pero no responderá de lo que no quizó o no supo.

De la misma manera, que para que exista coautoría (participación en sentido amplio) el coautor debe cooperar con otro coautor en forma consciente y querida para la consecución del mismo resultado típico, así también, el instigador y el cómplice, deben querer no solo la instigación y el auxilio, sino además el delito al que precisamente ha determinado o ha auxiliado, no constituyendo participación la instigación, ni la complicidad meramente culposas.

Como la consciente y voluntaria participación para ser punible está condicionada a la comisión del delito, la voluntad y el conocimiento del partícipe deben comprobarse en relación a tal ejecución. Por ello, el simple tomar parte en una asociación o cualesquiera otro tipo de organización penalmente prohibidas, podrá constituir por sí mismo delito, pero nunca participación en los delitos cometidos en tal ocasión por uno o por algunos de los intervinientes, cuando la perpetración de estos delitos no haya sido querida, conocida, instigada o auxiliada por quien es imputado de coparticipación.

### **CAPITULO III**

#### **REGLAS BASICAS Y FORMAS DE PARTICIPACION**

## REGLAS BASICAS DE LA PARTICIPACION

## I.- PARTICIPACION EN LA TENTATIVA

## 1.- OBSERVACION PREVIA

Si la responsabilidad del partícipe se deriva de la comisión de un delito por el autor, a quien dolosamente se ha auxiliado o instigado, y para llegar a la fase de su realización es necesario recorrer un camino, el iter criminis, puede suceder que la finalidad perseguida por los intervinientes no llegue a realizarse. En efecto, si las conductas de los concurrentes van dirigidas a la consumación, es indudable que esas conductas o hechos tendientes a la producción del resultado, pueden detenerse en la fase de la tentativa. Expresado de otro modo, la causa de extensión de la punibilidad, contenida en el artículo 13, fracciones V y VI del Código Penal, presupone que el autor penetre al menos en la zona de lo punible (tentativa), es decir, que éste haya siquiera intentado perpetrar el delito. En virtud de la accesoriedad de la participación, la irrupción del autor en terrenos punibles, delimita y prejuzga la responsabilidad del partícipe: instigador y cómplice serán plenamente responsables si se ha consumado el delito; se atenúa su responsabilidad, si éste únicamente se ha intentado, o bien, quedarán libres de responsabilidad si la tentativa del delito iniciado por el autor no es punible.

De lo antes dicho, resulta, que el partícipe en una conducta o hecho tipificados como delito, que han sido únicamente intentados, responderá por la tentativa debido a dos causas de extensión del tipo: punibilidad de la tentativa conforme a los artículos 63, en relación con el 52 y 59 del Código Penal y responsabilidad penal por participación



derivada del artículo 13, fracciones V o VI, del mismo ordenamiento; en la misma medida que el autor.

## 2.- EL DESISTIMIENTO Y ARREPENTIMIENTO DEL PARTICIPE

Si la responsabilidad del partícipe, deriva del delito realizado por el autor, al que aquél precisamente ha instigado a auxiliado, es obvio que su desistimiento o arrepentimiento, carece de eficacia, si no logra detener la conducta o hecho ejecutivos o impide el resultado. (1) Si de la conducta del partícipe se deriva la interrupción de la conducta o hecho ejecutivos, le será aplicable el beneficio del desistimiento; si finalizado el hecho se impide el resultado, se estará en presencia del arrepentimiento.

Numerosos problemas plantean el desistimiento y arrepentimiento activo en la participación en la tentativa. Ello se debe principalmente a que, si bien el Código Penal regula las consecuencias jurídicas del desistimiento y arrepentimiento del autor (art. 12 párrafo tercero), en cambio no prevé disposiciones expresas sobre los presupuestos del desistimiento o arrepentimiento del partícipe en el delito intentado. De ahí que, en este punto, se plantea el problema sobre qué conducta debe realizar el partícipe, para hacer se merecedor de la excención de responsabilidad. El problema se acentúa, en virtud de la peculiar situación en que se desenvuelve el partícipe, pues mientras que el autor puede desistirse por un simple no proseguir con su propósito criminal, el partícipe no puede limitarse tan sólo a abandonar --

(1) Cfr. ANTOLISEI FRANCESCO, Manual de Derecho Penal, parte general, pág. 415, Editorial UTEHA, Buenos Aires, 1960.

"su lugar" en la participación por él deseada, desde el momento en que su aportación ha sido ya eficaz, y por tanto, no puede ser neutralizada por el simple abandonar una tentativa criminal. Así, no le bastará al que hizo el papel de centinela, alegar en disculpa que abandonó su sitio de vigilante, si el robo iniciado con su ayuda fue consumado por el ejecutor; o al falsificador de moneda, el haber abandonado su participación, si ya circulaban las monedas falsificadas con su aportación. Por ello, se exige al partícipe no sólo su desvinculación personal del proceso ejecutivo, sino una conducta que, o bien, impida el resultado, o logre detener la conducta o hecho ejecutivos. De lo antes expuesto se colige que:

a) Puede invocar el desistimiento el partícipe que logra detener la conducta o hecho ejecutivos; pero también, según MAURACH, aquél que logre "eliminar de tal modo la eficacia concreta de su aportación que el hecho cometido no se presente ya como producto de su cooperación". (2) "La simple revocación de la protección prometida no produce pues -- aquí la exención de responsabilidad penal". (3) Por las mismas razones, la simple comunicación oportuna que hace el partícipe de su desistimiento al autor, no le exime de responsabilidad cuando su aporte prestado a los actos preparatorios sea eficaz para consumir el delito. Ejemplos: el partícipe informa a la víctima. El instigador convence al instigado -

---

(2) Tratado de Derecho Penal, T. II. pág. 365, Ediciones -- Ariel, Barcelona, 1962.

(3) MAURACH Reinhart, Tratado de Derecho Penal, T. II. pág. 365, Traducc. por Juan Cordoba Roda, Ediciones Ariel, - Barcelona, 1962.

a abandonar el hecho intentado. El cómplice retira las armas preparadas.

b) Puede invocar el arrepentimiento el partícipe que impide la consumación del delito. El partícipe debe crear ya por sí mismo, ya por la correspondiente actuación sobre el autor, una situación en la que no pueda definitivamente perpetrarse el delito, por aquél y los demás partícipes. Ejemplos: El cómplice que ha cooperado en un homicidio por envenenamiento, evita la muerte de la víctima haciendo tomar un controveneno.

Debe tomarse en cuenta, que para el partícipe arrepentido rige el principio de que el acto mata al hombre: si no obstante todas las actuaciones del arrepentimiento se produce el resultado, el privilegio de la excusa será inaplicable.

Por último, para saber si el desistimiento es voluntario, debe atenderse a la representación del sujeto. Para averiguar en el arrepentimiento si la falta de resultado se debe al ejercicio del arrepentimiento o a la inidoneidad de la tentativa, debemos, según MAURACH, atender sólo al enjuiciamiento de la situación por el partícipe; esto es, admite el arrepentimiento y desistimiento en la tentativa inidónea. (4) Otro sector de la doctrina sostiene, que debe estarse a la producción objetiva de la producción del resultado. (5)

---

(4) Veasé, Tratado de Derecho Penal, T. II. pág. 363, Ediciones Ariel, Barcelona, 1962.

(5) Así, por ejemplo, SHODER, Citado por MAURACH ob. cit. - pág. 363.

### 3. INFLUENCIA DEL DESISTIMIENTO Y ARREPENTIMIENTO DEL AUTOR EN LA PARTICIPACION.

Para determinar los efectos del desistimiento y -- arrepentimiento del autor en la participación, se deben practicar las siguientes distinciones: 1.- El autor se desiste antes de haber intentado la ejecución; 2.- El autor se desiste comenzada la ejecución.

1.- Participación es la determinación o auxilio a la realización de un delito, por ello, y con fundamento en el principio de estricto derecho, el partícipe sólo es punible en la medida en que el autor perpetre el delito ya intentado ya consumado. En tal virtud si el autor se desiste antes de comenzar la ejecución, esto es, antes de no haber -- hecho nada, su desistimiento sirve al instigador y al cómplice, en el sentido de que al carecer la participación de un tipo realmente ejecutado como base de su responsabilidad jurídico penal, no podrá imputarse a los partícipes un delito que no existe; sin lo principal no se da lo accesorio. (6)

2.- Si el autor detiene su actuación comenzada -- la ejecución, la acción u omisión que constituyen la tentativa no le serán atribuidas favoreciéndolo el beneficio del desistimiento, pero respecto de los partícipes esta irrupción del autor en la zona de lo punible (tentativa), les será inculpada porque en relación con ellos, el desistimiento del autor es independiente de su voluntad y hasta contrario a --

---

(6) Cfr. CARRARA, Programa de Derecho Criminal, parte general, T. I. pág. 330, TEMIS, Bogota, 1956.

ésta (7); si se da una total ejecución por parte del autor, impidiendo éste el resultado, lo beneficiará el arrepentimiento, no así a los demás intervinientes, toda vez que, ésta personal excusa absolutoria sólo es aplicable al sujeto en quien concurre. La sanción del partícipe no beneficiado encuentra su fundamento en que la tentativa era ya punible antes del desistimiento o arrepentimiento, constituyéndose en conducta impune sólo en favor de quien se desista o arrepienta.

## II.- EL CARACTER DOLOSO DE LA PARTICIPACION

De la lectura de las fracciones V y VI del artículo 13 del Código Penal, se desprende que las formas de participación propia o causal (instigación y complicidad), se caracterizan por la dirección dolosa del partícipe, esto es, instigador y cómplice deben querer y saber que están determinando o auxiliando a otro a la realización de un delito. Solo la instigación y la complicidad dolosas para la comisión dolosa de un delito, constituyen participación, conforme a la ley.

Grave problema plantea la anterior afirmación, en virtud, de que trae a colación en forma ineludible una cuestión sobre manera importante y debatida: la participación en la culpa.

### 1.- PROBLEMATICA DE LA PARTICIPACION EN LOS DELITOS CULPOSOS

(7) Cfr. CARRARA, Programa de Derecho Criminal, T. I. pág. 331 TEMIS, Bogotá, 1956.

Del planteamiento inicial, podemos deducir que la participación culposa en delito ajeno es del todo imposible; en estos supuestos, de concurrir dolo tan sólo en el inductor, no en el autor material, se dará autoría mediata; si se da culpa por parte de todos los intervinientes, se habla de imprudente autoría única. Desde el momento, en que uno de los requisitos de la participación es la voluntad de intervenir en la comisión del delito, no podrá configurarse una participación culposa. En el mismo sentido se pronuncia ANTOLISEI: "A nuestro entender es indudable que en los delitos culposos puede concurrir una cierta cooperación. Sin embargo, debe reflexionarse en que la cooperación que puede presentarse en el delito culposo no es nunca completa. Se limita siempre a la conducta sin afectar al resultado, puesto que es característico de esta clase de delitos que el resultado no sea que rido. La convergencia de la voluntad afecta, por ello, a -- una parte solamente del hecho que constituye el delito. Se deduce de ello que en los delitos culposos no se presentan todos los requisitos de la participación delictiva que, como se ha visto, implica, además de la acción ajena, la voluntad de contribuir con la propia actividad a la realización del crimen. En consecuencia, entendemos que una verdadera participación criminal no puede ser configurada en el delito culposo". (8)

Sin embargo, la doctrina dominante, no ve impedimento alguno para admitir la participación en los delitos -- culposos. Entre los penalistas que adoptan esta postura --

---

(8) Manual de Derecho Penal, parte general, págs, 418 y 419, Editorial UTEHA, Buenos Aires, 1960.

podemos citar a: VILLALOBOS (9), ASUA (10), MAGGIORE (11), - BETTIOL (12)., entre otros, tomando como base la naturaleza de los delitos culposos, en términos generales, dicen que el delito culposo no excluye la conciencia ni la voluntad, pues si así fuera, quedaría privado de uno de sus elementos (el - subjetivo), y no constituirá por tanto, un delito. Pero está configurado de tal forma, que la conciencia y la voluntad van dirigidas solo a la conducta, más no al resultado. Expresado con otras palabras, en la participación en el delito culposo, si bien, el partícipe no quiere directamente la producción del resultado, porque no lo prevé siendo previsible (culpa sin representación) o habiéndolo previsto tiene la esperanza de que no se produzca (culpa con representación), sí dirige su voluntad a la realización de la propia conducta o hecho y tiene la conciencia de facilitar o causar la conducta ajena. P. ej. X ayuda a su amigo I a encender fuego cerca de un depósito de combustible, ocasionando un siniestro. El dueño de un automóvil que incita al conductor a correr a excesiva velocidad, ocasionando por tal motivo la muerte de un peatón.

Por tanto, y dado que la culpa penal consiste en la violación de un deber de cuidado que personalmente nos in

---

(9) Dinámica del Delito, pág. 215 , Ed. JUS, México, 1959.

(10) La Ley y el Delito, pág. 542, 2a.ed. Editorial Hermes - México-Buenos Aires, 1954.

(11) Derecho Penal, V. II. pág. 140, 5a.ed. Themis, Bogotá, 1954.

(12) Derecho Penal, parte general, pág. 507, 4a.ed. Ed. Themis Bogotá, 1965.

cumbe, de la cual ha derivado como consecuencia no querida - un evento previsto por la ley como delito, y puesto que tal violación puede haber sido cometida por una o por varias personas; sostienen los partidarios de la admisión de la participación en los delitos culposos, que éstos pueden ser perpetrados en participación por varios sujetos, imprudentes, negligentes o no observantes de órdenes o instrucciones.

## 2.- CONCURRENCIA DE DOLO Y CULPA EN LA PARTICIPACION

Consecuencia ineludible del requisito de identidad o unidad del delito es, que la consciencia y voluntad de cada partícipe se dirija a la realización de un mismo delito, es decir los partícipes deben tener la misma dirección psicológica.

No existe participación culposa en delito doloso, ni participación dolosa en delito culposo; de darse dolo tan sólo en el inductor, no en el autor material, estamos en presencia de una de las modalidades de la autoría mediata; de darse culpa en ambos intervinientes, se configura una culposa autoría única.

A.- Concurso culposos en delito doloso. No hay participación culposa en la realización de un delito doloso; solamente subsistirá según los casos, afirma BATTAGLINI (13) un delito doloso existente por sí mismo, y, una contravención P.ej. El farmacéutico, que sin receta y sin las formalidades previstas para las ventas de venenos, vende arsénico del

---

(13) Citado por PORTE PETIT, Programa de la parte general de Derecho Penal, pág. 682.



que posteriormente se vale el comprador para privar de la vida a otro. El boticario será responsable de contravención, por una falta administrativa o de acuerdo a las leyes especiales respectivas; pero no de participación en el homicidio cometido. En casos como éste, se trata de hechos autónomos. Según BETTIOL en estas hipótesis estamos fuera del campo de la participación, cada sujeto responderá del delito culposo o doloso independientemente de toda consideración acerca del otro concurrente". (14)

Ejemplo: Un médico deja imprudentemente abandonado un medicamento peligroso, el cual, conscientemente es suministrado por una enfermera a un paciente, con el propósito de producirle la muerte; el primero deberá ser sancionado -- por homicidio culposo, la segunda por homicidio doloso. En este supuesto se trata de hechos autónomos, no podría configurarse la autoría mediata, pues no se utilizó al imprudente en la realización del delito.

#### B. Concurso culposo en delito culposo

Al respecto, ya vimos que el juicio se bifurca: -

1.- Un sector de la doctrina, niega la posibilidad de la participación culposa, ora sosteniendo que al encontrar la culpa su fundamento en la causalidad, tendremos -

---

(14) Derecho Penal, parte general, pág. 523, 4a.ed. Temis, Bogotá, 1965.

que el autor culposo siempre será autor único (15), ora afirmando, que no puede configurarse la participación en los delitos culposos, pues faltaría a ésta uno de sus elementos: - la voluntad de intervenir en la realización del delito.(16)

2.- Para otros es posible la participación en los delitos culposos, en virtud, de que la violación al deber de cuidado que personalmente nos incumbe y de la cual puede derivar como consecuencia no querida un evento delictivo, puede ser realizada por varias personas en concurso.(17)

C. Concurso doloso en delito culposo. No hay participación dolosa en una conducta o hecho culposo, v.gr., -- "Si Pedro entrega a Juan un fusil cargado, asegurándole que no lo está, y lo incita a disparar por chanza contra Diego, y éste cae muerto, sin quererlo Juan, Pedro será responsable de homicidio, no como instigador, sino como autor mediato, - pues Juan fue un instrumento inconsciente de su propósito -- homicida; y el tal Juan será también responsable de homicidio culposo si resulta que ha obrado imprudentemente". (18)- F instiga a I a conducir su vehículo a velocidad no permitida en una curva peligrosa con la esperanza (dolo eventual) de -- que de ese modo sea atropellada y muerta una persona, que va

---

(15) Cfr. WELZEL HANS, Derecho penal, parte general, pág. 104 Roque de Palma Editor, Buenos Aires, 1956. MAURACH --- REINHART, Tratado de Derecho Penal, T. II. Pgs. 368, Ediciones Ariel, Barcelona, 1962.

(16) Veasé ANTOLISEI Francesco, Manual de Derecho Penal, parte general, pág. 418. UTEHA, Buenos Aires, 1960.

(17) Veasé, Supra 3,A.

(18) MAGIORE Guisepe, Derecho Penal, V.II. pág, 142, 5a.ed. Ed. Themis, Bogotá, 1954.

adelante en bicicleta. Si se produce el accidente, I debe ser sancionado por homicidio doloso en autoría mediata; en tanto que, el imprudente F. responderá de homicidio culposo.

En estos supuestos cada sujeto responderá de lo que conscientemente dió causa independientemente de la punibilidad del otro interviniente.

Sobre la posibilidad de un concurso doloso en delito culposo, BATTAGLINI, expresa: "A primera vista no parece ría ni siquiera digna de proponerse esta cuestión, dada la contradicción de los términos: no obstante, varios autores están por la afirmativa". (19)

Entre los autores que aceptan el concurso de dolo y culpa, se encuentra VILLALOBOS. El sostiene que, los que niegan tal posibilidad tienen tan arraigado el principio de la accesoriedad, que no pueden reconocer que en un mismo delito pueda haber sujetos con diferente dirección psicológica, pues su idea de que el elemento psicológico del delito es el elemento psicológico del autor principal, y que los partícipes, como accesorios del mismo "dependen de él"; los lleva a afirmar que, debe tratarse de dolo en los delitos dolosos y de culpa en los delitos culposos. "Pero hoy entendemos la conexión entre los partícipes de otra manera y por eso puede haber concurso aún en los delitos cometidos por culpa sin re presentación; la relación que unifica todas las voluntades radica en la causación del mismo resultado, con una voluntad

---

(19) Citado por PORTE PETIT, Programa de la parte general del Derecho Penal, pág. 684.

común de unir las acciones, pero no necesariamente de buscar el resultado". (20) Según el brillante tratadista mexicano, el elemento psíquico del concurso debe entenderse como la -- propia acción a la acción ajena, no a la realización de un -- resultado que en los delitos de culpa no es querido ni a veces previsto. De ahí, que acepte la existencia de participación dolosa en un delito culposo.

Al parecer, este autor olvida que uno de los requisitos de la participación es la voluntad de intervenir -- en la realización, no de una conducta, sino de un delito, de un delito al que precisamente el partícipe ha determinado -- (instigación) o al que ha auxiliado (complicidad), y que además el delito debe haber sido cometido dolosamente por el autor, pues de no haber querido el autor el resultado, por no haberlo previsto, o porque previéndolo tuvo la esperanza de -- que no se produciría, la cuestión deberá resolverse no conforme a las reglas sobre participación, sino conforme a las de la autoría mediata.

### 3.- EL EXCESO EN LA PARTICIPACION

Las formas de participación se caracterizan por -- la intervención dolosa del partícipe. Pero para que se configure la participación no basta con que el partícipe actúe dolosamente, sino que el autor debe cometer dolosamente el -- delito al que fue determinado o para el que fue auxiliado. -- Expresado con otras palabras, la responsabilidad del partíci -- pe se configura, en principio, si el autor comete de modo do

---

(20) Dinámica del delito, pág. 216 y ss. , Editorial JUS, -- México, 1959.

loso precisamente el delito al que ha sido instigado dolosamente (instigación) o al que ha sido ayudado dolosamente -- (complicidad). Si el autor hace más de lo previsto por el partícipe, es decir, realiza un delito más grave del pretendido por éste, incurrirá en un exceso cuantitativo; si comete un delito totalmente distinto incurrirá en un exceso cualitativo.

#### 4.- EL ERROR DEL PARTICIPE RESPECTO DEL ACTUAR DOLOSO DEL AUTOR

El problema referente al error del partícipe respecto del carácter doloso de la conducta o hecho del autor, no ha encontrado una solución definitiva. Aquí se distinguen dos grupos:

A) El partícipe cree erróneamente que el autor directamente se conduce dolosamente (él cree instigar o ayudar). Expresado con otras palabras, el partícipe actúa con animus socii, cree que instiga o ayuda a un sujeto que tiene el conocimiento de los elementos de la figura delictiva, que en realidad desconoce la situación real.

Ejemplo: F incita a I a presentar ante el Ministerio Público una denuncia falsa contra X, creyendo que I conoce positivamente la falsedad de la denuncia; en realidad I presenta de buena fe la falsa denuncia.

La teoría subjetiva de la participación, partiendo del criterio del animus, se ve obligada a apreciar en estos casos, participación, desde el momento en que F quiere como ajeno el delito de I. La teoría finalista de autor (material-objetiva) aprecia autoría mediata, pues el que F no -

conociera su posición, el que se considerará tan sólo un partícipe, no le puede eximir de responsabilidad por autoría, en virtud de que ello, no afecta a la finalidad de su actuar; F en -- realidad ha tenido el dominio de hecho, por tanto será autor mediato.

#### OPINION PERSONAL

Si para ser autor de un delito doloso, se debe no sólo saber, sino querer la comisión del delito, no puede sostenerse que en este caso, el "instigador" es un partícipe en el delito del sujeto que no tenfa el conocimiento de que realizaba los elementos integrantes de una figura legal. Por ello, quien creyo ser instigador es autor mediato.

B).- El instigador cree erróneamente que el autor in mediato actúa sin dolo, por tanto, cree ser autor mediato. Por ejemplo, el partícipe cree que se vale de un sujeto que se encuentra bajo un error esencial e invencible, que en realidad conoce perfectamente la situación real, esto es, el autor inmediato es responsable y el partícipe cree que no lo es; el cree ser autor mediato.

La tesis subjetiva de la participación, tomando -- en cuenta la voluntad de autor, señalará autoría mediata si el inductor actúo con animus auctoris; en caso contrario, afirmará instigación o complicidad. Para la teoría finalista de autor, -- desde el instante en que el autor inmediato se condujo en realidad dolosamente, y por tanto, con dominio del acto; quien creyó ser autor mediato, es un partícipe. (21)

(21) Veasé MAURACH, tratado de Derecho Penal, T. II, pág 359- y ss. Ariel, Barcelona, 1962.

Opinión Personal: No se puede ser autor mediato del delito perpetrado por una persona que realmente tiene el conocimiento y la voluntad de realización del evento delictivo. - En consecuencia, quien pensó ser autor mediato es en verdad un partícipe, aún cuando el influjo realizado sobre el ejecutor - no sea semejante a la instigación siempre que haya movido al - agente a la comisión del delito.

### III. PARTICIPACION EN CADENA

Participación en cadena es la determinación o el -- auxilio en una conducta partícipe. Es la instigación a la - - instigación, la complicidad en la complicidad, la instigación- a la complicidad, complicidad en la instigación, etc. Es in - trascendente el número de eslabones de la cadena. No es neces - sario que el inductor conozca ni el número, ni la personali -- dad de los sujetos que han actuado con anterioridad a él, pero sí debe tener el conocimiento del delito cuya realización per - sigue con su determinación o con su auxilio como primer insti - gador o cómplice, o como sujeto intermedio. (22) Sobre esta -- consideración fundamenta la doctrina alemana la participación - en una conducta de participación, ya que en el supuesto tam -- bién se concurre a la comisión de un delito que es el presu -- puesto para la punibilidad de toda participación. "La parti - cipación en un acto de participación se considera como participación me-

---

(22) Véase MAURACH, Tratado de Derecho Penal T. II. pág. 367, Ediciones Ariel, Barcelona 1962.

diata en el acto principal". (23)

La participación en cadena, no presenta dificultad alguna, cuando las formas de participación que se presentan son equivalentes: instigación a instigar a la realización del delito, es instigación de este último; complicidad en la complicidad es complicidad en la realización del delito. En el supuesto de que se sucedan varias formas de participación distintas entre sí, según MAURACH, decidirá la más leve, vgr. la instigación a la complicidad debe ser sancionada como complicidad; la complicidad en la instigación deberá ser castigada como complicidad. (24)

Si bien, es correcto el fundamento del que parte la doctrina alemana para considerar la punibilidad de la participación en cadena, no es aplicable en nuestro derecho penal mexicano ya que conforme a la ley, la instigación es la determinación intencional a otro a cometer un delito, lo que impide que sea instigación a la instigación o instigación a la complicidad para la comisión del delito.

#### IV. CONCURRENCIA DE FORMAS DE PARTICIPACION

Cuando concurren distintas formas de participación en una sola persona y a un mismo delito, la forma mas leve -

---

(23) LISZT, Tratado de Derecho Penal Vol. III, pág. 96 Madrid -- 1929.

(24) Tratado de Derecho Penal, T.II. pág. 367, Ediciones -- Ariel, Barcelona, 1962.



será absorbida por la mas grave. (25) Así, cuando F instiga a I a cometer un fraude y le presta el instrumento; F sólo será sancionado por instigación. El instigador que realiza actos de complicidad, sólo deberá ser penado por instigación. Lo mismo rige en los casos en que el autor instigue a un sujeto a prestarle ayuda en la realización de un delito; solo deberá ser sancionado como autor.

#### V PARTICIPACION EN LOS DELITOS ESPECIALES

Delito especial es aquél en que el tipo exige determinado sujeto activo, es decir, una calidad en dicho sujeto. Esto es, el tipo restringe la posibilidad de ser autor del delito, de integrar el tipo con relación a aquél que no tiene dicha calidad. (26)

Del concepto mismo se colige, que la calidad que el tipo exige debe poseerla el autor, no quien lo determina o auxilia en el hecho, de ahí, la posibilidad plena de la participación en el delito especial del instigador y del cómplice.

El problema trascendente aquí, es el de la punibilidad del partícipe. ¿Debe éste ser hecho responsable en la misma medida que el autor?. La regla general es que, siempre que nos encontremos ante un delito especial en sentido estricto (v.gr., los propios delitos de funcionarios), el partícipe quedará sometido a la misma sanción que el sujeto calificado (intraneus), ya que en estos delitos la cali-

---

(25) Cfr. WELZEL HANS, Derecho Penal, parte general, pág. 125, Roque de Palma Editor, Buenos Aires, 1956.

(26) Veasé PORTE PETIT apuntamientos de la parte general del Derecho Penal, T.I. pág. 438, Porrúa, S.A. México, 1980.

dad de autor constituye una causa fundamentadora de la punibilidad, sustraída al artículo 54 del C.P., debiendo, por -- tanto, ser atribuída a quienes no la tenían, pero que partici paron con conocimiento de ella, en el delito de quien la poseía. (27) Tratándose de delitos especiales en sentido amplio, y toda vez que éstos, "si bien pueden ser cometidos por cualquiera, motivan una punición agravada de ser realizados por una determinada esfera de autores, siendo los delitos especiales en sentido amplio, variedades típicas no autónomas -- del delito básico". (28) El artículo 54 del C.P. primer párrafo, favorecerá al partícipe, de suerte que sólo será sancionado por el delito básico, sobre el que se ha estructurado el respectivo delito especial en sentido amplio. P.ejm., quien instiga al hijo a privar de la vida al padre, será sancionado por el artículo 307 en relación con el 13 fracción V del Código Penal.

## VI LA ACCESOREDAD DE LA PARTICIPACION

Atendiendo al principio nulum crimen sine lege, - nulla poena sine typo, base de todo Derecho Penal Constitucional, la conducta del partícipe como tal, no puede sancionarse, sino hasta que el delito sea ejecutado por el autor o al menos comenzado su ejecución. De ello se colige, que la participación no integra un tipo delictivo autónomo, sino -- que depende para ser punible del delito realizado por el autor, al menos en la forma de tentativa. La participación es accesoria del actuar principal, se instiga o se coopera a la

---

(27) Veasé CARRARA, Programa de Derecho criminal, parte general, V.I., pág. 338, Temis, Bogotá, 1956.

(28) MAURACH, Tratado de Derecho Penal, T.II. pág. 366 , Ediciones Ariel, Barcelona, 1962.

conducta o hecho de otro.

El fenómeno de la accesoriedad de la participación se manifiesta en la dependencia de la responsabilidad del --partícipe respecto a determinados presupuestos del acto principal. Esta dependencia (accesoriedad) de la participación, ocasiona que existencia, grado y medida de la responsabilidad del partícipe, se normen fundamentalmente por la modalidad -de la conducta o hecho delictivos realizados por el autor.

En la actualidad, no se discute ya, sobre la existencia de la accesoriedad; la discrepancia gira en torno al grado de la accesoriedad, esto es, qué elementos del delito debe realizar el autor para que el partícipe pueda ser hecho responsable del evento lesivo perpetrado por aquél. Este -problema se acentuó a partir de la nueva estructura dada al -delito por la teoría finalista de la acción, y se colocó como uno de los sectores más difíciles de resolver en el derecho penal. Los criterios sustentados para dar solución a --éste problema son los siguientes:

#### 1. MINIMA ACCESORIEDAD DE LA PARTICIPACION

Por unanimidad doctrinaria, se admite que el presupuesto mínimo, más no suficiente, de toda responsabilidad partícipe, es la comisión de una conducta o hecho típicos --por el autor. De faltar la tipicidad de la conducta o hecho del autor no podrá ni siquiera plantearse la responsabilidad del partícipe, en virtud de que es irrelevante para la fun--ción punitiva del Estado todo comportamiento que no se adecúe a un tipo legal. En los casos en que detrás del sujeto que actúa atípicamente se encuentre otro, que por su parte -reuna las características típicas y se valga del primero para la realización del delito, afirma la doctrina, que la res

ponsabilidad de tal sujeto (del inductor) debe regirse conforme a las normas de la autoría mediata. (29)

Al encontrar la accesoriadad de la responsabilidad partícipe su fundamento en el tipo realizado por el autor, en principio, y en vista de su sujeción al marco típico (mínima accesoriadad de la participación), la atenuantes previstas en el tipo le favorecerán y las agravantes repercutirán también en su contra. Esta rígida dependencia sería iniqua en aquellos casos en que el tipo establezca una penalidad agravada o atenuada, con fundamento en determinados requisitos personales (de autor), ausentes en la persona del partícipe. Un paliativo o límite a la accesoriadad mínima de la participación, lo encontramos en el artículo 54 del Código Penal, conforme al cual, las atenuantes o agravantes de la punibilidad fundadas en las calidades, relaciones personales o circunstancias subjetivas del autor de un delito no se comunican a quienes hayan participado en él.

## 2.- LIMITADA ACCESORIEDAD DE LA PARTICIPACION.

De acuerdo con el criterio de la accesoriadad limitada, la realización de una conducta o hecho típicamente antijurídicos, basta para fundamentar la responsabilidad del partícipe, es decir, el presupuesto para la responsabilidad partícipe es, que la conducta o el hecho ejecutivos se adecúen a un tipo y que no exista en favor del autor ninguna causa de licitud.

---

(29) Sobre la autoría mediata en el actuar atípico del instrumento, veasé, Capítulo I, VIII, 2, a.

El segundo presupuesto de la participación (la -- realización de una conducta o un hecho antijurídicos) exigido por la accesoriadad limitada, obliga a tratar como participación delictiva, supuestos que, o bien constituyen conductas no punibles o modalidades de la autoría mediata. Ello sucede en los casos en los que se da, en favor del autor, -- una causa de inculpabilidad por no exigibilidad de otra conducta. Para corroborar lo anterior, debemos distinguir especialmente dos grupos de casos, cuya solución muestra lo inadmisibile del criterio de la accesoriadad limitada.

A.- Los supuestos en los que el incitador crea la situación de peligro del autor material, originadora de la no exigibilidad, v.gr., cuando F bajo amenaza de muerte obliga a I a cometer un homicidio. No deberá calificarse a este hecho como instigación a la realización del homicidio, si no como homicidio en autoría mediata. Para la limitada accesoriadad de la participación, como en estos casos, queda intacta la antijuridicidad del hecho, I sería responsable como autor del homicidio y F debería ser sancionado como instigador.

B.- Los casos en los que la situación de peligro determinante de la no exigibilidad, no haya sido creada por el incitador, P. ej., "A, B y C emprenden una excursión por un glaciar. A va delante, B y C lo siguen atados por una cuerda. C cae en una grieta sin que pueda ser puesto a salvo. Por consejo de A, B rompe la cuerda salvándose con el sacrificio de C"(30) Quien vea en estos casos una causa de licitud (no prohibición de la conducta o del hecho, en nece-

---

(30) MAURACH-Reinhart, Tratado de Derecho Penal, T. II. -- pág. 633, Ariel, S. A. Barcelona, 1962.

sidad), rechazará sin más, toda responsabilidad por participación, en razón, de que la accesoriedad limitada requiere una conducta o hecho principal antijurídicos. Por el contrario, la doctrina dominante, tropieza con dificultades, pues al tratar los supuestos de no exigibilidad como causas de inculpabilidad, y, como de acuerdo con la accesoriedad limitada quedará firme la antijuridicidad de la conducta o hecho ejecutados, deberá admitir una responsabilidad del tercero (A) a título de instigador. Esta inicua conclusión, no obstante, es rechazada por la mayoría. La solución correcta, según MAURACH, estriba en la formulación de más elevadas exigencias, que las de la accesoriedad limitada al comportamiento principal. "La perpetración de una acción típicamente antijurídica, no es suficiente. El autor principal debe además haber actuado con responsabilidad del hecho". (31) Por tanto, deberá descartarse en todo caso una responsabilidad por instigación de A, en virtud de que el hecho de B no alcanza el grado delictivo requerido para la accesoriedad (reprochabilidad del hecho). Tampoco podrá apreciarse autoría mediata desde el momento en que B no ha sido instrumento de A.

### 3.- EXTREMA ACCESORIEDAD DE LA PARTICIPACION

El criterio de la accesoriedad extrema exige la realización de una conducta o hecho típicos, antijurídicos y culpables, para fundamentar la responsabilidad partícipe. De ahí que se haya llegado a sostener, que: "La participación en todas sus formas es accesoria, esto es, dependiente

---

(31) Tratado de Derecho Penal, T. II. pág. 408, Ediciones Ariel, Barcelona, 1962.

de otro como autor plenamente responsable". (32).

En sus albores, este criterio condujo a ciertas lagunas en los supuestos en que el delito era cometido por un inimputable, pues al faltar una conducta o hecho "culpables"; instigador y cómplice deberían quedar libres de toda pena. De la posibilidad de condenar a estos sujetos como autores mediatos, no se hizo mucho caso, en razón, de que la autoría mediata no estaba expresamente prevista por el derecho, sino abandonada al derecho consuetudinario.

#### OPINION PERSONAL

Puestos de relieve los criterios que se ocupan de señalar qué elementos del delito debe revestir el comportamiento del autor, para poder someter al partícipe a una pena, sólo nos queda por averiguar el criterio seguido por el legislador, en lo que respecta al grado de la accesoriidad.

Los preceptos legales de que debemos partir para diferir esta cuestión, son los artículos: 13,14 y 34 del Código Penal. Al referirse a la conducta o hecho del autor, en estos artículos se emplea el vocablo "delito". Ello significa, que se exige la realización de un delito de acuerdo con la concepción heptátomica?, esto es, en el sentido del artículo 7o. teniendo en consideración que en nuestro ordenamiento el concepto delito implica la realización de una conducta o hecho típicos, antijurídicos, culpables y punibles; lo que nos llevaría a sostener que, para que el partícipe pueda ser hecho responsable, el autor debe haber cometido una conducta o un hecho plenamente delictivos, es decir, que

---

(32) MEZGER, Edmundo, Tratado de Derecho Penal, T.II. pág.- 327, 2a.ed. Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1949.

no concurra en su favor ninguna condición objetiva de punibilidad, ni ninguna excusa absolutoria, lo que traería como consecuencia una "hiperaccesoriedad" de la participación, figura con razón, rechazada por el doctrina, ya que al exigir una conducta o hecho plenamente delictivos para la responsabilidad partícipe; el determinador y auxiliador quedarían libres de toda pena en aquellos casos en que el autor no fuera punible por razón de alguna excusa absolutoria.

En conclusión el criterio a seguir es el de la accesoriedad extrema, la realización de una conducta o hecho culpable como base de la responsabilidad del partícipe, sin que exista la posibilidad de que en los casos en que el autor sea un inculpable, el "partícipe" se vea libre de toda pena, pues se aplicarían las normas sobre la autoría mediata.

## VII COMUNICABILIDAD DE LAS CIRCUNSTANCIAS

1.- De la naturaleza accesoria de la participación -- la conducta de participación no tiene relevancia penal autónoma, sino que su punibilidad depende del delito ejecutado por el autor-se deriva, que el carácter delictuoso de la participación se decida conforme a la naturaleza delictiva de la conducta o hecho del autor, Sin embargo, la naturaleza delictiva de la conducta o hecho del autor es codeterminada en ocasiones por circunstancias fundadas en determinadas calidades, relaciones personales o circunstancias subjetivas que tienen el efecto de agravar o atenuar la pena. ¿Debe en estos casos, la accesoria participación, depender sin limitación alguna del delito perpetrado por el autor?.

La presencia de las mencionadas circunstancias -- en un determinado participante, se conoce en doctrina bajo el nomen iuris de la comunicabilidad de las circunstancias.



Este fenómeno jurídico presenta diversidad de problemas, sobre todo en lo que se refiere a aquellas circunstancias que fundamentan la punibilidad, le dan esencia al delito, inclusive influyen en el título del delito.

## 2.- LA COMUNICABILIDAD DE LAS CIRCUNSTANCIAS Y LOS TIPOS AUTÓNOMOS O INDEPENDIENTES.

Uno de los puntos más discutidos aquí, lo representa el planteamiento sobre si tanto los tipos circunstanciados complementados como los autónomos o independientes -- son asequibles a las reglas del artículo 54 del C.P. Parte de la doctrina sostiene que el límite de la accesoriedad por aplicación del artículo 54 del C.P. únicamente tiene lugar - en los tipos complementados circunstanciados o subordinados, en todo caso dependientes de un tipo fundamental o básico, - siendo totalmente inadmisibles la aplicación de este artículo a los delitos independientes, ya que su formación respecto - del fundamental, impide una agregación o supresión mental de la circunstancia agravante o atenuante. Consecuencia de lo anterior sería que, los delitos especiales quedan excluidos de la reglamentación del precepto invocado. El criterio más admitido sostiene que, los lineamientos establecidos por el - artículo 54 se aplican también a los tipos autónomos o independientes. (33)

## 3.- INFLUENCIA DEL ARTICULO 54 EN LA COAUTORIA Y EN LA AUTORIA MEDIATA.

---

(33) Cfr. MAURACH, Tratado de Derecho Penal, T. II pág.402 Ariel, Barcelona 1982.

En la parte especial del Código Penal existen tipos que restringen la posibilidad de ser autor de un delito a sujetos que poseen una determinada calidad; al ser la coautoría y la autoría mediata formas de autoría quedan sujetas a esta restricción, exigiéndose, por tanto, al coautor y autor mediato la calidad requerida por la ley para el autor. - En tal virtud, cuando en la realización de estos delitos concurren aparentemente como coautores o autores mediatos sujetos que no poseen la calidad típica, cabe preguntarse si también deben ser hechos responsables. Para contestar a esta cuestión debemos practicar las siguientes distinciones:

a) Cuando quien no posea la calidad requerida intervenga aparentemente como coautor o autor mediato en un delito especial en sentido amplio [que se forma agregando al tipo fundamental o básico otro requisito que aumenta la punibilidad fijada para el delito común o indiferente, v.gr., peculado - (art. 223-I dl C.P. frente a abuso de confianza (art. 382 -- del C.P.)], deberá ser sancionado por el tipo básico sobre el que se estructuró la respectiva infracción en sentido amplio; verificándose una traslación del tipo, como en el caso de que falte la relación de parentesco exigida para el parricidio (art. 323), dándose para el sujeto no calificado un homicidio (art. 302).

b) Si en el caso la conducta o hecho de quien no posea la calidad requerida para el delito especial, se adecúa a un tipo común o indiferente, es decir, cuando en la conducta del no calificado concurren los extremos de otro delito, debe responder de este delito y no del propio o exclusivo. P.ejm., X servidor público que tenía en administración fondos públicos, autorizó pagos al concesionario Z, por combustible que no había sido realmente suministrado a las unidades móviles de servicio de limpia; para obtener este pago, X servidor público conjuntamente con Z resolvieron que -

éste presentaría para su pago facturas alteradas; X debe ser sancionado por uso indebido de atribuciones y facultades (art 217 fracción III) y peculado (art. 223 I), en tanto que Z -- responderá por fraude (art. 386 C.P.).

c) Cuando quien carece de la calidad requerida - por la ley para el autor, interviene como coautor o autor me diato en un delito especial en sentido estricto, desde el mo- mento en que en ellos la calidad de autor deja de ser una -- circunstancia para constituir un fundamento de la punibili- -- dad, v.gr., la calidad de juez en la prevaricación, sólo po drá ser sometido a responsabilidad penal cuando exista un -- precepto legal que expresamente sancione su conducta; de no haber sido incriminada especialmente por un tipo, según el -- criterio que se postule, el no calificado quedará libre de - toda pena, o bien, deberá ser sancionado como cómplice, sólo por el rechazó de la impunidad de quien quizá y supo que in- tervenfa en el delito de quien posefa la calidad de autor.

Lo anterior encuentra su aplicación conforme al - artículo 54 del Código Penal, que establece "el aumento o -- disminución de la pena fundadas en las calidades, relaciones personales, ... del autor de un delito, no son aplicables a - los demás sujetos que intervinieron en aquél. ..."

#### 4. LAS DISTINTAS POSTURAS DOCTRINARIAS RESPECTO A LA COMUNI- CABILIDAD DE LAS CIRCUNSTANCIAS

##### 1. CLASIFICACION DE CARRARA (34)

A.) Circunstancias materiales inherentes al hecho criminoso, Se comunican entre los diversos partícipes del - delito.

(34). Programa de Derecho Criminal, parte general, pág. 336 y ss. Volúmen I, Temis, Bogotá, 1956.

B. Circunstancias Personales.- no se comunican sean atenuantes o agravantes.

C. Circunstancias que además de ser propiamente intrínsecas a la persona, influyen en el título del delito y le dan esencia al nuevo delito.- se les debe atribuir aún a quien no las tenía, pero que participaron con conocimientos de ellas.

## 2. CLASIFICACION DE ANTOLISEI (35)

A. Circunstancias Objetivas.- sean atenuantes o agravantes se comunican a todos los que participan en el delito, aunque no fueren conocidas por ellos.

B. Circunstancias Subjetivas.- son intransmisibles, v.gr., la premeditación, la provocación. La excepción a esta regla esta constituida por las circunstancias subjetivas que agravan la pena cuando hayan servido para facilitar la ejecución del delito; por ejm., el abuso de las relaciones domésticas. Estas circunstancias sí se transmiten a todos los concurrentes.

## 3. CLASIFICACION DE MAGGIORE (36)

A. Objetivas.- a su vez las subclasifica en: a) - Circunstancias objetivas que excluyen la pena.- se comunican a todos los concurrentes sean o no conocidas; b) Circunstancias objetivas que agravan o disminuyen la pena.- sean o no conocidas se apreciarán en favor o en contra de los partícipes.

---

(35) Manual de Derecho Penal, parte general, pág. 414 --- UTHEA, Buenos Aires, 1960.

(36) Derecho Penal, V. II, págs. 150 y ss. Temis, Bogotá - 1954.

B. Circunstancias subjetivas: a) si excluyen la pena para alguno de los que han concurrido en el delito, -- sólo tienen efecto con relación a la persona a que se refieren. b) Si agravan la punibilidad, debe distinguirse, si dichas circunstancias son inherentes a la persona del sujeto. Si se trata de circunstancias subjetivas no inherentes, como: la intensidad del dolo, el grado de la culpa, las condiciones cualidades personales, las relaciones entre el culpable y el ofendido; son intransmisibles, es decir, solo -- gravarán a aquél a quien se refieran, excepto cuando ha servido para facilitar el delito, en este caso, sí se comunican. Si son circunstancias subjetivas inherentes a la persona del culpable, p.ejm., la reincidencia, la imputabilidad, sólo gravarán o beneficiarán a quienes se refieran, no se comunican.

4. CLASIFICACION DE SEBASTIAN SOLER (37), distingue a las circunstancias en:

A. Circunstancias Fácticas.- son todas aquellas - circunstancias que aún cuando sean de naturaleza subjetiva (elementos subjetivos del injusto) son constitutivas de la figura delictiva, QUE NO PUEDEN SER CALIFICADAS como personales, sino que pertenecen a la conducta o al hecho mismo, v.gr., fractura, escalamiento, fin de venganza, fin de ocultar la deshonra. Estas circunstancias son intrasmisibles.

B. Circunstancias personales.- Son aquellas que pueden concurrir o no, dejando inalterada la figura. En este punto -dice SOLER- debe distinguirse entre circunstancias personales que se comunican y circunstancias personales que

(37) Derecho Penal Argentino, T. II, pág. 274 y ss. 3a. -- reimpresión, TEA, Buenos Aires, 1956.

no se comunican.

a) Circunstancias personales que atenúan la responsabilidad; éstas no se comunican aunque sean conocidas. P.ej., la edad menor.

b) Circunstancias personales que agravan la pena. Con respecto a estas, hace una doble distinción: 1o.- Circunstancias personales que integran la figura delictiva, v. gr., la condición de hijo en el parricidio, la calidad de funcionario. Estas se comunican siempre que sean conocidas.

2o.- Circunstancias personales que son comunes a cualquier delito. P.ej., la calidad de reincidente. Estas son intrasmisibles.

#### 5.- CLASIFICACION DE ANTONIO QUINTANO RIPOLLES (38)

A. Circunstancias objetivas: Ejecución material, medios, etc. Este tipo de circunstancias sean agravantes o atenuantes, son transmisibles, si los concurrentes tuvieron conocimiento de ellas en el momento de la acción o cooperación.

B. Circunstancias Subjetivas.- Consisten en: la disposición moral del delincuente, relaciones personales entre éste y el ofendido, y cualesquiera otra causa personal. Solo perjudican o benefician a aquéllos sobre quienes concuerrieron.

C. En materia de circunstancias que califican de-

---

(38) Compendio de Derecho Penal, Vol. I, págs. 255 y 256, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1958.

terminados delitos sean objetivas o subjetivas, según este autor, debe distinguirse: a) Circunstancias strictu sensu, como las del asesinato, lugar sagrado, abuso de confianza, plurireincidencia en el hurto, y b) Las que intervienen como elementos constitutivos del delito con sustantividad propia. En ellas los pareceres difieren fundamentalmente, -- siendo menester determinar la naturaleza de cada delito para determinar si la circunstancia es comunicable o incommunicable. Esta cuestión es de las más debatidas sobre todo en lo que se refiere al delito de parricidio.

En lo tocante a las primeras circunstancias (a), la doctrina afirma la comunicabilidad en las objetivas y la incommunicabilidad en las subjetivas.

#### D. Circunstancias eximentes:

a) Circunstancias objetivas que eximen -- de la punibilidad. En este punto incluye QUINTANO RIPOLLES las -- causas de licitud, que al hacer desaparecer la antijuridicidad de la conducta o del hecho, no dan lugar a la participación.

b) Subjetivas: De ordinario son circunstancias -- que excluyen la culpabilidad. La incommunicabilidad de las de inimputabilidad no puede ofrecer duda alguna, y el copartícipe sano o mayor de edad del enajenado o del menor es -- plenamente responsable.

#### 6. CLASIFICACION DE EDMUNDO MEZGER (39)

---

(39) Tratado de Derecho Penal, T.II. págs. 335 y ss. 2a.ed. Editorial REVista de Derecho Privado, Madrid, 1949.

A. Relaciones personales que fundamentan la pena. Bajo este rubro incluye aquellos delitos que requieran determinada calidad en el autor: delitos de funcionarios; aquellos otros en los que la autoría depende de determinadas propiedades personales ya de índole jurídica (médico, abogado, ciudadanía alemana), ya de índole natural (sexo masculino); son intrasmisibles.

B. Relaciones personales que agravan o atenúan la pena.- Cita en este grupo: la profesionalidad, la habitualidad, en tanto agraven y no fundamenten la pena; la reincidencia, la deliberación en el homicidio cualificado. Solo se imputan a la persona en quien concurren.

C. Exclusión de la pena en virtud de relaciones personales. Incluye aquí, los casos de participación necesaria, en los que la ley castiga expresamente a uno solo de los participantes sin referirse al otro, v.gr., la deshonestidad con dependientes del parágrafo 174 (en este precepto se sancionan las acciones impúdicas cometidas por los tutores, padres adoptivos, maestros y personas encargadas de la educación de menores de edad, con sus pupilos, hijos adoptivos discípulos y educandos, respectivamente).

Por lo que respecta, a la causas que excluyen la pena en el autor, sostiene MEZGER, que estas impiden la aplicación de las normas sobre participación, siendo indiferentes que aquellas excluyan el injusto o la culpabilidad de la conducta o del hecho; no rigiendo nada especial en orden a las denominadas causas personales que excluyen la pena, - que de ordinario son causas de exclusión de la culpabilidad.



## 7.- CLASIFICACION DE REINHART MAURACH. (40)

A. Las agravantes cualidades y relaciones personales.- Al igual que la teoría dominante, incluye aquí: la reincidencia del autor, la calidad de delincuente habitual peligroso, la profesionalidad y habitualidad del hacer en tanto no fundamente sino agrave la pena, la calidad de funcionario en los impropios delitos de funcionarios, el ánimo de lucro, la intención asesina, los móviles bajos, la satisfacción del instinto. Si estas causas concurren en el partícipe, solo gravarán la responsabilidad de éste; si únicamente en el autor, únicamente él quedará sometido a la pena agravada; también en la coautoría deberá practicarse esta distinción.

## B. Atenuantes cualidades y relaciones personales.

Incluye aquí, la del delincuente joven, la imputabilidad disminuida, el evitable error de prohibición, las circunstancias atenuantes de los diversos tipos. Y como causas especiales: el embarazo de la mujer autora del aborto, la ilegitimidad de la maternidad.

C. Cualidades personales fundamentadoras de la pena: la condición de soldado en los hechos punibles militares, la calidad de funcionario en los propios delitos de funcionarios, la habitualidad o provecho propio en el lenocinio simple, la profesionalidad en los juegos de azar, en la usura real, la calidad de pariente en el lenocinio grave, y la deshonestidad homosexual.

5. La comunicabilidad de las circunstancias en la legislación penal mexicana.

A. Cualidades y relaciones personales que agravan la pena.

Existen circunstancias personales, propiamente tales, que podrían señalarse como comunes a cualquier delito, v.gr., la reincidencia, la habitualidad y profesionalidad del hacer siempre que agraven y no fundamenten la pena; las cuales sin lugar a dudas son asequibles a la regla del artículo 54 del C.P., es decir, si estas circunstancias únicamente concurren en el autor, solo gravarán la pena de éste, si únicamente en el partícipe, sólo a él se aplicará la agravante.

En cambio, hay calidades o relaciones personales, que no son consideradas meras circunstancias, sino elementos constitutivos del delito o presupuestos del hecho; en éstas las opiniones difieren completamente, enfrentándose la tesis de la comunicabilidad. La calidad de empleado de hogar en el ladrón en el robo familiar, ¿se comunica a los demás concurrentes que no son sirvientes? La relación de parentesco en el parricidio, ¿agrava la punibilidad de los partícipes que no son hijos del pasivo?.

Cuando las calidades o relaciones personales no intervienen como elementos constitutivos del delito, no le dan esencia, resultaría de extrema severidad comunicar la agravante a quien no posee la calidad requerida por el tipo, invocando como único motivo el respeto a la nomenclatura,(41)

(41) Veasé CARRARA, Programa de Derecho Criminal, parte general, T. I. pág. 338 ,Temis, Bogotá, 1956.

Conforme al artículo 54 del Código Penal, las calidades y relaciones personales que agravan la pena sólo surten efecto sobre quienes concurren. En otras palabras, son intransmisibles. De ello se infiere que, quien instiga al hijo a privar de la vida a su padre, no responderá por el artículo 324 en relación con el 13, fracción V, sino por el 307 en relación con el 13 fracción V; mientras que viceversa, el hijo que instiga a un extraño para que de muerte a su padre será sancionado conforme a los artículos, 324 y 13 fracción V, todos del mismo ordenamiento penal.

B. Cualidades y relaciones personales que atenúan la pena.

Se estudian aquí, como circunstancias generales de atenuación, la edad menor, en algunos casos el invencible error de derecho, las circunstancias atenuantes de los diversos tipos privilegiados. Y como circunstancias especiales: el embarazo de la mujer autora del aborto honoris causa del artículo 332; la maternidad fuera de matrimonio en el infanticidio honoris causa del artículo 327. Son intransmisibles, sólo favorecerán al sujeto en quien concurren.

C. Las circunstancias objetivas y subjetivas que aumentan o disminuyen la punibilidad.

Las circunstancias objetivas por estar íntimamente unidas a la conducta o hecho punibles, se comunican a los copartícipes siempre que hayan tenido conocimiento de ellas; tal conocimiento debe ser anterior o concomitante a la comisión del delito, de otro modo no le podrían ser imputadas. Se incluyen aquí: lugar cerrado (art. 381-I), casa habitación (art. 381-bis); la violencia (372); los medios peligrosos (art. 315 par.3o), y en general, todas aquellas circunstancias que se refieren a la ejecución material del delito (o a las modalidades de la conducta).

Las circunstancias subjetivas referidas a la intensidad del dolo, grado de la culpa y, en general, a los estados o formas de ánimo -elemento subjetivo del injusto- del sujeto activo del delito, sólo gravarán o beneficiarán a la persona en quien concurrieren, son incommunicables. -- Unánimemente se estudian aquí: la premeditación, el ánimo de lucro, la satisfacción del instinto, los fines lúbricos. - En cambio, la alevosía, la ventaja y la traición, según se consideren que pertenecen a la conducta o al hecho, o bien como circunstancias subjetivas, se determinará su comunicabilidad o incommunicabilidad.

D. Circunstancias que excluyen la punibilidad. -

La ley, al establecer las circunstancias del delito, no establece las causas de exclusión de la punibilidad. En tal virtud, las causas de exclusión del delito no se rigen conforme al artículo 54 del C.P. No se configura la participación cuando no existe adecuación de la conducta o hecho del autor a lo previsto por el tipo; ni tampoco, cuando habiendo adecuación al tipo, existe en favor del autor una causa de licitud, en razón de que, al hacer desaparecer lo antijurídico de la conducta o de hecho, no hay la posibilidad de configurar una hipótesis criminosa respecto a los demás intervinientes. En su caso podrá dar lugar a una modalidad de la autoría mediata. (42)

Las causas de exclusión de la culpabilidad, v.gr. la inimputabilidad, el error esencial e invencible, la inculpable ignorancia, impiden la aplicación de las normas sobre participación, debiendo regirse la responsabilidad del "partícipe" conforme a la fracción IV del artículo 13 -

(42) Veasé MEZGER, Tratado de Derecho Penal, T. II, 339, - Revista de Derecho Privado, Madrid, 1949.

del C.P.; excepto que, en el caso, el inimputable (un joven de doce años o el enfermo mental) eventualmente comprendanlo delictuoso de la conducta o del hecho, aplicándose entonces las normas sobre participación. (43)

Las demás causas de exclusión de la pena, en sentido estricto, que no afectan a la naturaleza delictiva de la conducta o hecho del autor, son tan diversas que no es suficiente una referencia a este concepto para diferir el problema de acuerdo con el artículo 54 del C.P. De ahí que según MAURACH, lo más acertado es apartarse del inseguro -- término de causas de exclusión de la punibilidad, e incluir en el precepto relativo a la comunicabilidad de las circunstancias únicamente las calidades y relaciones personales -- excluyentes de la pena. (44)

Entre las relaciones y calidades personales que excluyan la pena, se señalan: las inmunidades públicas, la calidad de cónyuge o hermano del artículo 151 del C.P. Estas circunstancias son intransmitibles, y por ello, el partícipe es plenamente responsable.

---

(43) Desde los inicios de la Teoría Psicológica se sostiene que, la inimputabilidad es la falta de querer y de entender en el campo del derecho. Actualmente se postula el criterio de que el menor y el enajenado mental si poseen voluntad propia, lo que no tienen es capacidad de comprender lo delictuoso de su conducta o hecho.

(44) Véase Tratado de Derecho Penal, T. II. pág. 404, Ediciones Ariel, Barcelona 1962.

E. Calidades y relaciones personales que fundamentan la punibilidad.

Estas circunstancias son las que presentan mayor dificultad, pues en el caso, además de influir en el título del delito, le dan esencia al mismo o fundamentan la punibilidad, dejando de ser propiamente circunstancias para convertirse en elementos constitutivos del delito, por lo que les deben ser atribuidas a los partícipes que no las tenían, pero que intervinieron a sabiendas de su existencia en la comisión del delito de quien las poseía. (45) En consecuencia, el instigador y el cómplice deben ser sancionados con la pena correspondiente al autor sin atenuación alguna, siempre que conozcan la presencia de dichas calidades en éste. P. ejm., si un no funcionario instiga a un funcionario (actualmente para el Derecho Mexicano servidores públicos), a un delito propio del servidor público, v.gr., el prevaricato, entonces es penado por instigación en la prevaricación. Aquí la participación se rige sin restricciones por el delito realizado por el autor; siendo decisivo, por tanto, que el autor posea las calidades que fundamentan la pena. (46)

EDMUNDO MEZGER, en contra de la Teoría dominante, en los supuestos de cualidades personales que fundamentan la punibilidad, exige un efecto mitigador de la accesoriidad. Expresado con otras palabras, para él, estas circunstancias son incommunicables. El profesor alemán sostiene que el sentido

(45) Veasé LISTZ, Tratado de Derecho Penal, V. III. pág. 101, Ed. Madrid, 1929. CARRARA, Programa de Derecho Criminal, parte general, V. I, pág. 338, Ed. Temis, Bogotá, 1956.

(46) Veasé MAURACH, Tratado de Derecho Penal, T. II. pág. 404, Ediciones Ariel, Barcelona, 1962.

propio del delito especial es que sólo la persona que reúne la calidad exigida por el tipo (intraneus), teniendo en cuenta los especiales deberes que le incumben a él y a su persona, debe aplicársele la pena total prevista por el tipo respectivo. El no cualificado (extraneus), desde el momento en que participa en una conducta o en un hecho antijurídicos, actúa también antijurídicamente y puniblemente; pero no hay duda que la ley, desde el instante en que circunscribe la autoría a la persona del intraneus, considere punible en menor grado la participación del extraneus. Ahora bien, como de acuerdo al Código alemán, el instigador debe ser sancionado con una pena igual a la que corresponde al autor, no es aplicable a su criterio, esta solución, pues significaría aplicar al extraneus la pena prevista para el delito especial. De ello deduce que, "cualquier clase de participación del no cualificado en el delito especial descende por sí misma a la categoría de simple auxilio". (47) Esto es, sugiere castigar en el caso de circunstancias fundamentadoras de la pena, al participe no cualificado, con la pena del cómplice.

Entre las calidades personales fundamentadoras de la pena entran en consideración: la calidad de funcionario en los propios delitos de funcionarios, la habitualidad o propio provecho en el lenocinio (art. 207-I del C.P.), la profesionalidad o habitualidad en los juegos de azar (arts. 257 y 258).

---

(47) Tratado de Derecho Penal, T.II. pág. 336, 2a.ed. Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1949.

## VIII FORMAS DE PARTICIPACION

## 1. Instigación (Art. 13, (Fracc. V)

## 1. LOS DISTINTOS CONCEPTOS

Para MAURACH, "instigación es la dolosa incitacion, a un sujeto, al hecho punible que dolosamente comete" (48) Según ZAFFARONNI, "Instigador: es el que determina dolosamente a otro a la comisión de un delito doloso". (49) - Para SOLER, "es instigador aquel que determina directamente a otro a cometer un delito". (50)

Instigación es la dolosa determinación, a otro, a la perpetración de un delito que dolosamente comete.

Como forma de participación, la instigación no constituye un tipo autónomo, sino un concepto de referencia que para ser punible depende de la causación de una conducta o hecho culpables realizados por otro; la instigación presupone una conducta propia cuyo resultado es en primer término, el hecho de hacer surgir en otro la resolución de delinquir. Pero éste resultado no es punible en sí mismo, sino que es necesario que la resolución en el autor lo mueva a perpetrar el delito, llegando hasta su consumación o al menos en el forma de tentativa. Esta es la razón de que el tipo realizado por el autor, represente también el fundamento de la pena del instigador.

---

(48) Tratado de Derecho Penal, T. II, Pág. 368, Ediciones - Ariel, Barcelona, 1962.

(49) Teoría del Delito, pág. 664, EDIAR, Buenos Aires, 1973.

(50) Derecho Penal, T. II pág. 290, TEA, Buenos Aires, 1956.



Del propio concepto de instigación, se infiere la imposibilidad de una instigación culposa al delito doloso ajeno y de una instigación dolosa al delito culposo ajeno. Rigiendo para esta última hipótesis, las normas relativas a la autoría mediata.

## 2. LA ACCION DEL INSTIGADOR.

La acción del instigador consiste en hacer surgir en otro el propósito resuelto de cometer un delito. Tal acción es de naturaleza psíquica, un modo de influencia en la psique de otro; que puede manifestarse a través de distintos medios. Ya CARRARA se ocupó de definir varias formas de instigación, entre las que figuran: el mandato, la orden la coacción, el consejo, la asociación para delinquir. (51) Nuestro Código Penal no establece en concreto la acción del instigador, y, en consecuencia, esas distinciones sólo tienen valor ilustrativo y aclaratorio.

Podemos señalar que sirve a la instigación todo - aquél psicológico medio determinante que haga surgir en un sujeto, aún no decidido, la resolución de cometer un delito de manera libre y responsable.

## 3. PROBLEMATICA DE LA INSTIGACION

Dentro de los problemas que circundan a la insti-

---

(51) Veasé Programa de Derecho Criminal, T.I., pág. 296, - 297 y ss., temis, Bogotá, 1956.

gación, dos son los de mas polémica en la doctrina. El primero (A) se refiere a la naturaleza de la instigación, el segundo (B) a la idoneidad del objeto personal de la instigación.

A. La instigación es ¿autoría o participación?

Sobre la naturaleza de la instigación se han definido las siguientes corrientes doctrinarias: a) Para un sector de la doctrina, el instigador es un autor intelectual. b) Para otros el instigador es un partícipe.

a) Desde los tiempos de ROSSI, se clasificaba a los concurrentes en códelinquants y cómplices, distinguiendo a los primeros en tres categorías, entre las que señalan en primer lugar a los autores de la resolución criminal . (52) De lo que se desprende que la instigación era concebida como una modalidad de la autoría. Aún hoy algunos tratadistas consideran a la instigación como una forma de autoría: autoría intelectual. Basan su afirmación en el siguiente razonamiento: la determinación no es participación, queda fuera de ella; el instigador concibe y planea el delito, y determina a otro a ejecutarlo, no realiza actos de cooperación, sino que él es, el autor intelectual del delito.

b) La doctrina dominante basándose en el principio de la accesoriidad, ve en el instigador un partícipe. (53) Esto por un lado; por otro, ya no hacen referencia a la instigación con la denominación de autoría intelectual. Dejan

---

(52) Citado por FLORAIN, Parte General del Derecho Penal, T. II pág. 13, Librería La Propagandista, 1929.

(53) Supra Capítulo I, I, 2.

de usar el término "autoría intelectual" para diferenciarla de la instigación, fundamentalmente porque la ((escuela de derecho fundada por Hegel, recalando la importancia de la libre voluntad, ya no pudo sostener la reunión de la autoría propia con la instigación de una voluntad ajena)). (54)

El instigador es un partícipe desde el momento en que hace surgir en otro la resolución de cometer un delito, quedando a voluntad de éste el ejecutarlo o no. Pero en los casos en que varios sujetos conciertan conjuntamente -- perpetrar un delito y uno de ellos lo concibe y planea y -- otros lo ejecutan, ya no podrá considerarse al primero un mero partícipe, sino que se configura por su parte una coautoría intelectual. P.ejm., F e I resuelven en común privar de la vida a X, por intereses comunes; F concibe y planea - la forma de realizar el homicidio; I lo ejecuta. Lo mismo rige para los jefes de organizaciones criminales; en virtud de su coparticipación en la resolución conjunta del delito, difiere de la del instigador. La aseveración de que el jefe, -- conductor o cabecilla, aún cuando no haya intervenido en -- los actos de ejecución, debe ser sancionado como coautor, - se debe a la teoría finalista de la acción, fundamentándose en que éste posee el dominio final del acto. Es razonable esta opinión, pues la posición que éste tiene respecto de - la realización del delito, es de autor no de partícipe; "la organización no es participación es acto principal". (55) - Para determinar la coautoría de estos sujetos, según WELZEL "les debe ser comprobada especialmente la participación en

---

(54) Veasé ZAFFARONNI, Teoría del Delito, pág. 664 , EDIAR Buenos Aires, 1973.

(55) LISZT, Tratado de Derecho Penal T. III. pág. 89 Ed. - Reus. Madrid 1929.

la decisión del delito, para lo que deben tomarse en cuenta como indicios todas las circunstancias objetivas y subjetivas del hecho'.(56)

B. La acción instigadora debe dirigirse sobre un autor originariamente indiferente u opuesto al delito, o -- también puede ser objeto personal idóneo de tal acción, -- quien haya pensado sobre la conducta o hecho con anterioridad y sólo espera el empuje decisivo para actuar?

Al respecto, en la Doctrina se sostienen dos puntos de mira:

a) El de quienes señalan, que el papel del instigador consiste en reforzar en otro un propósito delictivo que ya existía. (57)

---

(56) Derecho Penal, parte general, pág. 117, Roque de Palma, Buenos Aires, 1956.

(57) Cfr. ANTOLISEI, Manual de Derecho penal, parte general pág. 399, ITEHA, Buenos Aires, 1960. Para Castella--nós Tena "la determinación o provocación se dan cuando el sujeto únicamente aprovecha la idea ya existente en otro, realizando actos, procurando consejos, -- con fuerza de convencimiento para reforzar la idea -- inicial y orillarlos a la ejecución del delito". Línea mientos elementales de Derecho Penal, T. II. pág. 277 8a.ed. Ed. Porrúa, S.A. México 1974. Según Manzini, "se tiene determinación al delito cuando una persona ha hecho surgir en otra el propósito resuelto de cometer dicho delito proporcionando o sin proporcionar -- también todos los medios de tal resolución, pero sin que ésta existiese ya antes, de otro modo se tendría propiamente instigación". Tratado de Derecho Penal, TOMO 3, pág. 263, EDIAR SOC. Anón. Buenos Aires, -- 1949.

b) Aquellos que piensan que objeto idóneo de la instigación es, tanto el sujeto por el que no ha pasado la idea de delinquir, como aquél que sólo espera la última determinación para llevar a cabo la idea delictiva ya existente. (58)

Debemos distinguir de éste último supuesto, los casos en que el sujeto, antes de entrar en contacto con el instigador, ya estaba decidido a delinquir, el omnimodofac  
turus el sujeto que antes de la determinación ya estaba decidido a perpetrar un delito, no puede ser objeto idóneo de la instigación. En su caso, la influencia ejercida sobre el ya resuelto, puede ser valorada como psíquica confirmación a su decisión, y, dar lugar a una complicidad intelectual.

#### 4.- EL DOLO DEL INSTIGADOR

Instigación es determinación a otro a la realización de un delito. Por tanto, el dolo del instigador debe abarcar: la conciencia de la acción de instigación (A), el conocimiento de los elementos de la figura delictiva (B) y la voluntad de consumación (C).

A. La conciencia de la acción de instigación. --  
(Objeto personal de la acción de instigación).

Instigar es "determinar a otro". Es por esto, --  
que el dolo del instigador debe concretarse en el objeto --  
personal de la acción instigadora: el sujeto que ha de per-

---

(58) MAURACH, Tratado de Derecho Penal, T. II. pág. 373, -  
Ediciones Ariel, Barcelona, 1962. MEZGER, ob.cit. pág.310

petrar la conducta o hecho delictivos como autor responsable. Ello no implica que, el instigador deba conocer personalmente al autor, basta que la persona de éste, se encuentre comprendida a lo menos en una representación colectiva de dicho partícipe, pues la instigación presupone que la conducta del instigador se dirija directamente a hacer surgir en uno o varios sujetos determinados el propósito de cometer un delito, no que el agente actúe de modo personal sobre el instigado. P.ejm., un preso incita desde su celda, por medios secretos, a su desconocido vecino a emprender la evasión. Un sujeto induce a quienes le rodean a oponerse a los actos de la policía. (59)

No se configura la instigación en los casos, en que la incitación sea dirigida a un grupo de personas individualmente indeterminado, v.gr., lectores de un periódico, oyentes de una estación de radio; pues en estos supuestos es imposible la concreción del objeto personal de la determinación.

En muchos casos, la ley prevé en forma de tipos autónomos la instigación a determinados grupos de destinatarios. P.ejm., quien públicamente, ante una multitud o por medio de propagación de escritos, incite a la perpetración de una conducta o de un hecho delictivos, sin dirigirse a una determinada persona, será sancionado conforme a las normas sobre la participación, si la instigación ha sido eficaz; si no lo es, es decir, si no ha sido seguida de la ejecución del delito, será sancionado conforme al artículo 209 del Código Penal.

---

(59) Cfr. MAURACH, Tratado de Derecho Penal, T. II. pág. - 371 Ariel, Barcelona, 1962.

B. El conocimiento de los elementos de la figura delictiva.

Como siguiente presupuesto, la instigación requiere la concreción de la conducta o hecho delictivos, esto es, debe instigarse a la realización de un determinado delito; un mero incitar a la comisión de cualesquiera conductas o hechos delictuosos, es insuficiente para configurar la instigación. Si bien, no es indispensable una exacta descripción típica "el dolo del instigador no precisa abarcar los pormenores relativos a las modalidades de la conducta, una mas detallada descripción del objeto jurídico o material solamente será necesaria contra bienes personales"-(60), el instigador, debe poner al autor en conocimiento de los elementos de la figura delictiva, en virtud de que su desconocimiento podrá dar lugar a un error esencial e invencible o a un error de prohibición, sea que desconozca los elementos del tipo, sea que tenga un error sobre lo antijurídico de su conducta o de su hecho, aplicándose si es el caso las reglas sobre la autoría mediata.

El instigador puede determinar a un sujeto a la realización de varias conductas o hechos, produciendo varios delitos. (concurso real), o a un delito continuado.

C. La voluntad de consumación

El dolo del instigador debe estar dirigido a la consumación; no será instigador quien no quiera el resultado, en virtud de que "injusto y punibilidad de la instigación no se originan de la determinación al autor principal, sino de la producción del resultado a través del hecho aje-

(60) MAURACH, Tratado de Derecho Penal, T. II. pág. 371, - Ediciones Ariel, Barcelona, 1962.

dad de un sujeto o asegurar el delincuente a la policía, deberá responder de su comisión. (63)

b) Tomando en consideración la idoneidad de la -- conducta: si la conducta era idónea y el delito se realizó, según este criterio, el agente provocador tendrá que responder por su acción; si no lo era resultará impune. (64) Es to es, el agente provocador no es punible si vuelve imposible el delito, por haber realizado en forma no delictuosa -- alguno de sus elementos; v.gr. si entrega voluntariamente - el bien exigido por el extorcionador. (65)

c) En los supuestos en que se crea una simple oca sión criminal, con la finalidad de probar la culpabilidad - de un sujeto; aquí no existe instigación, y por tanto, el - provocador es impune. (66)

B. Quienes sostienen la responsabilidad del pro- vocador como instigador de tentativa de delito o consuma- ción, cuando determino al tercero a delinquir, inclusive si solo quizá provocar la resolución de éste (del inducido) pa ra hacerlo aprehender. En estos supuestos hay quienes sos- tienen, que el provocador deberá ser sancionado a título de

---

(63) Veasé MANZINI, Tratado de Derecho, T. III. pág. 277, EDIAR Soc. Anón, Buenos Aires, 1949.

(64) Veasé MAGGIORE, Derecho penal, V. II, pág. 143, temis Bogotá 1954.

(65) Veasé NUÑEZ, Derecho Penal Argentino, T.II. pág. 299, OMEBA Buenos Aires, 1960.

(66) Veasé MAURACH, Tratado de Derecho Penal, T. II. pág. 372, Ediciones Ariel, Barcelona, 1962.



culpa si no consigue impedir el resultado. (67)

C. Para otros, en los casos que aquí suelen plantearse lo que se frustra no es la consumación, sino el agotamiento del delito; por otra parte, los supuestos que señalan como de tentativa imposible, en verdad se tratan de conductas idóneas, encaminadas a la perpetración de un evento lesivo, cuya imposibilidad de realización, estriba en factores ajenos al sujeto a quien se le imputa y desconocidos para él, los cuales dejan para la conducta o hecho del provocador una referencia de realidad, que no altera la reprochabilidad, y por tanto, deberá aplicarse la sanción respectiva. (68)

Si bien, gran razón tienen quienes sostienen la punibilidad del provocador, no ha de pasarse por alto, que aunque repugne la idea, es necesaria su intervención, no siendo punible cuando el inducido no llegue a la lesión del bien jurídico tutelado. En caso contrario, podrá atenuarse su responsabilidad, pero nunca ser justificada, debiendo aplicarse al provocador las reglas sobre la participación.

## 6. LA ACCION DEL INSTIGADO

### A. Observación Previa.

Participación es esencialmente la dolosa determi-

---

(67) Cfr. MEZGER EDMUNDO, Tratado de Derecho Penal, T. II. pág. 312 y 313; 2a.ed., Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1949.

(68) Veasé, VILLALOBOS, Dinámica del Delito, pág. 230, Editorial JUS, México, 1959.

nación o auxilio a la comisión dolosa de un delito, ya consumado ya intentado; de ello se deriva, que la medida de la realización de los presupuestos previstos en el artículo 12 del Código Penal (tentativa) (69), delimita y prejuzga también, la responsabilidad del instigador: éste es plenamente responsable si se ha consumado el delito; su responsabilidad puede ser facultativa -mente atenuada si el delito únicamente ha sido intentado; resultará impune, si la tentativa del delito realizada por el autor no es punible. Expresado de modo diverso, la responsabilidad del instigador presupone que la instigación haya sido eficaz, es decir, que haya conducido al autor, a realizar a lo menos un comienzo de ejecución.

#### B. El Exceso del Autor.

Hemos visto que, en virtud del principio de accesori-  
riedad, injusto y punibilidad de la participación se originan de la  
causación de la conducta o hecho culpables realizados por otro.

De ello, se deriva el que la responsabilidad penal del instiga-  
dor, no puede ser mayor que la que prevé el tipo realizado por-  
el autor. Ahora bien, como entre lo que el inductor quiere y ha  
ce y lo que en la realidad se produce, existe el factor incalcu-  
lable de una voluntad ajena, en la instigación es aplicable aún-  
más que en otras situaciones el principio indiscutible de que -  
nunca se corresponden exactamente la representación (del insti-  
gador respecto a la conducta o hecho futuro) y la realidad (el

---

(69) Como de acuerdo al artículo 13 fracción I del C.P. quien -  
interviene en actos preparatorios es responsable del deli-  
to, la irrupción del autor en acciones preparatorias, dará  
lugar a la plena responsabilidad del instigador.

delito mismo),—(70), cabe preguntarnos, cómo se configura la responsabilidad del instigador, cuando el autor hace más de lo que el determinador quería, es decir, comete un delito más grave que aquél para el que había sido instigado, o bien, desvía su conducta o su hecho en la dirección del injusto, esto es, perpetra un tipo de especie totalmente diferente al pretendido por el instigador. La responsabilidad del instigador está configurada y limitada por su conocimiento y voluntad del delito a cuya realización instigó. Pero este conocimiento y voluntad de realización no está dado sólo por su dolo directo, sino por la previsibilidad y aceptación del resultado distinto (dolo eventual), de tal manera que, al menos en principio, no responderá por el exceso llevado a cabo por el inducido.

1.- Exceso cuantitativo.- Existe un exceso cuantitativo, cuando el delito cometido por el autor es distinto sólo en cuanto a las modalidades de la conducta, o bien es más grave de aquél para el que fue instigado. P.ejm., X terminó a Y a cometer una violación empleando la violencia moral, pero Y empleo la violencia física. Según la instigación, I debería privar de la libertad a F para obtener rescate; pero I además lo redujo a la servidumbre. A determino a B, a lesionar a C; B, en cambio le causó la muerte.

Si la desviación del dolo del autor concierne a las modalidades de la conducta, al no ser esencial, se mantiene inalterada la responsabilidad del instigador. Si el delito perpetrado por el autor es más grave, la regla es --

---

(70) Cfr. MEZGER, Tratado de Derecho Penal, T. II. pág. 313  
Revista de Derecho Privado, Madrid, 1949.

que el instigador sólo responde en la medida de lo que quzó y supo, debiendo atribuirsele sólo el delito para el que determinó, no siendo responsable del exceso del autor. (71) Sólo es posible imputarle el exceso al instigador, en virtud de su dolo eventual, es decir, cuando previó el resultado más grave en que posteriormente incurrió el autor, aceptando el resultado. Según BETTIOL, en estos casos, como el resultado producido por el autor es consecuencia, no del todo excepcional, de la conducta del determinador, vale decir, si se mantiene una relación de causalidad, debe admitirse - la responsabilidad del partícipe por el exceso del autor. - (72) De ahí que; A deberá ser sancionado por el homicidio de C, cuando el resultado sea consecuencia de las lesiones producidas por B. Pero no podrá imputarse al partícipe el exceso, cuando éste provenga del dolo especial del autor -- (73); v.gr., cuando A, habiendo instigado a B para causarle lesiones a C, B le produce deliberadamente la muerte; A sólo es responsable del delito de lesiones, en tanto que B, - debe responder del homicidio calificado.

Tratándose de un delito preterintencional, el instigador no debe ser sancionado por el exceso del autor, desde el momento en que no existe una participación culposa.

- 
- (71) Veasé LISZT, Tratado de Derecho Penal, T. III. pág. - 93 REUS, S. A., Madrid, 1929. MAURACH, Tratado de Derecho Penal, T. III. pág. 374, Ariel Barcelona, 1962 NÚÑEZ, Derecho Penal, T. II., pág. 304, 305, OMEBA, - Buenos Aires, 1960.
- (72) Derecho Penal, part. Gral. pág.526, temis, Bogotá, 1965.
- (73) CARRARA, Der. Criminal, part. Gral. pág. 335, V.I. temis, Bogotá, 1956.

Cuando se trate de un delito cuantitativamente distinto por la presencia de circunstancias que agraven la punibilidad, el exceso se rige conforme al artículo 54 del Código Penal.

2.- Exceso cualitativo. Llámase exceso cualitativo a la realización por el autor de un delito de naturaleza distinta al que previamente había sido instigado, es decir, comete un tipo de especie totalmente diferente al que según la instigación debía cometer. P.ejms., un sujeto instiga a otro a cometer un homicidio, pero éste prefiere cometer un lucrativo fraude. F instiga a I a raptar a una mujer; pero I además la viola y la mata; F responde de participación en el rapto, pero no de participación en la violación ni el homicidio de la víctima. En estos casos se aplican las reglas de irresponsabilidad del partícipe, en virtud de que la determinación no ha sido eficaz respecto de su objeto, el delito; no configurándose la participación, al no existir precisamente la convergencia intencional a un tipo determinado.

Otra de las cuestiones que aquí se plantea, es la referida a la responsabilidad del instigador, cuando el delito cometido aunque de naturaleza distinta, sea consecuencia conforme a la fracción II del artículo 14 del Código Penal, del pretendido por el partícipe; v.gr., cuando A instiga a B a robar, pero B mata al propietario. A responderá del homicidio, en el caso de que éste haya derivado del rechazo por parte de B, a la defensa del pasivo del robo; pero no podrá imputarsele tal homicidio, cuando éste haya sido causado por B, debido a una tendencia malsana.

Como en la instigación basta un dolo eventual, el dolo del instigador será mas perjudicial cuando más general

sea. Así si el autor debe (según la determinación) apoderarse de una cosa, pero éste la adquiere a través de un fraude; sólo responderá el instigador desde el punto de vista del dolo eventual, cuando haya querido obtener la cosa independientemente del medio para conseguirla. P.ejm., quien de termine a otro a apoderarse del dinero de X "cueste lo que cueste", será sancionado, en su caso. Por todos los hechos situados entre robo y homicidio. (74)

### 3.- Los casos de error inesencial o accidental.

El error inesencial o accidental del autor, no altera ni el conocimiento ni la voluntad del instigador en la realización del delito, no representa una desviación esencial de su dolo; por tanto, se mantiene íntegra su responsabilidad. El error inesencial puede recaer sobre la persona (*aberratio in persona*) o sobre los medios de ejecución (*aberratio ictus*). En consecuencia, cuando A instiga a B a privar de la vida a C; pero B, por confusión, mata a X; A responderá como instigador de homicidio doloso, en virtud de que B ha causado la muerte de un hombre. Por el mismo título será sancionado el instigador, cuando B haya privado de la vida a un tercero por error en el golpe. No podrá imputarse al instigador un homicidio a título de culpa, porque no hubo una violación al deber de cuidado por negligencia o imprudencia, sino un propósito de delinquir que previamente -- había hecho surgir en el autor. Cierta doctrina opina, que el instigador debe responder por tentativa de homicidio, desde el momento en que el disparo alcanza a un tercero no individualizado y por homicidio culposo en cuanto al realmente cometido.

---

(74) Veasé, MEZGER, Tratado de Derecho Penal, T.II. pág. - 315, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1949.

Sobre las mismas bases, se fundamenta la punibilidad del autor por el delito doloso, en los casos de error esencial o accidental, pues sería absurdo sostener que en estos su puestos se privo de la vida a un tercero por imprudencia o negligencia, puesto que el resultado no esperado se debió no a la violación de un deber de cuidado, sino a causas ajenas a la voluntad del autor, manteniéndose inalterado su -- propósito de privar de la vida a otro.

Distintos son los casos, en que el determinador - instiga a un sujeto a matar a X, pero éste deliberadamente priva de la vida a Y; existe una desviación esencial, y por ello, la impunidad del instigador por el homicidio de Y. - Sólo sería punible por instigación frustrada o sometido a -- una medida de seguridad, siempre y cuando la ley sancione - la tentativa de instigación o establezca una medida de seguridad para los supuestos de la instigación no acogida.

Ahora bien, si el autor posteriormente a la aberratio in persona, comete por propia cuenta el homicidio del sujeto que al instigador quería, no podrá imputarse a éste varias instigaciones en concurso real, pero sí al autor varios homicidios, ni se podrá sancionar al instigador, más - que de la muerte de un hombre, pero en modo alguno de la -- "completa carnicería". (75)

#### 7. INSTIGACION NO ACOGIDA, FRUSTRADA O TENTATIVA DE INSTIGACION

---

(75) Veasé MEZGER, Tratado de Derecho Penal, T. II. pág 316  
Revista de Derecho Privado, Madrid, 1949.

Instigación es "determinación a otro" a la realización de un delito. De este concepto y del de tentativa, se infiere la imposibilidad de la denominada "participación frustrada" o "tentativa de participación", en razón de que, al no haber logrado hacer surgir en el autor el propósito de delinquir, ya porque el probable instigado rechace la instigación, ya porque la declaración determinante no sea ni siquiera conocida por el destinatario (v.gr., cuando la carta referida a la instigación se extravía o es interceptada), sino sólo intentado hacerlo, la acción que constituye este intento queda desvinculada del delito cuya realización se persigue. En conclusión, desde el punto de vista gramatical, es perfectamente posible una tentativa de participación; el intento de hacer surgir en otro la determinación de cometer un delito, pero desde el punto de vista legal, no es admisible una tentativa de participación, al no existir siquiera la posibilidad de consumación de un delito, que es uno de los presupuestos de la tentativa.

#### 8. INSTIGACION ACOGIDA PERO NO SEGUIDA DE LA EJECUCION DEL DELITO.

Injusto y punibilidad de la instigación están fincadas sobre la producción final del resultado a través de la conducta o el hecho de otro. De ello se deriva la necesidad de que el sujeto instigado ejecute el delito llegando hasta su consumación, o al menos realice un comienzo de ejecución (tentativa). Por lo tanto, la instigación no seguida de efecto cuando el instigado no ejecuta el delito al que fue inducido, al carecer de un real objeto de referencia: de un delito realmente ejecutado por el autor, que presente el fundamento de la punibilidad del partícipe, será ineficaz y, por consiguiente, no se aplicará la causa de extención de la pena contenida en el artículo 13 fracción V



del Código Penal, es decir, aquélla resultará impune. Expresado con otras palabras, en la instigación acogida pero no seguida de la ejecución del delito al no existir la realización de un delito, no se configura la participación, y por ende tampoco la punibilidad.

No obstante, lo anterior, algunos Códigos Penales tomando en consideración el estado de peligrosidad revelado por el instigador le someten a una medida de seguridad, o -incriminan como delitos autónomos la sola instigación y el acuerdo, v.gr., la conspiración política, las asociaciones para delinquir, la provocación pública a cometer un delito, etc., Algunos Códigos, como el Italiano, prevén la medida de seguridad de la libertad vigilada.

## 9. LA PUNIBILIDAD DEL INSTIGADOR

En su descripción la mayoría de tipos penales se refieren sólo al autor, por lo que, la punibilidad del instigador deriva en su origen no de la norma de la parte especial que describe y sanciona las conductas o hechos delictivos, sino de la norma sobre participación prevista en la parte general (art. 13 fracción V), que extiende la punibilidad de aquélla. De este razonamiento se deduce, que la pena del instigador depende del delito realizado por el autor: en principio, la pena del instigador es igual a la que corresponde al autor, "al minus normativo de la instigación consistente en la realización del acto que en definitiva se deja depender de la voluntad de otro, se contrapone como plus jurídico penal, el hacer surgir las resoluciones criminales en otras personas. Por ello, y de modo general, se equiparan la peligrosidad de la instigación y de la autoría

recíprocamente consideradas." (76)

Ello no implica, que en el caso concreto, conforme al artículo 54 del Código Penal, se aplique un tipo distinto al del autor, agravado o atenuado, según las cualidades, relaciones personales o circunstancias subjetivas del autor del delito.

## 2.- Complicidad (Art. 13 Fracc. VI)

### 1.- CONCEPTO

Complicidad es el auxilio doloso a la comisión de un delito doloso realizado por otro.

Del mismo concepto se infiere que, no existe complicidad culposa en delito doloso ajeno, ni complicidad dolosa en delito culposo. Y esto, por dos razones: la primera - porque como toda forma de participación requiere la voluntad de intervenir en la realización del delito; la segunda, porque el cómplice, pese a tener el conocimiento de que un sujeto se propone cometer un delito, presta una conducta cooperante a producirlo: "responsabilidad participe se da, en principio, si el autor principal comete dolosamente precisamente el acto al que .... se le ha ayudado dolosamente". (77)

(76) MEZGER EDMUNDO, Tratado de Derecho Penal, T. II. pág. 316 2a.ed., Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1949.

(77) MAURACH, Tratado de Derecho Penal, T. II. pág. 359, - Ediciones Ariel, Barcelona, 1962.

## 2. LA CONDUCTA DEL COMPLICE

### A. Formas y Medios de la Complicidad.

El auxilio prestado al autor puede ser de índole física (complicidad técnica o material), o psíquica (complicidad intelectual), siendo innecesario e imposible un deslinde preciso entre ambas formas, porque una ayuda física conocida por el autor representa para él un apoyo a su voluntad y, por tanto, una complicidad intelectual.

Los medios a través de los cuales pueden prestarse estas dos formas de complicidad, son en sí ilimitados, - porque la ayuda en la preparación, como en la ejecución del delito, es tan diversa como las infinitas modalidades de -- las conductas o de los hechos ejecutados. P.ejm., procurar los objetos o instrumentos para la ejecución del delito; -- dar los consejos, las instrucciones sobre el modo, medios u ocasión de ejecutar el delito, proporcionar los planos; -- prestación de servicios como el de vigilar; pero todos estos tipos de aportes deben haber sido utilizados por el autor, pues si éste "rechaza de plano toda ayuda, podrá hablar se de una completa frustración y, por lo tanto, de la impunidad de la complicidad". (78) Ahora bien, aún cuando la ayuda técnica ofrecida por el cómplice no hubiera sido utilizada, podría haber influido en el ánimo del autor, configurándose una punible complicidad intelectual.

Del concepto mismo de complicidad, se desprende - el límite entre ésta y la coautoría. El cómplice interviene

---

(78) MAURACH. Tratado de Derecho Penal, T. II. pág. 378, -- Ediciones Ariel, Barcelona, 1962.

con su ayuda o auxilio en los actos precedentes a la consumación, ya sea en la ejecución o en la preparación, pero su aporte nunca debe corresponder a la definición legal del delito; el cómplice coopera no ejecuta. De ello se derivan las siguientes consecuencias:

1.- Si la ayuda se objetiviza en la realización de un elemento típico, no podrá el auxiliador invocar la simple complicidad, aún cuando deje en manos del sujeto auxiliado (del autor) la perpetración de los restantes elementos - la realización de un elemento del tipo anula la complicidad y da paso a la coautoría. Así, no podrá alegar la responsabilidad como cómplice, el sujeto que en una violación detiene a la mujer mientras el otro realiza el coito.

2.- La coautoría excluye también a la complicidad cuando el cooperador que en apariencia lleva a cabo una conducta de ayuda o auxilio, en realidad dirige el desarrollo del iter criminis. P.ejm., el sujeto que, sin intervenir directamente en la ejecución del delito, ha coparticipado en la resolución conjunta para la realización del mismo.

De ello resulta que, sólo es cómplice aquél cuya cooperación no radica en la comisión de ningún elemento del tipo, ni en el control sobre la conducta o hecho ejecutivos, sino únicamente en el favorecimiento del delito. Sin embargo, parte de la doctrina sostiene que, aún cuando medie la realización de un elemento típico, debe descartarse la coautoría en favor de la complicidad, si falta al partícipe la calidad de autor requerida por el tipo. p.ejm., el no funcionario que conjuntamente con un funcionario redacta un falso documento público. (79)

---

(79) Veasé MAURACH, Tratado de Derecho Penal, T. II. pág. 359, Ediciones Ariel, Barcelona, 1962.

Esto último muy discutido; desde el momento, en que el sujeto no calificado (extraneus) ha realizado un elemento del tipo, no existe fundamento para considerar que la participación de éste como "coautor" desciende a la categoría de mera complicidad. (80)

#### B. Formas Comisivas de la Complicidad

a) La complicidad por omisión. Puede prestarse una ayuda mediante omisión, siempre que el cómplice tenga el deber jurídico de obrar, y en cambio, no realiza la acción esperada y exigida, facilitando así la realización del delito. Aquí, como en los demás casos de complicidad, la omisión debe haber sido causal para el resultado. Si el delito ha dejado de producirse por la intervención de un tercero, en opinión de MAURACH, No existirá punible complicidad en la tentativa, sino impune complicidad intentada. (81) Se configura la complicidad cuando se realiza al conducta o el hecho que se debían evitar con la realización de la acción omitida. En consecuencia, a diferencia de la autoría, en la complicidad por omisión, el nexo causal no debe buscarse en la omisión misma, sino en la conducta que se debía evitar con la realización de la acción omitida. P.ejm., el empleado de hogar que, de acuerdo con los ladrones, deja abierta la puerta que tenía obligación de cerrar, con el propósito de facilitar el robo en la casa donde prestaba sus servicios.

---

(80) Sobre la idoneidad del coautor, veasé capítulo VII, 2 A, de la presente obra.

(81) Tratado de Derecho Penal, T. II. pág. 379, Ediciones Ariel Barcelona, 1962.

Tomando en consideración las características de la omisión y las características de la complicidad, se afirma que, "puede darse participación por omisión en todos los casos en que para el partícipe existía una obligación particular de actuar, para impedir que terceros pudiesen llevar a cabo la ejecución del delito. Es en el plano normativo donde el problema causal de la participación se plantea y resuelve". (82) Es por este motivo que el doméstico puede ser incriminado de participación en el delito de robo, si conscientemente no cerró la puerta de la casa en donde prestaba sus servicios, ya que en virtud de la relación de trabajo que lo vincula con el patrón, está obligado a impedir lo que puede perjudicar o dañar los intereses de éste.

Debemos distinguir la complicidad por omisión de la complicidad en los delitos de omisión y de comisión por omisión. Estas formas comisivas de complicidad, son posibles mediante una acción como mediante una omisión, cuando el cómplice presta ayuda a quien tiene el deber jurídico de obrar. Aquí el deber de actuar se rige por los principios generales del delito de omisión. (83) P. ejems., El sujeto que apoya al abogado decidido a abandonar la defensa de un cliente o negocio sin motivo justificado. El sujeto que apoya la decisión del cirujano de dejar desangrar al paciente después de iniciada una intervención quirúrgica. El sujeto que ayuda al autor a encerrar a la esposa de éste y dejarla morir de hambre.

---

(82) BETTIOL, Derecho Penal, parte general, pág. 504, Temis, Bogotá, 1965.

(83) Véase PORTE PETIT, Apuntamiento de la parte general del Derecho Penal, T.I. págs, 308, 311 y ss. Porrúa, S.A. - México, 1980.

b). La complicidad puede prestarse antes de la realización del delito o durante su ejecución hasta su consumación; queda excluida después de consumado el delito, cuando éste no constituye un delito permanente, o continuado. - En contra MAURACH, para quien la complicidad puede prestarse hasta el agotamiento del delito. (84) Este criterio es aceptable sólo en el auxilio subsequens; v.gr., quien promete fundir la vajilla de plata después de ejecutado el robo, con el objeto de que el ladrón alcance el fin último de su delito.

Las conductas de ayuda que se prestan después de consumado el delito, y que típicamente constituirán tan sólo un encubrimiento, deben ser consideradas como conductas de complicidad siempre que hayan sido prometidas al autor - antes de la perpetración del delito. Ello, deriva de la posición dominante de la complicidad intelectual, pues en virtud de ella, resultará incrementada la fuerza moral del autor en el momento de la comisión del delito. (85)

El auxilio prestado antes de la ejecución tiene - por objeto los actos que están idonea y unívocamente dirigidos a realizar el delito. Suele afirmarse, que en la participación se castigan acciones que, de ser realizadas por el autor, resultarían impunes en calidad de simples actos pre-

---

(84) Tratado de Derecho Penal, T.II. pág. 380, Ediciones - Ariel, Barcelona, 1962.

(85) Cfr. MAURACH, Tratado de Derecho Penal, T. II. pág. - 380, Ariel, Barcelona, 1962.

paratorios (86); v.gr. actos como el de preparar las armas o asechar la casa. Expresado con otras palabras, se afirma que complicidad punible puede también ser prestada a meras acciones preparatorias del autor, que en su persona son impunes. P.ejm., "constituye complicidad en una falsedad, la elaboración de una tesis doctoral para un sujeto distinto - que se atribuye a continuación ante una facultad universitaria la calidad de autor". (87) Por su parte SEBASTIAN SOLER sostiene que, el auxilio prestado a los actos preparatorios es impune si la acción colectiva se detiene en el grado de preparación, pero si dicha acción pasa a un comienzo de ejecución se inicia también la punibilidad del cómplice. (88)

Si tomamos en cuenta la fracción I del artículo 13 del Código Penal, podríamos deducir que la complicidad prestada a los actos preparatorios del autor, es punible, aún cuando no se realice un comienzo de ejecución, en virtud de que dicho precepto establece la responsabilidad de todos aquellos que preparen la realización del evento delictuoso, salvo que, y aunque parezca contradictorio con la idea inicial, la norma penal no establece una sanción para quien realice meras acciones preparatorias, siendo punible por tanto, solo cuando el autor llegue a la tentativa.

### 3. EL DOLO DEL COMPLICE

---

(86) Veasé CARRARA, Programa de Derecho Criminal, parte general, pág. 312, Temis, Bogotá 1956. LISZT, Tratado de Derecho Penal, T.III.pág. 90 REUS, Madrid, 1929.

(87) MAURACH, Tratado de Derecho Penal, T.II, pág. 380, Ediciones Ariel, Barcelona, 1962.

(88) Derecho Penal Argentino, T.II. pág. 271, 3a, reimpresión, TEA, Buenos Aires, 1956.



### A. Objeto personal de la complicidad.

Complicidad es el auxilio doloso para la comisión de un delito doloso; en virtud, de ello, el cómplice no precisa haber individualizado a tiempo de sus preparatorios -- actos auxiliares a la persona del autor. Con otras palabras, la complicidad no es el auxilio prestado a una autor o autores, sino a la comisión de un delito, por tanto, no es necesario que la persona del autor esté siquiera comprendida en una representación colectiva del cómplice. (89)

### B. Conocimiento de los elementos de la figura delictiva

Al ser la complicidad el auxilio doloso a la "comisión de un delito", es imprescindible que el cómplice tenga el conocimiento de los elementos de la figura delictiva, a cuyo favorecimiento está destinada la conducta de complicidad: no basta con que, por el propio hacer en cooperación con el otro sujeto, se haya causado un evento delictivo, únicamente conocido en términos generales. Esto es, el segundo presupuesto del dolo del cómplice, requiere el conocimiento de que la conducta cumplida por él, es el fragmento de un proceso de causación cuyo valor total (el delito mismo) también él conoce. Ese conocimiento en la complicidad, debe estar referido específicamente al delito o delitos que el autor se propone cometer: "quien sobre la base de ese -- conocimiento, a pesar de ese conocimiento, presta una acción

---

(89) Cfr. MAURACH, Tratado de Derecho Penal, T. II. pág. - 381, Ediciones Ariel, Barcelona, 1962.

cooperante a producirlo, es cómplice". (90) En este presupuesto se comprenden: la representación del acto propio, la representación del acto del otro, la representación de que es te acto es cumplido por aquel. (91)

### C. Voluntad de Consumación

El cómplice debe querer, aunque sólo sea con dolo eventual que su conducta favorezca la comisión del delito - realizado por el autor, y que éste se consume. No se configura la complicidad cuando el cómplice prevé que con los medios por él prestados el resultado no se producirá; v.gr., el cómplice sabe que el abortivo proporcionado a la mujer embarazada es completamente inofensivo. La ayuda prestada sin voluntad del resultado se rige de acuerdo a los mismos principios que se formularon respecto al agente provocador. (92)

Finalmente, la simple voluntad interna de "no querer ayudar" no podrá eximir de responsabilidad al partícipe, si su contribución es desde el punto de vista objetivo la adecuada para favorecer el delito, y el cómplice así lo sabe. (93)

---

(90) SOLER, Derecho Penal Argentino, pág. 299, 3a. reimpre-  
sión, T. II. TEA, Buenos Aires, 1956.

(91) Veasé LISZT, Tratado de Derecho Penal T. III, pág. 91  
REUS; Madrid, 1929.

(92) Supra, II, 1,5.

(93) Veasé MAURACH, Tratado de Derecho Penal, T.II. pág 381  
Ariel, Barcelona, 1962.

#### 4. LA CONDUCTA O HECHO DEL AUTOR

La complicidad no es un tipo autónomo sino un concepto de referencia.

A. El Concepto de Referencia de la Complicidad, -  
(el delito realizado por el autor)

El auxilio no constituye por sí mismo un delito - pues como tal no está tipificado, sino que para ser punible requiere la realización por otro de una conducta o hecho tipificados como delito. Como toda forma de participación, injusto y punibilidad de la complicidad dependen de la realización de una conducta o hecho culpables realizados por el autor. Para la responsabilidad del cómplice es decisiva la ejecución del delito (consumado o intentado) por el autor.

Por otra parte, la complicidad intelectual exige como presupuesto que sea conocida por el autor; no así la complicidad técnica o material, que puede ser prestada en forma eficaz aún cuando el autor nada sepa del auxilio, en virtud de que aquí no se considera la causalidad psíquica del delito, sino simplemente la facilitación dada a la producción material del delito. P.ejm., "si ticio hace encontrar a Cayo, que ha manifestado propósitos homicidas, un arma, responderá de participación en el homicidio aunque Cayo autor, nada sepa de la persona que intencionalmente le ha procurado el arma". (94) Por ello, puede configurarse una participación por auxilio o ayuda sin acuerdo entre autor y cómplice.

---

(94) BETTIOL, Derecho Penal, parte general, pág. 506, 4a. ed. Editorial Temis, Bogotá, 1965.

### B. Exceso del autor

Hemos dicho, que la responsabilidad del cómplice depende del tipo realizado por el autor; tipo, a cuya realización dolosamente ha prestado ayuda. De ahí que, el cómplice sólo debe responder del delito que quiso y supo que iba a favorecer. Cabe sin embargo preguntarnos, cómo se fundamenta la responsabilidad del cómplice cuando el autor hace más de lo que el cómplice quería facilitar (exceso cuantitativo), o cuando realiza un delito totalmente distinto al que el cómplice quería ayudar o auxiliar (exceso cualitativo).

a) Exceso cuantitativo. El cómplice no es responsable por la parte excedente realizada por el autor, esto es, por el delito más grave o distinto en cuanto a las modalidades de la conducta, al acordado, a menos que en los delitos calificados por el resultado el resultado más grave fuera por él previsible.

b) Exceso cualitativo. Siempre que el autor cometa una conducta o un hecho delictivos, esencialmente distintos a los que el cómplice pretendía prestar ayuda, es decir, un delito de naturaleza diversa, éste quedará libre de responsabilidad, en razón de que la conducta de complicidad no guarda ninguna relación causal con el resultado realmente producido. (95)

---

(95) Véase MAURACH, Tratado de Derecho Penal, T. II. pág. 383, Ediciones Ariel, Barcelona, 1962.

## 5. OTRAS REGLAS

En lo tocante a la participación en la tentativa: al desistimiento y arrepentimiento del partícipe, y al error del partícipe sobre el carácter doloso de la conducta o --- hecho del autor, instigación y complicidad quedan sometidas a las mismas reglas analizadas en las primeras páginas de este capítulo, y a las cuales nos remitimos.

## 6. COMPLICIDAD NEGATIVA O CONNIVENCIA

Denominada así por la antigua doctrina italiana, la simple connivencia, reticencia, complicidad negativa, consiste en "omitir voluntariamente el impedir directamente un delito, o informar de él a la autoridad, o apartarse del lugar donde el delito se comete, o romper toda relación con el culpable, cuando con esto se contravenga solamente un deber moral o se renuncie al ejercicio de una facultad legítima, y no se viole una obligación jurídica". (96) Algunas legislaciones establecen la connivencia como delito autónomo, fundamentan su incriminación en la seguridad del Estado, otras más llevándola a sus extremas consecuencias, la preceptúan como deber jurídico de todo ciudadano. Sin embargo,

---

(96) MANZINI Vincenzo, Tratado de Derecho Penal, Tomo 3, -- EDIAR, Soc. Anón, Buenos Aires, 1949.

la mayor parte de la doctrina (97), está por la no punición de la reticencia, en virtud de que, en ella las características de la complicidad por omisión no pueden encontrarse, pues aún cuando se tipifique como deber jurídico, no se da por parte del connivente una expresión de voluntad que converja con otra en un tipo común.

Nuestro Sistema Penal Mexicano, impone expresamente a los particulares la obligación jurídica de impedir la consumación de los delitos que sabe van a cometerse o se están cometiendo; tipificando en la fracción V del artículo 400, como delito la mera connivencia.

#### 7. PUNIBILIDAD DEL COMPLICE.

En la simple ayuda o facilitación a la perpetración del delito yace un minus normativo; por ello, opinan los Clásicos que el cómplice debe ser castigado con una pena menor que la del autor. Las modernas legislaciones se apartan de la Doctrina Clásica; algunas dejan la atenuación al arbitrio judicial, o bien, establecen que la pena debe ser fijada por la ley aplicable a la acción para la que conscientemente ha prestado ayuda, pudiendo ser atenuada conforme a los mismos principios que rigen la pena de la tentativa. De ahí que, si el autor sólo alcanza a realizar un co-

---

(97) Vease CARRARA, Programa de Derecho Criminal, parte general, V. I. pág. 309, Temis, Bogotá, 1956. FLORIAN parte general del derecho penal, T. I. pág. 5, Imprenta y Librería la Propagandista, Habana. GOMEZ EUSEBIO, Tratado de Derecho Penal, T.I. pág. 495, Cía Argentina de Editores, Buenos Aires, 1939. BETTIOL, Derecho Penal parte general, pág. 504. Temis, Bogotá, 1965.

mienzo de ejecución (tentativa), se procederá a una doble rebaja de la pena en favor del cómplice. De acuerdo a este mismo criterio, en los casos en los que la atenuación no esté indicada, regirá para el cómplice el marco penal que sanciona al autor. Sigue esta trayectoria el Código Penal alemán. Conforme a la Ley argentina, el régimen sancionatorio para los cómplices se rige por los mismos principios expuestos para la tentativa.

La cuestión de la determinación de la pena correspondiente al cómplice, en nuestro sistema penal se deja al arbitrio judicial (arts. 51 y 52 del Código Penal). Conforme al artículo 54 del mismo ordenamiento, cabe inclusive castigar, en el caso concreto, al cómplice con una pena más severa que la que corresponde al autor; así cuando no concurra en él una circunstancia atenuante que se da en cambio en el autor.

**CAPITULO IV**

**LA PARTICIPACION EN LA LEGISLACION PENAL MEXICANA**



## I. LA PARTICIPACION EN LOS CODIGOS DE 1871, 1929 Y 1931.

## 1.- Código Penal de 1871.

Como sabemos, en lo tocante al sistema de la incriminación del concurso eventual de personas en un delito, predominan doctrinal y legislativamente dos tendencias principales: la de diferenciación y la de equivalencia nominal y penal. Nuestro Código Penal de 1871, al establecer la graduación de la participación siguió la tendencia distintiva. En su artículo 48 señalado por separado bajo el rubro de: "tienen responsabilidad criminal":

autores;  
cómplices; y  
encubridores.

El artículo 49 describe el perfil de quienes son considerados autores. Conforme a la fracción I del citado artículo, son autores de un delito "los que lo conciben, resuelven cometerlo, lo preparan y ejecutan, ya sea por sí mismos, o por medio de otros a quienes compelen o inducen a delinquir abusando aquéllos de su autoridad o poder, valiéndose de amagos o amenazas graves, de la fuerza física, de dádivas, de promesas, o de culpables maquinaciones o artificios". El precepto descrito se refiere a la autoría inmediata, mediata y a la instigación. Respecto de estas últimas, prevé indistintamente hipótesis que pueden constituir medios instigadores o formas de autoría mediata. Así, si las amenazas llegan a alcanzar el grado de coacción, el inductor debería responder como autor mediato desde el momento en que el coaccionado no se condujo libremente, si no que fue obligado a realizar el delito; en tanto que la real interposición de la fuerza física origina inclusive, en algunos casos, autoría directa del agen

te. En lo tocante al abuso del poder, deberían quedar incluidas dentro de la instigación, sólo determinadas relaciones de poder (como el poder paterno, la amenaza del uso del poder).- Asimismo, las dádivas y promesas constituyen para algunos acciones instigadores. Por lo que respecta a las culpables maquinaciones o artificios, si valiéndose de ellas, el sujeto provoca en el inducido un error sobre algún elemento del tipo daría lugar a uno de los casos más evidentes de autoría mediata.

Entre la autoría encontramos, también, una figura que en doctrina se conoce como cooperación necesaria o complicidad primaria, ya que el precepto contenido en la fracción V del citado artículo, considera autor a aquél cuya aportación es tan indispensable en el acto de ejecución, que sin ella no puede consumarse el delito.

Quizá influido por las frases de FERRI, sobre que el auxiliar de un crimen es en ocasiones más peligroso que el autor mismo, admite la responsabilidad como autores de aquéllos cuyas conductas o hechos ejecutados que a simple vista parezcan secundarios, son de los más peligrosos o requieren mayor audacia en el agente. (fr. VI) Otras modalidades de la autoría según este artículo, se refieren a aquéllos que por vía de determinados medios de difusión estimulan a la multitud a cometer un delito determinado. (fr. III); y a los que, teniendo el deber de castigar o impedir un delito, se obligan con el delincuente a no cumplir con ese deber. (fr. VII).

Función del artículo 50 del Código Penal de 1871 es la de reglamentar la figura de la complicidad. Establece las dos formas de auxilio, a saber: la complicidad técnica o material y la complicidad intelectual. Con la exigencia de que el cómplice tuviera el conocimiento de que su ayuda esta-

ba destinada a la ejecución o a la preparación del delito, es to es, el auxilio debía ser doloso (frcc.I). En su fracción - II, al parecer reglamenta la complicidad intelectual prestada al omnimodo facturus, (1) como psíquica confirmación al suje to ya decidido a cometer el delito. Prevé el auxilio subse-- quens (fr. IV). Por último, trata como complicidad la conduc ta realizada por aquellos que sin previo acuerdo con el delin cuente, y teniendo el deber de impedir o castigar un ilícito- penal, no cumplen empeñosamente con ese deber (fr. V).

Al establecer las formas de participación, el Códig o de 1871 siguió la sistemática clásica tripartita, pues tra ta allado de la autoría y de la complicidad, al encubrimien to. Por unanimidad doctrinaria y conforme a las legislacio nes mas perfectas, el encubrimiento debe quedar excluido de la participación, en virtud de que es una conducta ejecutada- en delito ya perpetrado (2). No puede decirse que participa quien desempeña un papel posterior a la realización de un de- lito, y no acordado anteriormente, encontrándose por ello, -- fuera de toda relación causal con el resultado.

Al establecer la punibilidad de la participación, - sigue este Código la misma tendencia de distinción entre au - tor y partícipe. Así, según los artículos 219 y 220 al cóm- plice de un delito se le castigará con la mitad de la pena -- que le correspondería si fuera el autor. Para los encubrido- res, la amenaza punitiva consiste en prisión hasta de once me ses.

- 
- (1) OMNIMODO FACTURUS.- Sujeto que antes de la instigación es -  
 taba resuelto a cometer un delito. Cfr. al respecto. -  
 MAURACH, Tratado de Derecho Penal, T. II. pág. 376, -  
 Ariel Barcelona, 1962, MEZGER, Tratado de Derecho Penal, -  
 T. II. pág. 310, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1949.
- (2) Véase, p. ejm., QUINTANO RIPOLLES, Compendio de Derecho -  
 Penal, T I, pág. 251, Revista de Derecho Privado, Madrid,  
 1958.

Finalmente, es conveniente citar el artículo 54 del Código Penal de 1871; el precepto contenido en este artículo norma el desistimiento del instigador; valioso precepto que, por desgracia, desaparece en los Códigos que le suceden. Según este artículo: "El que, por alguno de los medios de que hablan los párrafos 1o. 2o y 3o del artículo 49 y párrafo 2o del 50, provoque ó induzca a otro a cometer un delito, quedará libre de responsabilidad si desiste de su resolución y logra impedir que el delito se consuma. Si no lo logra, pero acredita haber empleado con oportunidad medios notoriamente capaces de impedir la consumación; se le impondrá la cuarta parte de la pena que merecería sin esa circunstancia. En cualquier otro caso se le castigará como autor o cómplice, según el carácter que tenía en el delito concertado".

## 2.- C.P. de 1929.

El Código Penal de 1929, siguió los pasos de su antecesor, reproduciendo su texto con tenues y superficiales variaciones (arts. 36 a 43). En cuanto a la punibilidad, introdujo una innovación: el arbitrio judicial restringido; estableció para los cómplices de un décimo a un cuarto de la sanción que le correspondería como autores, tomando en cuenta las modalidades del caso y la temibilidad revelada; la misma sanción para los encubridores (art. 177 y 178).

## 3.- C.P. de 1931 Original.

a) Los creadores del Código Penal de 1931, al establecer las formas de participación, siguieron una sistemática desacertada al prever la complicidad y el encubrimiento entre la autoría inmediata y la instigación, no obstante que ésta es considerada autoría intelectual. El texto original del

artículo 13 se halla redactado de este modo: "Son responsables todos los que toman parte en la concepción, preparación o ejecución de un delito; o prestan auxilio o cooperación de cualquier especie por concierto previo o posterior, o inducen directamente a alguno a cometerlo. Los jueces podrán aumentar o disminuir la sanción respectiva dentro de los límites fijados por la ley, según la participación de cada delincuente."

b) La intrascendente reforma al artículo 13, publicada en el Diario Oficial del 9 de Marzo de 1946, si bien sigue la tendencia de distinguir entre autores, cómplices y encubridores, no es muy afortunada, en virtud, de que no aparta a autores y partícipes y, además, continúa viendo en el encubrimiento una forma de participación. De acuerdo con la reforma, el texto del citado artículo quedó redactado de la siguiente manera: "Son responsables de los delitos:

I. Los que intervienen en la concepción, preparación o ejecución de ellos,

II. Los que inducen o compelen a otro a cometerlos,

III. Los que prestan auxilio o cooperación de cualquiera especie para su ejecución, y

IV. Los que en casos previstos por la ley, auxilian a los delincuentes, una vez que estos efectuaron su acción delictuosa."

El inicio de la crítica afecta a la fracción I del artículo en cuestión, en lo tocante a la intervención en la concepción del delito, en virtud de que todo amante del raciocinio comprende la imposibilidad real e insostenibilidad doctrinaria de esta forma de participación. El defecto de la no-

ción prevista por el Código Penal de 1931, quizá se deba a que recoge equívocamente la adoptada por el Código Penal de 1871, que definía como autores a "los que lo conciben, resuelven cometerlo, lo preparan y ejecutan por sí mismos, o por medio de otros a quienes compelen o inducen a delinquir" ....(art. 49-I). Ello significa, que eran autores del delito quienes en forma sucesiva y no independiente recorrían esos momentos del iter criminis; fases que el artículo 13 del invocado ordenamiento recogió, dándoles propia y autónoma sustantividad.

La fracción II, en extremo simplista, establece - sin dar su noción, a la autoría intelectual (instigación) y con el vocablo "compelen" prevé una hipótesis que bien puede considerarse autoría mediata... Al sólo contemplar una de las modalidades de la autoría mediata, este precepto debió dar lugar a la impunidad del sujeto, que para cometer un delito se vale de una persona como mero instrumento, - - pues en virtud del principio de legalidad, estos casos, al quedar fuera del precepto legal, no podrían ser sancionados.

Otra de las censuras de que es objeto este precepto, es que al igual que sus antecesores prevé el encubrimiento como forma de participación. Lo incorrecto de esta tendencia radica en que, uno de los requisitos negativos del encubrimiento es el de su desvinculación material del delito, el no haber participado en él, ni en su preparación ni en su perpetración; conductas o hechos que obligarían a su inmediata consunción en las formas de autoría o complicidad. Por ello, las legislaciones más perfectas lo segregan de la parte general, estableciéndolo en la especial como delito autónomo, haciendo de él dos modalidades delictivo sustantivas: la de favorecimiento, cuando la finalidad es sus-

traer al imputado de la acción de la justicia; por ello, debe integrarse en el capítulo correspondiente a los delitos contra la Administración de Justicia, y, la dereceptación, cuya finalidad lucrativa amerita su regulación en el capítulo patrimonial.

### III.- LA AUTORIA Y PARTICIPACION EN EL CODIGO PENAL VIGENTE DEL D.F. (ART. 13).

1.- Sistema seguido por el legislador al establecer en nuestro Código Penal vigente las normas sobre autoría y participación.

A. Posición adoptada por el Código Penal en vigor, en lo que respecta a la naturaleza de la participación. Al parecer adopta un sistema intermedio, entre la teoría de la Accesoriedad y la teoría sobre la causalidad, pues establece en la fracción IV del artículo 13, la figura del autor mediato reconocida por la teoría Accesoría de la Participación; para apartarse de esta teoría cuando regula, conforme a la teoría de la causalidad, el exceso en la ejecución (fracción II del artículo 14).

B. En lo tocante a la graduación de la participación, dominan el terreno doctrinal y legislativo, dos posturas: la de diferenciación y la de equivalencia nominal y penal. El Código Penal vigente, hace una distinción entre los participantes, pero deja al arbitrio judicial la graduación de la responsabilidad de cada interviniente (art. 52, -53); de ello, se deduce que sigue un sistema intermedio.

## 2.- Análisis del artículo 13 del Código Penal vigente.

Bajo el incorrecto epígrafe de "Personas responsables de los delitos", establece este precepto los grados de participación; se le critica, en virtud de que, en este - - apartado no se trata de analizar la responsabilidad de quienes participan, sino de señalar el papel que han desempeñado en la realización del delito, es decir, su forma de participación. Según se piense que debe denominarse este fenómeno jurídico, así deberá intitularse el capítulo respectivo. Así, para algunos el capítulo III del Código Penal, deberá titularse participación; para otros, autoría y participación; autoría y complicidad, o concurso de personas en el delito, etc.

No obstante, el haber superado en todo a su antecesor, el artículo 13 del citado Código, adolece todavía de algunas incorrecciones, como la ya mencionada, y el que no haga una separación tajante entre autores y partícipes, lo que dificulta el precisar si adopta un concepto extensivo - o restrictivo de autor; restándonos por determinar, de - - acuerdo al concepto de autor que adoptemos, quiénes de los sujetos que señala el artículo 13 son autores y quiénes son partícipes.

Entremos pues al estudio particular de cada una - de las fracciones que integran el artículo 13 del Código Penal.

ART. 13.- "Son responsables del delito:

I. Los que acuerden o preparen su realización;

Debe aplaudirse el acierto que tuvo el legislador



al excluir de la fracción I la intervención en la concepción del delito, pues es manifiesta la imposibilidad humana de participar en el "pensamiento de otro". Actualmente establece que se puede participar desde el inicio de la segunda fase de la vida del delito: la resolución manifestada -- (acuerdo). Ahora bien, como la realidad presenta una gran gama de matices, pueden enfrentarse los prácticos con grandes problemas, como los que se originarían de darse las siguientes hipótesis:

a) Acuerdo para un delito no cometido. Conforme al principio de la accesoriedad no puede existir participación, cuando el delito al que precisamente se ha determinado (instigación) o favorecido (complicidad) no ha sido cometido (no ha sido ni consumado ni intentado). Expresado con otras palabras, de acuerdo al principio de la accesoriedad, la responsabilidad del partícipe depende de que el delito sea ejecutado por el autor, por consiguiente, no podrá ser punible el partícipe si el autor no ha realizado a lo menos un comienzo de ejecución (tentativa). Sin embargo, conforme con esta fracción, el simple acuerdo es punible, y por lo tanto, no desaparece el concurso, aún cuando el delito no haya sido realizado (consumado o intentado); lo que es completamente inadmisibles. El acuerdo debe punirse como delito autónomo, cuando la gravedad del caso así lo amerite, pero no establecerse como norma general de participación.

b) Realización de un delito más grave o completamente distinto al acordado. Aquí, se aplican las mismas reglas previstas para el exceso en la participación. (3)

c) El supuesto de varios sujetos que conciertan-

(3) Sobre el exceso en la participación. Véase, Cap. III, - II, 6 B.

cometer un delito determinado, pero no "vuelven a hablar -- más del asunto", algunos de ellos cometen el delito sin que los otros nada sepan de la ejecución. Cómo debe resolverse esta cuestión; los sujetos que no participaron en la ejecución ¿deben ser sancionados por el delito cometido? o ¿quedar libres de toda pena?.

Respecto a los actos preparatorios es pertinente hacer dos observaciones: la primera de ellas, se refiere a su ubicación; el sitio que corresponde a los actos preparatorios no está al lado de las formas de participación, sino -- que deben estar previstos en el capítulo correspondiente a la tentativa, porque no se trata de una forma de participación, sino de una forma de realización del delito. La segunda observación; la doctrina dominante, sostiene que para que el partícipe pueda ser hecho responsable, el autor debe haber realizado una conducta o un hecho de manera que resulten sometidos a una pena, ahora bien, conforme con la fracción I del artículo 13 del mismo Código Penal, quien interviene en acciones preparatorias es responsable del delito, lo que podría conducir a sostener que aún cuando el autor no realice un comienzo de ejecución los participantes serán plenamente responsables; sin embargo, como dicho precepto no enlaza la comisión de los actos preparatorios a una amenaza punitiva, el autor del delito debe llegar al grado de tentativa para que los partícipes puedan ser sancionados por el evento lesivo que se intentó perpetrar, es decir, por la tentativa de delito.

## II. Los que lo realicen por sí;

Este concepto se refiere a la autoría inmediata.- Autor inmediato, es aquél que realiza por sí mismo los elementos del tipo y los demás que integran la figura delictiva. A él se refiere la ley al describir las conductas o hechos, cuando los vincula a una sanción penal, la que está dirigida a quien los realice. Desde el momento en que el texto de los tipos especiales se refiere a la autoría inmediata, no es necesaria su noción en la parte general del Código Penal.

## III. Los que lo realicen conjuntamente;

La definición legal de la coautoría como "realización conjunta del delito" presupone que para ser coautor, el sujeto debe haber ejecutado conciente y voluntariamente junto con otro los elementos de la figura delictiva. Coautor es quien poseyendo la calidad de autor y participando de la resolución común del delito, sobre la base de ella coparticipa en la ejecución de los elementos de la figura delictiva.

Quedan fuera de esta definición todos los casos de realización aparentemente conjunta, por varios sujetos, pero que no han participado en la resolución conjunta del delito, sino que se conducen con desconocimiento del plan paralelo del otro actuar emprendido. (4) Por tanto, la realización conjunta del delito en sentido jurídico, es característica esencial y exclusiva de la coautoría. Pues si aceptamos que constituyen "realización conjunta" los casos-

---

(4) Sobre la autoría accesoria, ver CAP. I, VII, 7.

en que varios sujetos causan aparentemente en común un mismo resultado típico, pero que no se han puesto de acuerdo - en su producción, es decir no han participado en la "resolución común" del delito; entonces, estos supuestos que son de autoría accesoria quedarían incluidos en la fracción III del art. 13 del Código Penal, esto es, la autoría accesoria estaría prevista también en la citada fracción.

#### IV. Los que lo lleven a cabo sirviéndose de otro;

Sin recoger el término autoría mediata, esta fracción se encarga de reglamentar tan problemático instituto, - en un sentido genérico, refiriéndose sólo a su noción, en virtud de que si señalara sus alcances, quizá quedarían fuera otras hipótesis que pudieren presentarse y que aún correspondiendo a su naturaleza quedarían impunes, en razón de no estar previstas por la ley.

#### V. Los que determinen intencionalmente a otro a cometerlo;

Uno de los problemas más escabrosos con los que se enfrenta quien penetra en el estudio de la participación es sin duda, el de la instigación, sobre todo en lo que se refiere a su naturaleza jurídica. Desde los tiempos de ROSSI, la doctrina hacía la distinción entre participación primaria y participación secundaria; refiriéndose con la primera a la autoría y con la segunda, a la complicidad. De lo que se deriva, que el instigador era considerado un autor: autor intelectual. Actualmente la teoría dominante considera al instigador como un partícipe; fundamentan tal afirmación, ya en la accesoriadad de la participación, ya partiendo del concepto restrictivo de autor. Conforme a los postulados de la accesoriadad, el fundamento de considerar a la insti

gación como propia participación, se encuentra, en su primer requisito: en hacer surgir en otro la resolución de cometer el delito. Participación es producción del acto ajeno. Autoría es producción del acto propio. Las teorías -- que basan su aseveración en el concepto restrictivo de autor, parten del siguiente razonamiento: Si autor es quien realiza culpablemente una conducta o un hecho que, considerados en sí mismos, se adecúan a un tipo legal; y participe es aquél que realiza dolosamente una conducta que en sí misma no es acorde con la descrita en el modelo abstracto del delito. Entonces, al no adecuarse a ningún tipo especial -- la conducta realizada por el instigador; éste es un mero -- participe en la conducta o hecho realizados por el autor. -- (5)

La definición legal de la instigación como la "de terminación intencional" a otro a cometer el delito, presu pone:

1. La instigación debe ser dolosa, de lo que se deriva que no existe instigación culposa al delito doloso -- ajeno, ni instigación dolosa al delito culposo ajeno.

2. El instigador debe haber individualizado a lo menos en una representación colectiva al sujeto que va a inducir a la realización del delito.

3. El instigador debe inducir a la comisión de -- un determinado delito. El incitar a la realización de conductas o hechos punibles en términos generales, no constituye instigación, v. gr., el sujeto que instiga a otro a sol. --

---

(5) Cfr. al respecto, ANTOLISEI, Manual de Derecho Penal -- Parte General, pág. 399, UTEHA, Buenos Aires, 1960.

ventar sus gastos con oportunas raterías.

4. El instigador debe tener la voluntad de consumación, debe querer que el delito a cuya perpetración instiga, se consume.

VI. Los que intencionalmente presten ayuda o auxilien a -- otro para su comisión;

De la lectura de la fracción en estudio, se deduce, que el auxilio prestado por el cómplice en la comisión del delito, debe ser doloso; de lo que resulta que, no existe complicidad culposa en delito ajeno doloso, ni complicidad dolosa en delito ajeno culposo.

Aún cuando en términos del lenguaje cotidiano, la ayuda y el auxilio sean conceptos semejantes, la ley los ha individualizado, y por tanto, la complicidad por auxilio es distinta a la complicidad por ayuda y viceversa.

Según RICARDO NUÑEZ, el "auxilio implica aportes anteriores o simultáneos a la ejecución del delito, pero se diferencia de la complicidad por cooperación porque es una contribución no acordada, esporádicamente prestada de mutuo propio por el agente. Es la ayuda brindada a los ejecutores de manera ocasional, sin que su agente haya tenido ni tenga otro enlace con la trama delictiva". (6)

La complicidad por ayuda consiste en prestar una cooperación por acuerdo, antes o durante la ejecución del -

---

(6) Derecho Penal Argentino, T. II. pág. 289, OMEBA, Buenos Aires, 1960.

delito. Ahora bien, como el significado que le da la ley -- al auxilio posterior a la ejecución del delito en cumpli -- miento de una promesa anterior (artículo 13 frac. VIII del C.P.), requiere que el cómplice haya expresado su voluntad de cooperar para después de consumado el delito; el auxilio y la ayuda vendrían a tener la misma significación.

Respecto a la figura del cómplice, la doctrina ha distinguido entre complicidad necesaria o primaria y complicidad no necesaria o secundaria. Se denomina cómplice primario a aquél que interviene en la comisión del delito, con aportes directos que en el caso concreto dieron causa a su consumación tal como se realizó. (7) P. ejems., el suministro de un arma o de llaves, el facilitar el dinero para su empresa criminal, distraer a la víctima mientras otros la roban, armar escándalo en tanto otros ejecutan el delito, con el objeto de distraer a las personas.

La complicidad secundaria en el sentido que le ha dado la doctrina se define como: "cómplice es quien se limita a quitar cualquier obstáculo, a prevenir cualquier peligro o a animar con su presencia a los delincuentes, sin intervenir como elemento necesario o eventualmente activo en el plano de ejecución o sin que su hecho sea necesario para la perpetración del delito". (8) P. ejems., prestar servicios personales en la realización de los actos preparativos, hacer de vigía, dar instrucciones, prestar apoyo.

Esta distinción, en vista de la indispensabilidad

---

(7) NUÑEZ, Derecho Penal, T. II. Parte General, pág. 293. -- OMEBA, Buenos Aires, 1960.

(8) MANZINI, Tratado de Derecho Penal, V. III. pág. 255, -- EDIAR Buenos Aires, 1949.

que se ha dado al aporte, en la práctica conduce a peligrosas e ineluctables consecuencias. Por ello, el legislador ha hecho bien en erradicar esta clasificación, pues ¿cómo describir abstractamente con un criterio firme una conducta de complicidad que sea necesaria para el delito?. Si partimos de un caso concreto, el aporte siempre será necesario. El ladrón que penetra a la casa utilizando una escalera; el que priva de la vida a otro utilizando un veneno; no podría robar o matar de esa forma si alguien no le proporciona la escalera o el veneno. En cambio, el aporte nunca será necesario si se consideran las distintas formas en que puede cometerse el delito. Aunque nadie le de la escalera puede robar abriendo la puerta con ganzúa, y aún cuando no le facilite el veneno puede matar con un revólver. Este razonamiento ha llevado a CARRARA a sostener que, "nunca hay una complicidad necesaria en un acto de participación material, porque el delito tiene muchísimas formas posibles y diversas de ejecución". (9) A pesar de estas observaciones la mayor parte de la doctrina considera que la cuestión de si la complicidad fue necesaria, es un asunto de hecho y no de derecho, que debe dejarse al arbitrio judicial, sobre la base de un minucioso análisis de la situación concreta. (10)

VII. Los que con posterioridad a su ejecución auxilién al delincuente, en cumplimiento de una promesa anterior al delito.

En este precepto aparece el auxilio sub sequens. Esta sofisticada figura, tiene de común con la complicidad el

(9) Programa de Derecho Criminal, Parte General, T. I. pág. 320, Temis, Bogotá, 1956.

(10) Véase, BETTIOL, Derecho Penal, Parte General, pág. 510. Temis, Bogotá, 1965.



auxilio prometido con anterioridad a la ejecución del delito, y con el encubrimiento la ayuda posterior. El que se considere que esta figura es, más una forma de participación que de encubrimiento se infiere de la posición dominante de la complicidad intelectual, por virtud de la cual, aquellas conductas de auxilio realizadas con posterioridad a la consumación, y que típicamente representarían tan sólo un encubrimiento, se consideran de complicidad, en razón de haber sido prometidas al autor antes de la ejecución del delito. En estos casos, se verá incrementada la fuerza moral del autor, en la comisión del delito.

Importa destacar, que la distinción entre la fracción analizada y la II del artículo 400 del Código Penal -- que tipifica una de las formas del encubrimiento, es precisamente que en éste, el auxilio prestado es por acuerdo posterior a la perpetración del delito.

VIII. Los que intervienen con otros en su comisión aunque no conste quién de ellos produjo el resultado.

Este precepto tiene a su cargo reglamentar aquellos casos en los que no sea posible determinar la forma de participación de cada concurrente, lo que la doctrina italiana denomina "complicidad coorespectiva". De ella, lo único que nos inquieta es su denominación, pues desde el momento en que se ha ejecutado un delito ya no se puede hablar de complicidad. Al respecto, con gran sencillez un brillante tratadista mexicano dijo que no se trata en estos casos, de la complicidad en el sentido de la fracción VI del artículo 13 del Código Penal, sino que se ignora quién es el autor, y en cuanto al nombre, habría que interrogar a los tratadistas italianos antiguos, del por qué de esa denominación; lo

mismo le hubieran puesto "venado azul", o cualquier otro -- nombre. (11)

### 3.- Análisis del artículo 14 del Código Penal vigente.

En el campo de los hechos, puede suceder que se presenten acontecimientos que originen variantes en el proyecto delictivo originariamente acordado por los intervinientes: como la perpetración por alguno de ellos de un delito distinto al pretendido. A regular el exceso en la ejecución se destina el artículo 14. El artículo 51 del Código Penal de 1871 y el 39 del Código Penal de 1929, constituyen los antecedentes legislativos del artículo 14 del Código en vigor; pasan a este artículo con cambios literales intranscendentes, y su sentido antes positivo, ahora debe ser interpretado a contrario sensu. Conforme al citado artículo 14: "Si varios delincuentes toman parte en la realización de un delito determinado y alguno de ellos comete un delito distinto, sin previo acuerdo con los otros, todos serán responsables de la comisión del nuevo delito, salvo que concurran los requisitos siguientes:

I. Que el nuevo delito no sirva de medio adecuado para cometer el principal;

II. Que aquél no sea una consecuencia necesaria o natural de éste, o de los medios concertados;

III. Que no hayan sabido antes que se iba a cometer el nuevo delito; y

---

(11) PORTE PÉTIT, en su Cátedra de Derecho Penal, I, Facultad de Derecho, UNAM.

IV. Que no hayan estado presentes en la ejecución del nuevo delito; o que habiendo estado, hayan hecho todo - cuanto estaba de su parte para impedirlo".

De la interpretación a contrario sensu del artículo 14 del Código Penal vigente, se colige: Que si alguno - de los intervinientes realiza un delito distinto al acordado por los demás, todos serán responsables de la comisión - del nuevo delito, si concurren los requisitos siguientes:

I. Que el nuevo delito sirva de medio adecuado - para cometer el principal;

Según Carrancá y Trujillo, todos los sujetos son - responsables, pues en este caso quien quiere el fin, quiere los medios y debe responder por ello.

Ahora bien, si el medio de que habla esta frac -- ción constituye un medio exigido en el tipo del delito prin -- cipal, nos encontraremos ante la concurrencia de normas in -- compatibles entre sí, aplicándose en este caso el principio de consunción o absorción. P. ej. Varios individuos con -- ciertan cometer el delito de fraude, para conseguirlo incu -- rren una falsificación. El delito de falsificación queda - absorbido en el delito de fraude, pues ha sido el medio pa -- ra la realización de este delito.

II. Que el nuevo delito sea una consecuencia ne -- cesaria o natural del principal, o de los medios concerta -- dos;

Según este precepto, para la responsabilidad par -- tícipe por el delito diverso, es suficiente la relación de -- causalidad. Esta cuestión encuentra su solución correcta, -

si aplicamos con acierto las reglas sobre el exceso en la ejecución. (12)

Si el autor comete un delito de naturaleza totalmente diferente al pretendido por los demás participantes, estos se verán libres de responsabilidad, en virtud de que, la responsabilidad jurídico-penal del partícipe está fundada sobre la voluntad y conocimiento de un delito para el -- que precisamente instiga o presta una cooperación, y en este caso tal delito no se consumó, no guardando, por tanto, -- ninguna relación causal con el que realmente se ejecuto. -- De ello resulta que se descarta la responsabilidad del partícipe en casos como los siguientes:

a). F. instiga a I a abofetear a X; I lo mata de liberadamente.

b). Según la instigación, A debe cometer un robo pero en cambio comete un fraude.

c). Dos hombres se ponen de acuerdo para cometer un robo. Uno vigila, en tanto que el otro se introduce en la casa, en donde encontrándose con una joven la viola.

Ahora bien, en los supuestos muy frecuentes en la práctica de que un robo culmine en un homicidio; deberá -- examinarse si éste se produjo por la repulsa por parte del propietario, en ese caso, los demás intervinientes responderán también por el delito de homicidio.

d). A y B, puestos de acuerdo propinan conjunta-

---

(12) Sobre el exceso en la ejecución, Véase Supra Cap. III. II, I 6, B.

mente una golpiza a C; B aprovechando el momento se apodera de la cartera de la indefensa víctima.

En los casos en que el autor dentro del marco de una lesión idéntica a la pretendida, cometa un delito más grave que el acordado (exceso cuantitativo), en principio y conforme a las normas sobre el exceso, los demás concurrentes no responderán por la parte excedente realizada por el autor. Tratándose de un delito sólo distinto en cuanto a las modalidades de la conducta, al no haber una desviación esencial del dolo del partícipe se mantiene inalterada la responsabilidad de éste. (13)

Debe tenerse presente que tratándose de un homicidio preterintencional, el instigador, sólo será responsable del delito de lesiones, desde el momento, en que no existe una participación culposa. En todo caso, responderá por el homicidio a título de autoría culposa. En cambio, si A instiga a B a lesionar a C; y B lo mata deliberadamente, al haber una desviación esencial del dolo del instigador, éste sólo deberá ser sancionado por el delito de lesiones en la persona de C, pues el resultado se produjo por el dolo específico del autor.

III. Que hayan sabido antes que se iba a cometer el nuevo delito;

Pues en este caso el nuevo delito quedaría comprendido dentro del marco doloso del partícipe (instigador o cómplice) o del participante (coautor), en su caso.

---

(13) Véase Capítulo IX, punto 6, inciso B, 1,2.

IV. Que habiendo estado presentes en la ejecución del nuevo delito no hayan hecho cuanto estaba de su parte para impedirlo.

En este caso, son responsables de participación por omisión, conforme con la fracción V del artículo 400 del Código Penal.

Importa destacar que la aplicación del artículo aludido, debe excluirse tratándose de los delitos preterintencionales, desde el momento en que no se acepta una participación culposa.

Finalmente, esa exigencia de que "salvo que concurren los requisitos siguientes", significa que ¿deben darse todos esos requisitos? y de faltar alguno, ¿todos los participantes serán responsables del nuevo delito? Para evitar todas estas confusiones, el legislador debería establecer normas para la graduación de la participación en los casos de exceso en la ejecución, siguiendo los lineamientos doctrinarios respecto al exceso cuantitativo y exceso cualitativo, analizados en párrafos precedentes y a los cuales nos remitimos.

#### 4.- Análisis del artículo 54 del Código en vigor.

Este artículo reglamenta cierta figura, que en doctrina se conoce como comunicabilidad de las circunstancias. Al tenor del artículo 54, el aumento o la disminución de la pena, fundadas en las calidades, en las relaciones personales o en las circunstancias subjetivas del autor de un delito, no son aplicables a los demás sujetos que intervinieron en aquél. Son aplicables las que se fundan en-

circunstancias objetivas, si los demás sujetos tienen conocimiento de ellas. Expresado con otras palabras, las circunstancias subjetivas, calidades y relaciones personales son intransmisibles; las circunstancias objetivas son transmisibles cuando se conocieren. Precioso precepto que debe alabarse en todo, respecto a sus antecesores (arts. 54 y 55 del Código Penal de 1931 reformado); quizá lo único que debe reprobarsele, es que sólo hace referencia a las circunstancias que agravan o atenúan la pena, pero no a las calidades y relaciones personales que la excluyen. Ya nos hemos ocupado de desentrañar el sentido de cada una de estas circunstancias (Cap. III, VII, 3); por lo que sólo nos resta la siguiente observación: como sabemos, en aquellos delitos que requieren una calidad en el sujeto activo, sólo podrá ser autor, quien sea autor idóneo conforme al tipo respectivo, y que se rompería la sustantividad si no se acepta que el extraneus —sujeto que no reúne la calidad exigida— por el tipo— pueda participar en ellos a título diverso — (siempre que se trate de un delito especial en sentido amplio), o bien, que debe quedar libre de toda pena si no existe un tipo legal que expresamente sancione su conducta (delito especial en sentido estricto). Fundamento dogmático de ello (aun cuando no con gran acierto) es que cuando la ley ha querido extender a sujetos no calificados tales delitos, lo hace expresamente, v.gr., el cohecho (art. 222 fr. II), el peculado (art. 223, frs. III y IV), y aún en el adulterio, que se imputa al soltero en quien no existe el vínculo matrimonial. Sin embargo, en el artículo 212 párrafo final, del Código Penal sin tomar en cuenta que determinadas tipologías requieren una calidad en el sujeto, preceptuó el legislador que las personas que participen en un delito cometido por servidores públicos, se les incriminará de acuerdo al delito de que se trate. Este precepto sólo se justifica si se refiere únicamente a los partícipes

(instigador o cómplice), pero no así a los participantes -- (coautores), ni a aquéllos que intervienen en la realización de estos delitos aparentemente como autores mediatos.. Al no poseer la calidad exigida por la ley no podrán ser autores de estos delitos. Restando sólo por normar los criterios sobre la responsabilidad penal de estos sujetos, según se afirme que su intervención conjunta o mediata, debe sancionarse como complicidad (14), o bien quedar libres de toda pena. (15)

Desde el punto de vista doctrinario, la calidad de funcionario público constituye un fundamento de la pena, es decir, la calidad de funcionario deja de ser una circunstancia para constituir un fundamento de la punibilidad, y configurar figuras legales rigurosamente específicas; estas calidades, por tanto, quedan fuera del artículo 54 del Código Penal, y el partícipe que posea el conocimiento de estas calidades en el autor, será sancionado con la pena que corresponde a este último sin atenuación alguna. El artículo 213 del Código Penal, establece que la categoría de funcionario será una circunstancia que podrá dar lugar a una agravación de la punibilidad; de ello se deriva que el partícipe no podrá ser sometido a la misma sanción que corresponda al autor, pues conforme al artículo 54, las calidades personales que agravan la pena no se transmiten, es decir, son incommunicables. Si comparamos lo anterior, con la parte final del artículo 212 del Código Penal, podría pensarse que existe una contradicción. Sin embargo, si armonizamos los preceptos establecidos en los artículos 212 y 213 del Código Penal, con los postulados doctrinarios, se llega a la siguiente conclusión: Siempre que se trate de un deli-

---

(14) Véase MEZGER, Tratado de Derecho Penal, T II, pág. 307 Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1949.

(15) Véase MAURACH, Tratado de Derecho Penal, T. II. pág. 290 Ariel, Barcelona, L 962.



to especial en sentido estricto (delitos propios de los funcionarios), la calidad de funcionario constituye una circunstancia fundamentadora de la pena, sustraída del artículo 54 del mismo ordenamiento; por lo tanto, el partícipe deberá ser sancionado con la misma pena que corresponde al autor. Tratándose de un delito especial en sentido amplio (delitos improprios de los funcionarios o servidores públicos), la calidad de autor podrá dar lugar a una circunstancia agravante de la punibilidad, y el partícipe resultará beneficiado con el artículo 54 de la ley invocada.

### III.- La participación en los Códigos Penales de los Estados.

A. Tendencia seguida por los Códigos Penales de los Estados al establecer la formas de participación.

Se pueden señalar las siguientes tendencias.

a) Sigue la orientación del Código Penal para el Distrito Federal vigente: Código Penal de Guerrero de 1986, artículo 17; C.P. de Zacatecas de 1986 (excepto que elimina el -- -- acuerdo y la preparación y al auxilio sub-sequens-

habla de acuerdo no de promesa; C.P. de San Luis Potosí de 1985 artículo 8; C.P. de Colima de 1985, artículo 20.

b) Siguen la orientación del Código Penal del 1931 (texto original , artículo 13):Hidalgo (art 10) , excepto que señala que en el auxilio o cooperación puede haber o no concierto;- Yucatán (art. 13), Chiapas (art. 12), excepto que la ayuda o -- cooperación sólo es por concierto previo, y en cuanto a la in-- ducción establece como formas: la orden, el consejo, las promesas y la remuneración; Jalisco (art. 10); Oaxaca (art. 9); Tlaxcala (art. 10), excepto que la ayuda o cooperación posterior -- debe ser por medio de actos u omisiones que no sean de los expresamente previstos como encubrimiento; Coahuila (art. 10); -- Tabasco (art. 12) igual a Tlaxcala.

c) Siguen la orientación del Código Penal de 1931 (anterior): Sinaloa de 1940 (art. 10); Código Penal de Campeche de - 1974 (art. 11); Morelos (art. 10); Nayarit (art. 12); Queretaro (art. 8) Tamaulipas (art. 13); Jalisco (art. 11).

d) El Código de Sonora establece: Art.11.Son responsables - de los delitos: art. 11 ; I. Los que los preparen o ejecuten; --- II. Los que determinan o inducen a otro a cometerlos; III Los - que cooperen de cualquier modo a realizarlo.

e) El Código Penal de Michoacán de 1980 establece: - - sonresponsables de la comision de un delito: ; I. Los que toman - parte directa en cu concertación, preparación o ejecución:; II. Los que instigan o inducen a otro a cometerlo; III. Los que se sirven para cometerlo de una persona inculpable o inimputable;- IV. Los que cooperan o auxilian a su ejecución ya sea por conducta anterior o simultánea; V. Los que sabiendo que se va a cometer un delito o se está cometiendo no hagan nada para evitarlo teniendo el deber legal de impedir su ejecución; VI. Los que por acuerdo previo auxilian a los delincuentes después de que -

estos realicen los actos u omisiones constitutivos de delito - (art. 17).

Similar lineamiento establece el Código Penal de Quinta na Roo de 1979, art. 17, excepto que emplea el vocablo compe-- len, en lugar de inducen.

f) El Código Penal del Estado de México de 1986 precep-  
túa: art. 11 Son responsables de los delitos: I. Los que, con-  
el propósito de que se cometa un delito instigan a otro a come-  
terlo determinando su voluntad. II. Los que ejecutan material-  
mente el delito. III. Los que cooperan en su ejecución con un-  
acto sin el cual no se hubiera hecho. IV. Los que fuerzan o ---  
coaccionan a otro, o lo inducen a error para que lo cometa. V.  
Los que cooperan a la ejecución del delito con actos anteriores  
o simultáneos. VI. Los que sabiendo que se está cometiendo un  
delito, o se va a cometer y teniendo el deber legal de impe---  
dir su ejecución, no lo impiden pudiendo hacerlo. VII. Los que  
por acuerdo anterior a la ejecución del delito, auxilian a los  
responsables de éste después de cometido. (art. 12).

g) El Código Penal de Durango de 1983 establece: art. -  
30.- Son responsables de un delito: I. Los que intervienen en-  
el acuerdo, preparación o ejecución del mismo; II. Los que ins  
tigan o compelen a su ejecución; III. Los que utilizan a una-  
persona inimputable o a un animal para cometer el delito; IV.-  
los que presten auxilio o cooperación de cualquier especie --  
para su ejecución; V. Los que presten ayuda posterior al incul  
pado cumpliendo un acuerdo anterior a la comisión del delito.

h) Código Penal para el Estado de Guanajuato de 1978 :-  
art. 20 Es autor el que comete el delito por sí o por medio de  
otro que sea inimputable o inculpable y quedara sujeto a la --  
sanción prevista para el delito cometido. Si se ejecuta el -  
delito por varios en común cada uno sera penado como autor.

Art. 21 Es instigador el que dolosamente determina a otro a la Comisión dolosa de un delito, y sera sancionado con la pena establecida para el autor del mismo sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos 23 a 26.

Art. 22. Es complice el que dolosamente presta ayuda a otro para la comisión dolosa de un delito. Cuando se contribuya con la ayuda posterior al delito, sólo habra complicidad si fue convenida con anterioridad al mismo.

La pena aplicable al complice será de cuatro quintos del mínimo a cuatro quintos del máximo de la sanción señalada para el autor.

Art. 23 Cada partícipe será penado conforme a su culpabilidad. Art. 27 Cuando en la comisión de un delito intervengan dos o mas personas y por aparecer incierta la forma de su participación no puedan aplicarse las normas contenidas en los artículos 20 a 22 a todos se les impondrá de cuatro quintas del mínimo a cuatro quintas del máximo de la sanción señalada para el delito que resulte.

B. En lo tocante al exceso en la ejecución (art. 14 del Código Penal Vigente), se distinguen las siguientes orientaciones:

a) Siguen el Código Penal de 1931 en vigor: Hidalgo (art. 11); Sinaloa (art. 11); Guanajuato (art. 10); Campeche (art. 12); Yucatán (art. 14); Chiapas (art. 16); Jalisco (art. 11); Oaxaca (art. 10); Durango (art. 31); Sonora (art. 12); Nuevo León (art. 42); Tlaxcala (art. 11); Coahuila (art. 11); Guerrero (art. 18); Aguascalientes (art. 13); San Luis Potosí (art. 8); Tabasco (art. 13); Zacatecas (art. 15); Nayarit (art. 13); Queretaro (art. 9); Tamaulipas (art. 14); Michoacán (art. 18); Veracruz (art. 29); Jalisco (art. 12).

b) El Código Penal del Estado de México establece : art. 15.- Si varias personas toman parte en la realización de un delito determinado y alguna de ellas comete un delito distinto, sin previo acuerdo con las otras, todas serán responsables por la comisión del nuevo delito, si concurren las circunstancias-

siguientes: I. Que el nuevo delito sea una consecuencia necesaria del primeramente convenido o sirva de medio para cometerlo  
 II. Que el nuevo delito debiera ser previsto racionalmente por los que convienen en ejecutar el primero ( art. 16). Los instigadores serán responsables de los actos a que se extienda la instigación, pero no de los demás que ejecute el instigado, -- a no ser que hubiera debido preverlos racionalmente (art.14).

C. En lo tocante a la comunicabilidad de las circunstancias, se distinguen las siguientes orientaciones:

a) Conforme al Código Penal vigente; El aumento o disminución de la pena, fundadas en las calidades, en las relacio--nes personales o en las circunstancias subjetivas del autor de un delito, no son aplicables a los demás sujetos que intervi--nieron en aquel. Son aplicables las que se funden en circuns--tancias objetivas, si los demás sujetos tienen conocimiento -- de ellas.(art. 54). Siguen en esta postura: el Código Penal -- de Guerrero de 1986, art. 20.

b) Siguen la orientación Penal del 1931 antes de las Reformas a los artículos 54 y 55, (dichas Reformas entraron en -vigor el 4 de abril de 1984): art. 54 las circunstancias cali--ficativas o modificativas de la sanción penal que tienen rela--ción con el hecho u omisión sancionados, aprovechan o perjudi--can a todos los que Intervienen en cualquier grado en la comi--sión de un delito. Art. 55.- Las circunstancias personales de--alguno o algunos de los delinquentes, cuando sean modificati--vas o calificativas del delito, perjudican a todos los que lo--cometen con conocimiento de ella. Siguen esta tendencia: los--Códigos Penales de Hidalgo (art. 71); Sinaloa (art. 49 y 50);--Guanajuato (art 50 y 51); Campeche (art. 51 y 52); Yucatán --- (art. 69 y 70); Chiapas (art. 55 y 56); Jalisco (art. 45 y 46) Sonora (art. 55, precepto igual al. establecido en el artícu--lo 54 del Código Penal de 1931 para el Distrito Federal).; --

Oaxaca (art. 65 y 66); Morelos (art. 56 y 57); Tlaxcala (art. 36 y 37); Coahuila (art. 43 y 44); Aguascalientes (art. 51 y 52); Tabasco (art. 55 y 56); Nayarit (art. 54); Queretaro (art. 48 y 49); Jalisco (art. 43 y 44); Baja California (art. 54 y 55).

c) El Código Penal de Michoacán establece: Las relaciones cualidades y circunstancias personales que excluyen, aumentan o disminuyen la sanción, no se comunican entre los participantes (art. 19).

d) Conforme al Código Penal del Estado de México, art. 14.- Las circunstancias modificativas o calificativas del delito aprovechan o perjudican a todos los responsables que tuvieron conocimiento de ellas en el momento de su intervención o debieron preverlas racionalmente. Las circunstancias personales de los responsables que sean modificativas o calificativas del delito o constituyan un elemento éste aprovechan o perjudican únicamente a aquellos en quienes concurren (art. 15).

e). El Código Penal de Durango de 1983 establece: Las relaciones cualidades o circunstancias personales que aumentan o disminuyen la sanción no tendrán influencia sobre los participantes excepto cuando tengan conocimiento de ellas. (art. 32). Las circunstancias del delito que aumenten o disminuyan la sanción aprovechen o perjudican a todos los que intervengan en cualquier grado en la comisión del mismo (art. 33).

f). El Código Penal de Colima preceptúa: Las circunstancias personales o subjetivas que excluyan o disminuyan la sanción se comunican a los participantes. Si la aumentan, sólo se comunican a quienes tenían conocimiento de ellas (art. 22). Las circunstancias del delito que aumentan o disminuyan la sanción aprovechan o perjudican a todos los que intervinieron en cualquier grado en la comisión del mismo (art. 24).

g) El Código Penal de Zacatecas expresa: Las circunstancias modificativas de la sanción penal que tienen relación con el hecho u omisión sancionados aprovechan o perjudican a todos los que intervengan en cualquier grado en la comisión del delito (art. 54). Las circunstancias personales de alguno de los delinquentes cuando sean elemento constitutivo modificativo ó cualificativo del delito sólo perjudican a quienes lo cometen con conocimiento de ellas (art. 55).

h) El Código Penal de Michoacán de 1980 señala: Art.19 Las relaciones, cualidades y circunstancias personales que aumentan o disminuyen la sanción, no tendrán influencia sobre los partícipes, excepto cuando tengan conocimiento de ellas. Las circunstancias del delito que aumenten o disminuyan la sanción aprovechan o perjudican a todos los que intervengan en cualquier grado en la comisión del delito.

i). El Código Penal de Nuevo León establece: Art. 43.-- Las calidades o relaciones personales y los demás elementos de carácter subjetivo, integrantes de la descripción legal del hecho, que concurrieren en algunos de quienes lo han realizado se comunicarán a los demás autores y partícipes que hubieren tenido conocimiento de ellos. Si no los hubieren conocido, sufriran las penas del delito previsto sin estos requisitos.-- Las calidades o relaciones personales y los demás elementos de carácter subjetivo no integrantes de la descripción legal, sólo influirán en aquéllos en quienes concurren.

j) El Código Penal del Estado de Guanajuato establece: Art . 24.- Las causas personales de exclusión de la pena sólo favorecerán al partícipe en quien concurren. Art. 25.Si una calidad, relación personal o elemento de carácter subjetivo constituye la razón de atenuación o agravación de la pena, solo influirán en la responsabilidad de aquéllos en quienes concurren. Art. 26.- Las calidades, relaciones personales o elementos de-

carácter subjetivo integrantes de la descripción legal que concurrieren en alguno de los partícipes, se comunican a los demás que hubieren tenido conocimiento de los mismos, siempre -- que no constituyan la razón de atenuación o agravación de la - pena. Si no los hubieren conocido sufrirán la pena del delito previsto sin esos requisitos.



## BIBLIOGRAFIA

1. ANTOLISEI Francesco, Manual de Derecho Penal, Parte General, Traducción directa del italiano por Juan del Rosal y Angel Torio, Editorial UTEHA, Buenos Aires , - 1960.
2. BETTIOL Giuseppe, Derecho Penal, parte general, 4 ed.- Editorial, temis, Bogotá, 1965. Versión Castellana -- del Dr. José León Pagano.
3. CARRANCA Y TRUJILLO Raúl, Derecho Penal Mexicano, Parte General, 2a. ed., Editorial Antigua Librería Robredo de José Porrúa e hijos, México D.F.
4. CARRARA Francesco, Programa de Derecho Criminal, Parte General, T.I. Editorial Temis, Bogotá, 1956.
5. CASTELLANOS TENA Fernando, Lineamientos Elementales de Derecho Penal, 8a. ed., Editorial Porrúa S.A. México - 1974.
6. CUELLO CALON Eugenio, Derecho Penal, T. I. 9a. ed., -- Editora Nacional, S.A. México, D.F. 1953.
7. FRANCO SODI Carlos, Derecho Penal, Parte General, 2a.- ed., Editorial BOTAS, México, 1950.
8. FLORIAN Eugenio, Parte General Del Derecho Penal, T.I. Traducc. de la 3a. ed. italiana por Ernesto Dihigo, Librería "La Propagandista", la Habana.

9. GOMEZ Eusebio, Tratado de Derecho Penal, T. I. Compañía Argentina de Editores, Tucumán, Buenos Aires, 1939.
10. JIMENEZ DE ASUA Luis, La Ley y el Delito, 2a. ed. Editorial HERMES, México, Buenos Aires, 1954.
11. LISZT Von Franz, Tratado de Derecho Penal T. III, Editorial REUS S.A. Madrid, 1929. Traducción de la 2a. edición alemana por Luis Jiménez de Asúa.
12. MAGIORE Giuseppe, Derecho Penal, V. II. 5a. ed., Editorial Temis, Bogotá, 1954. Traducción por el padre José Ortega T.
13. MANZINI Vincenzo, Tratado de Derecho Penal, TOMO 3, EDIAR Soc. Anón., Buenos Aires, 1949. Traducción de Santiago, Sentís Melendo.
14. MEZGER Edmundo, Tratado de Derecho Penal, T. II. Traducción de la 2a. ed., Alemana (1933) por José Arturo Rodríguez Muñoz, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1949.
15. NUÑEZ Ricardo C. Derecho Penal Argentino, T. II. Bibliográfica OMEBA, Buenos Aires, 1960.
16. PORTE PETIT CANDAUDAP Celestino, Apuntamientos de la Parte General del Derecho Penal, T. I. 5a. ed., Editorial PORRUA, S.A. México, 1980.
17. QUINTANO RIPOLLES Antonio, Compendio de Derecho Penal T. I. Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1959.

18. REINHART MAURACH, Tratado de Derecho Penal, T. II. Traducción por Juan Córdoba Roda, Ediciones Ariel, Barcelona, 1962.
19. SOLER Sebastián, Derecho Penal, Argentino, T. II, Tercera Reimpresión, TEA, Buenos Aires, 1956.
20. VILLALOBOS Ignacio, Dinámica del Delito, Editorial JUS México, 1959.
21. WELZEL Hans, Derecho Penal, parte general, Roque de -- Palma Editor, Buenos Aires, 1956. Traducción por Carlos Fontan Balestra.
22. ZAFFARONNI Eugenio Raúl, Teoría del Delito, EDIAR, Buenos Aires, 1973.

## FE DE ERRATAS

pag. 5, la cita número (5) no corresponde al párrafo segun do de esta página, sino al párrafo tercero de la página 6.  
pág. 6, reng. 12, dice, concibirlo, debe decir, concebirlo  
pág. 10, cita 9, dice, Derecjo, debe decir, Derecho.  
pág. 18, reng. 15, dice secto, debe decir, sector.  
pág. 31, cita 55, dice propimano, debe decir, propia mano  
pág. 40, reng. 2, dice, banera, debe decir, bañera.  
pág. 50, reng. 1, dice, coautor, debe decir autor.  
pág. 95, reng. 22, dice GUSEPPE, debe decir GIUSEPPE.  
pág. 159, reng. 9, dice, considerea, debe decir, considera.  
pág. 183, reng. 8 dice, demesitco, debe decir doméstico.