

FALLA DE ORIGEN
EN SU TOTALIDAD

438

2E3



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO

ESCUELA NACIONAL DE ESTUDIOS PROFESIONALES
ARAGON

**NECESIDAD DE INCLUIR LOS CON-
CEPTOS DE AUTOR Y PARTICIPE DEL
DELITO ANTE LA INADECUADA
APLICACION DEL ARTICULO 13
DEL CODIGO PENAL VIGENTE
EN EL DISTRITO FEDERAL**

T E S I S
QUE PARA OBTENER EL TITULO DE
LICENCIADO EN DERECHO
P R E S E N T A
MIGUEL ANGEL SANCHEZ ORTEGA

ENEP ARAGON SAN JUAN DE ARAGON, ESTADO DE MEXICO

1995

FALLA DE ORIGEN



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.

A LA UNIVERSIDAD NACIONAL
AUTONOMA DE MEXICO.

A MI ESCUELA Y
A LOS CATEDRATICOS QUE
IMPARTEN SUS SABIOS
CONOCIMIENTOS.

AL LIC. JOSE HERNANDEZ RODRIGUEZ
POR SU AYUDA Y CONOCIMIENTOS
PARA CONCLUIR ESTE TRABAJO.

A MI MADRE
SRA. ELVIRA ORTEGA HUERTA POR
LA MEJOR HERENCIA MI CARRERA
PROFESIONAL.

A CLAUDIA ROMERO POR SU
APOYO Y COMPRESION.

A MIS HERMANOS:
CARMEN, BEATRIZ Y LUIS
POR SU COMPRESION.

A MIS AMIGOS.

NECESIDAD DE INCLUIR LOS CONCEPTOS DE AUTOR Y PARTICIPE DEL DELITO, ANTE LA INADECUADA APLICACION DEL ARTICULO 13 DEL CODIGO PENAL VIGENTE EN EL DISTRITO FEDERAL.

INTRODUCCION

I

C A P I T U L O I

LA AUTORIA EN EL DELITO

A.- LA AUTORIA.	1
B.- UBICACION DE LA AUTORIA DEL AUTOR.	4
C.- CONCEPTO DE AUTOR.	
1.- EL CONCEPTO EXTENSIVO DE AUTOR.	5
2.- EL CONCEPTO RESTRICTIVO DE AUTOR.	6
3.- EL CONCEPTO FINALISTA DE AUTOR.	8
D.- LA CALIDAD DEL AUTOR.	8
1.- EN LOS DELITOS DE PROPIA MANO.	10
2.- EN LOS DELITOS ESPECIALES.	
E.- MODALIDADES DE LA AUTORIA.	12
1.- AUTORIA INMEDIATA.	
2.- COAUTORIA.	
3.- AUTORIA MEDIATA.	
4.- AUTORIA ACCESORIA.	
5.- AUTORIA INTELECTUAL.	
F.- AUTORIA INMEDIATA.	13
G.- LA COAUTORIA.	14
1.- LOS DISTINTOS CONCEPTOS.	
2.- LA COAUTORIA EN LOS DELITOS ESPECIALES Y EN LOS DELITOS DE PROPIA MANO.	16
3.- REQUISITOS ESENCIALES DE LA COAUTORIA.	16

4.-	LOS SECTORES PROBLEMATICOS DE LA COAUTORIA.	28
a.-	COAUTORIA SUCESIVA.	
b.-	COAUTORIA EN LOS DELITOS CULPOSOS.	30
c.-	COAUTORIA EN LA TENTATIVA.	32
d.-	EL EXCESO DEL COAUTOR.	33
e.-	COAUTORIA MEDIATA.	
H.-	LA AUTORIA ACCESORIA.	35
I.-	AUTORIA MEDIATA.	36
1.-	NATURALEZA DE LA AUTORIA MEDIATA.	
a.-	CONCEPTO.	
b.-	LA CALIDAD DEL SUJETO ACTIVO EN LA AUTORIA MEDIATA.	38
2.-	MODALIDADES DE LA AUTORIA MEDIATA.	39
a.-	AUTORIA MEDIATA EN EL ACTUAR ATIPICO DEL INSTRUMENTO.	
b.-	AUTORIA MEDIATA EN EL ACTUAR AJUSTADO A DERECHO DEL INSTRUMENTO.	41
3.-	CASOS LIMITES DE AUTORIA MEDIATA.	45
a.-	LA AUTORIA MEDIATA EN LA OMISION.	
b.-	LA TENTATIVA EN LA AUTORIA MEDIATA.	

C A P I T U L O I I

LA PARTICIPACION

A.-	CONCEPTO.	48
B.-	NOCIONES GENERALES DE LA PARTICIPACION.	49
1.-	TERMINOLOGIA.	
2.-	NATURALEZA.	
a.-	TEORIA ALEMANA DE LA ACCESORIEDAD.	
b.-	TEORIA DE LA CAUSALIDAD.	50

C.- PARTICIPACION NECESARIA.	52
1.- CONCEPTO.	
2.- NATURALEZA.	
3.- TERMINOLOGIA.	
4.- CONCURSO EVENTUAL EN EL DELITO PLURISUBJETIVO.	54
5.- PUNIBILIDAD DEL CONCURSO NECESARIO.	
D.- PARTICIPACION EVENTUAL O CAUSAL.	57
E.- REQUISITOS DE LA PARTICIPACION.	58
1.- UNIDAD DEL DELITO.	59
2.- PLURALIDAD DE SUJETOS.	63
3.- PLURALIDAD DE CONDUCTAS.	65
4.- VOLUNTAD DE INTERVENIR EN LA REALIZACION DEL DELITO.	66

C A P I T U L O I I I

FORMAS DE PARTICIPACION

A.- PARTICIPACION EN LA TENTATIVA.	68
1.- EL DESISTIMIENTO Y ARREPENTIMIENTO DEL PARTICIPE.	
2.- EL DESISTIMIENTO Y ARREPENTIMIENTO DEL AUTOR EN LA PARTICIPACION.	70
B.- EL CARACTER DOLOSO DE LA PARTICIPACION.	71
1.- LA PARTICIPACION EN LOS DELITOS CULPOSOS.	72
2.- CONCURRENCIA DE DOLO Y CULPA EN LA PARTICIPACION.	73
3.- EL EXCESO EN LA PARTICIPACION.	
C.- LA PARTICIPACION EN CADENA.	74
D.- CONCURRENCIA DE FORMAS DE PARTICIPACION.	75
E.- PARTICIPACION EN LOS DELITOS ESPECIALES.	
F.- LA ACCESORIEDAD DE LA PARTICIPACION.	76

G.-	COMUNICABILIDAD DE LAS CIRCUNSTANCIAS.	81
1.-	LA COMUNICABILIDAD DE LAS CIRCUNSTANCIAS Y LOS TIPOS AUTONOMOS.	
2.-	INFLUENCIA DEL ARTICULO 54 DEL CODIGO PENAL EN LA COAUTORIA Y AUTORIA MEDIATA.	83
3.-	LA COMUNICABILIDAD DE LAS CIRCUNSTANCIAS EN LA LEGISLACION PENAL MEXICANA.	89
a.-	CUALIDADES Y RELACIONES PERSONALES QUE AGRAVAN Y ATENUAN LA PENA.	
b.-	LAS CIRCUNSTANCIAS OBJETIVAS Y SUBJETIVAS QUE AUMENTAN O DISMINUYEN LA PUNIBILIDAD.	90
H.-	LA INSTIGACION.	93
1.-	CONCEPTO.	
2.-	LA ACCION DEL INSTIGADOR.	94
3.-	EL DOLO DEL INSTIGADOR.	
a.-	LA CONCIENCIA DE LA ACCION DE LA INSTIGACION.	95
b.-	EL CONOCIMIENTO DE LOS ELEMENTOS DE LA FIGURA DELICTIVA.	
c.-	LA VOLUNTAD DE CONSUMACION.	
4.-	EL AGENTE PROVOCADOR.	96
5.-	LA ACCION DEL INSTIGADO.	98
a.-	EL EXCESO CUANTITATIVO.	98
b.-	EL EXCESO CUALITATIVO.	101
c.-	LA PUNIBILIDAD DEL INSTIGADOR.	
I.-	LA COMPLICIDAD.	102
1.-	CONCEPTO.	
2.-	LA CONDUCTA DEL COMPLICE.	103
J.-	FORMAS COMISIVAS DE LA COMPLICIDAD.	104
1.-	EL DOLO DEL COMPLICE.	107
a.-	CONOCIMIENTO DE LOS ELEMENTOS DE LA FIGURA DELICTIVA.	
b.-	VOLUNTAD DE CONSUMACION.	108
c.-	EL EXCESO CUANTITATIVO Y CUALITATIVO.	109
2.-	COMPLICIDAD NEGATIVA O CONNIVENCIA.	110
3.-	PUNIBILIDAD DEL COMPLICE.	111

C A P I T U L O I V

LA PARTICIPACION EN LA LEGISLACION PENAL MEXICANA

A.- LA PARTICIPACION EN LOS DIVERSOS CODIGOS.	112
1.- EN EL CODIGO PENAL DE 1871.	
2.- EN EL CODIGO PENAL DE 1929.	114
3.- EN EL CODIGO PENAL DE 1931.	115
B.- LA AUTORIA Y LA PARTICIPACION EN EL CODIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL.	116
1.- ANALISIS DEL ARTICULO 13 DEL CODIGO PENAL VIGENTE.	123
2.- ANALISIS DEL ARTICULO 14 DEL CODIGO PENAL VIGENTE.	124
3.- ANALISIS DEL ARTICULO 54 DEL CODIGO PENAL VIGENTE.	127
4.- ANALISIS DEL ARTICULO 64 BIS DEL CODIGO PENAL VIGENTE.	129
5.- ANALISIS DEL ARTICULO 122 DEL CODIGO DE PROCEDIMIENTOS PENALES PARA EL DISTRITO FEDERAL.	130
6.- LA PARTICIPACION EN LOS CODIGOS PENALES DE LOS ESTADOS.	133
 CONCLUSIONES.	 139
 BIBLIOGRAFIA.	 142

NECESIDAD DE INCLUIR LOS CONCEPTOS DE AUTOR Y PARTICIPE DEL
DELITO, ANTE LA INADECUADA APLICACION DEL ARTICULO 13 DEL CODIGO
PENAL VIGENTE EN EL DISTRITO FEDERAL.

MIGUEL ANGEL SANCHEZ ORTEGA.

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

El presente trabajo gira en torno al sujeto activo del delito, a aquél que interviene en la comisión de un ilícito como autor, instigador o cómplice. De ahí que la trascendencia de este tema, 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 de nuestro Código Penal, están configuradas de tal manera que solo pueden ser realizadas por un solo hombre. Aquí nos encontramos ante el primer rango en la esfera personal criminal: la autoría, cuyas modalidades conforme al parecer dominante, son: autoría inmediata, cosutoría, autoría mediata y autoría accesoria. Ahora bien si en la perpetración de un evento delictivo intervienen otro u otros sujetos además del autor, se configura la participación propia o causal. Considerada esta como la eventual 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 solo conforme a la doctrina dominante, como formas de participación a la instigación y a la complicidad.

Hasta aquí, el tema central de este trabajo, 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 de mi carrera. A efecto en el estudio analizamos: en primer término la autoría, su concepto, nociones generales y cada una de sus modalidades. Posteriormente, el concepto, nociones generales y requisitos de la 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 de nuestra legislación.

Se ha procurado presentar el tema de estudio, dentro de un enfoque sustantivo en forma sintetizada, relacionando en lo posible los postulados doctrinales con el aspecto legal; específicamente con los artículos 13, 14 y 54 de nuestro Código Penal; ya que en estos numerales se encuentran contenidos las normas generales sobre autoría y participación.

Finalmente, se espera que el estudio de este trabajo, además de tratar de proporcionar una información elemental general sobre el autor y el partícipe, permita al estudioso del derecho, 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, para culminar este trabajo con las conclusiones en las que figuran algunas propuestas que a nuestro juicio pueden mejorar la administración de justicia en nuestro sistema penal mexicano.

CAPITULO I

LA AUTORIA EN EL DELITO.

- A.- LA AUTORIA.
- B.- UBICACION DE LA AUTORIA DEL AUTOR.
- C.- CONCEPTO DE AUTOR.
- D.- LA CALIDAD DEL AUTOR.
- E.- MODALIDADES DE LA AUTORIA.
- F.- AUTORIA INMEDIATA.
- G.- LA COAUTORIA.
- H.- LA AUTORIA ACCESORIA.
- I.- AUTORIA MEDIATA.

CAPITULO I

A.- LA AUTORIA

A.- La mayoría de las normas de la parte especial del Código Penal, al describir las acciones u omisiones delictivas o además según el caso, los elementos normativos subjetivos o ambos los vincula a una sanción penal, la cual se dirige a quien perpetre el tipo respectivo; esto es al autor que con su acción u omisión realice los elementos de la figura delictiva. Por ello, se plantea el problema de hasta que punto pueden ser inculcados sujetos cuyas conductas han sido casualmente eficientes para la producción de dicho evento delictivo pero que como tales, no están tipificadas -quien instiga a otro a cometer un fraude, no es todavía el sujeto que ha engañado o ha aprovechado del error en el sentido del artículo 386 del Código Penal vigente, así como no se ha apoderado de una cosa ajena mueble, el que hace de vigía, en tanto que otros realizan la conducta de apoderamiento descrita en el tipo de Robo- tal situación encuentra su solución no en las normas de la parte especial, que describen el delito, y establecen una pena para quien los realiza, sino en las normas sobre participación previstas en la parte general (artículos 13, 14 y 54) del ordenamiento punitivo señalado. (1)

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 mas controvertidos en doctrina y de los mas desiguales en la legislación 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 reducción del

(1) Maurach, Reinhart. Tratado de Derecho Penal. Tomo II. Traducción de Juan Córdova Roda, Ediciones Ariel, Barcelona 1982, pág. 289 y sigs. Bettiol Giuseppe, Derecho Penal Parte General, Ediciones Témis, Bogotá 1965, págs. 498 y 499. Zaffaronni E. R., Tratado de Derecho Penal, Tomo IV, Editorial Ediar, Buenos Aires 1982, pág. 287 y sigs.

en el ámbito su participación eventual o contingente especialmente lo que se refiere a la instigación. Respecto de esta el juicio se bifurca. Así la instigación constituye para algunos tratadistas una forma de participación para otros una modalidad de la autoría. En este sentido ROSSI, al abordar el estudio del concurso de personas en el delito, distinguió a los concurrentes en dos categorías: codefines y cómplices. Dividió a la codefincuencia en tres formas, señalando en la primera, la de los provocadores directos, los autores de la resolución criminal que, sin intervenir en la ejecución, del delito, han sido causa de que otros lo ejecuten. (2)

Aún en la actualidad, parte de la doctrina postula el criterio de distinción entre autoría y complicidad considerando al instigador dentro del primer grupo; basando su afirmación en el siguiente razonamiento: la determinación no es participación, queda fuera de ella; el instigador concibe y planea el delito determinando dolosamente a ejecutarlo; no participa sino que es el autor intelectual del delito. La única forma de participación es la complicidad. Posición contraria, sostiene la doctrina alemana, que fiel al principio de la accesoria, quizá con razón ve en el instigador a un partícipe. Así MAURACH señala que: "participación es la libre y dolosa cooperación en el delito doloso de otro. Esta definición permite separar aquellas formas de cooperación criminal, que restan fuera de la esfera aquí y reconocer tan solo como formas de participación a la instigación y la complicidad". (3) Para MEZGER "el fundamento de tan especial valoración como forma de participación en el acto punible ajeno yace en el primer requisito exigido por la instigación: en hacer surgir en otra persona la resolución de cometer el hecho". (4)

La participación según la Escuela Clásica de Rossi

(2) Citado por Florian Eugenio, Derecho Penal, Parte General Tomo II, librería la propagandista, 1929, pág. 13

(3) Ob. Cit. Maurach Reinhart, Pág. 350

(4) Mezger, Edmundo, Tratado de Derecho Penal, Tomo II, Traducción de José Rodríguez Muñoz, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1949, págs. 309 y 310.

I. AUTORIA (latu sensu)

- a) Autoría inmediata
- b) Autoría mediata

Participación
(latu sensu)

- c) Coautoría
- d) Autoría intelectual

II. PARTICIPACION
(estricto sensu)

- a) Complicidad

La Teoría de la Participación según la Doctrina Actual

AUTORIA

- a) Autoría inmediata
- b) Coautoría
- c) Autoría mediata

LA PARTICIPACION
EVENTAL O CONTINGENTE

- a) Instigación
- b) Complicidad

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

B.- UBICACION DE LA TEORIA DEL AUTOR

Respecto del sitio que corresponde a la teoría del autor, se derivan dos corrientes:

a) La doctrina dominante trata a la autoría en el marco de la participación como una de las formas de aparición del delito.

b) Para otro sector doctrinario la teoría del autor constituye el centro personal de acción del injusto, correspondiendo, por tanto, su estudio a la Teoría del Injusto.

Por consiguiente si bien es cierto que una acción u omisión es antijurídica solo 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 la existencia del delito el sujeto debe haber recorrido un camino *iter criminis*, para concebirlo, resolver su ejecución, comenzarla y finalmente ejecutarla debiendo por esta razón ubicarse al estudio del autor en las formas de aparición del delito.

C.- 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.- Los creadores de este concepto, parten del principio que la conducta del autor y del partícipe tienen como circunstancia común, la causación del resultado al encontrar la noción extensiva el fundamento de toda responsabilidad jurídico-penal, en el valor causal de la acción respecto de un delito y no en las características de su estructura formal, llega a la consecuencia de que 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 solo 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. (5)

Al respecto debe señalarse que 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 por lo cual el rechazo del concepto extensivo del 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 solo podrán ser sometidos a responsabilidad penal debido a las normas sobre participación penal previstas en la parte general del Código Penal. (6)

2.- El concepto restrictivo de autor.- Se aborda desde dos puntos de vista doctrinarios, basados en la conducta o hecho descritos por la norma: a) el tipo legal y b) el concepto finalista de acción.

a) La autoría como parte del tipo penal, se basa en los tipos, de tal manera que será autor quien lleva a cabo la conducta o hechos tipificados, reduciéndose la noción de autor a la concreta y exclusiva adecuación al tipo. Ya que sólo una acción u omisión causales dan lugar a la autoría; instigación y complicidad vienen a ser procesos extratípicos de causación y favorecimiento que al quedar fuera de la tipicidad deben quedar libres de toda pena, en razón del principio de legalidad sino fueran incluidos dentro de la eficacia penal de los tipos de la parte especial por las normas de la parte general, que adquieren el carácter de

(5) Ob. cit. Bettiol, Giuseppe, pág. 494.

(6) Ob. cit. Maurach, Reinhart, pág. 304 y sigs.

normas extensivas de la punibilidad, ya que amplían la esfera de la conminación penal de la parte especial a comportamientos que por sí mismos no se aducían a un tipo concreto. Al respecto BETTIOL señala que: "Autor es el que realiza 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". (7)

Al respecto, habremos de señalar que 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 esta se vera vinculada a las dos especies de autoría dolosa o 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.

La Teoría Formal Objetiva de la Participación, finca y sostiene su criterio de distinción entre autor y partícipe exclusivamente en el aporte material desplegado por el sujeto en la comisión del evento delictivo, pasando por alto los casos en que el sujeto aun cuando no desplegó una conducta estrictamente establecida por el injusto penal, indiscutiblemente con su acción favoreció decididamente en la perpetración del mismo, pero que al no haber realizado una conducta típica no puede ser castigado como autor, en tal caso el sujeto debe ser considerado como coautor, autor mediato, etc; y como lo sostiene ZAFFARONNI, la Teoría debe acudir a la ampliación del verbo típico, lo que implica solo renuncia a la aplicación de criterios precisos de limitación.

3.- El Concepto Finalista de Autor.- Se obtiene de las resoluciones fundamentales del concepto final de acción y del concepto de injusto personal, ya que se ubica al concepto de autor en la teoría del injusto, siendo el centro personal de la conducta antijurídica. (8) Desprendiéndose que el contenido de la autoría debe ser enjuiciado de modo diverso en los delitos dolosos y culposos.

(7) Ob. cit. Bettiol, Guisepppe, pág. 495.

(8) Ob. cit. Welzel, pág. 105.

a).- El Autor del Delito Culposo.- 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)". (9) En los delitos dolosos la voluntad 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 consecuencia de su error sobre el proceso causal, la actuación de esa voluntad objetivamente errada será causal para el resultado típico; faltándole la característica del dominio del acto que tienen los delitos dolosos.

El autor del delito culposo, causa un resultado típico al violar un deber de cuidado que le incumbe, representando un factor accidental de causalidad; y en consecuencia esta conducta no puede encuadrar dentro de la teoría de la participación. Considerando a ZAFFARONNI, el fundamento de la responsabilidad del autor culposo, radica en causación del resultado típico por la violación al deber de cuidado que le incumbe por lo cual su conducta no puede servir de base a una teoría de la participación pues la fundamentación de la autoría del agente culposos en la causación, conduce a la consideración que toda intervención en el proceso causal es autoría. (10) Deduciéndose que el autor del delito culposo será siempre autor único; no importa que hayan intervenido varios sujetos, cada uno será tratado como si el solo hubiera causado el resultado, aún cuando 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). (11)

b).- El Autor del Delito Doloso.- Según REINHART MAURACH: "el delito doloso se caracteriza por el ininterrumpido paralelismo entre la voluntad rectora final y el proceso causal dirigido al resultado;" por lo que "autor del delito doloso no 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". (12)

(9) Ob. cit. Maurach, pág. 307.

(10) Ob. cit. Zafaronni, pág. 629.

(11) Ob. cit. Maurach, Reinhart. pág. 308.

(12) Ob. cit. Maurach, Reinhart. págs. 308 y 309.

Con otras palabras el señorío del acto lo tiene todo sujeto que se encuentre en la situación real por el percibida, de dejar correr, detener o interrumpir la realización del tipo. 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 hallará 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.

Partiendo de ello, para la diferenciación de la pena, el dominio del hecho, resulta un adecuado criterio diferenciador que de no precisarse adecuadamente nos llevaría a confusiones, en el sentido de que no debe identificarse el dominio del acto con el dolo, porque también con dolo se conducen los partícipes (instigador y cómplice). Por lo que el dolo que configura el dominio del hecho en el delito de intervención individual, no así en los delitos de intervención plurisubjetivo ya que el dolo es más extenso que el dominio del acto que solo poseen los autores.

D.- LA CALIDAD DEL AUTOR

La mayoría de los tipos de la parte especial del Código Penal están formulados de tal manera que cualquier sujeto puede ser autor de un delito, por excepción existen tipos que solo pueden ser perpetrados por diversas personas a esta categoría pertenecen los delitos de propia mano y los delitos especiales, en estos la posibilidad de la autoría se circunscribe a la esfera de las personas que reúnan las calidades requeridas por el tipo es decir, "autores idóneos". De ello se colige que quien no posea dicha calidad, nunca podrá ser autor de esas figuras delictivas, respecto de ellos quedan excluidas las modalidades de la autoría (autoría inmediata, coautoría, autoría mediata y autoría accesoria), la participación en sus formas instigación y complicidad es posible sin limitación alguna pues como el partícipe interviene en la realización de un delito ajeno, no tiene por que revestir la calidad de autor.

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 este problema son los siguientes: a) El tercero que intervenga aparentemente como coautor o autor mediato en un delito especial o de propia 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, rompiendo la sustantividad 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 fraude según las características objetivas de la infracción" (13)

b) Para EDMUNDO MEZGER, "autor y coautor del delito especial sólo pueden serlo las personas calificadas (intraneus), el sujeto no cualificado (extraneus) que participa 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." (14)

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, al no estar en situación de realizar la conducta o hechos descritos como delito no podrán ser autores, pudiendo ser sólo 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. (15)

(13) Quintano Ripolles, Antonio, Compendio de Derecho Penal, Vol. I, Editorial revista de Derecho Privado, Madrid, 1958.

(14) Ob. cit. Maurach, Reinhart, págs. 280 y 307.

(15) Ibidem.

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 es considerado un delito de propia mano, quedando por tanto el inductor, en caso de que no existiera un tipo (artículo 247 fracción III del Código Penal), que específicamente sanciona esa conducta libre de toda pena.

1.- Los Delitos de Propia Mano.- Los delitos de propia mano, son aquellos en que la ley parece exigir que la conducta para ser típica y por ello punible, debe ser ejecutada por el autor en persona. Al respecto Maurach, dice "determinados tipos, por razón de su injusto, están necesariamente formulados de tal modo que autor solo puede ser quién este en situación de ejecutar inmediata y corporalmente la acción prohibida". (16)

Los delitos de propia mano, según este autor son de mera conducta; en ellos el resultado es totalmente indiferente para el derecho, basando el desvalor de la acción en la circunstancia de que la ejecución de la acción típica esta prohibida precisamente al autor (el incesto, difamación) de ello se desprende la imposibilidad de la intervención de extraños como coautores ni como autores mediatos. La participación estricto sensu es perfectamente posible, los partícipes quedaran sujetos 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 exigirsele la calidad de autor solo por excepción pudiera requerirse a la aportación del cómplice la calidad de propia mano; (17) perteneciendo a este grupo, los delitos denominados delicta carnis, la difamación 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, como lo es el tipo que prevé la desertión.

(16) Maurach, Reinhart. Tratado Derecho Penal, Tomo I, Editorial Ariel, Barcelona, 1982, pág. 289.

(17) Ob. cit. Maurach, Reinhart. pág. 312.

La cuestión acerca de los mal denominados "Delitos sexuales", siendo la mas debatida, para algunos doctrinarios como son: HELLMUTH MEYER; los delicta carnis estan creados pensando en la autorealización, quedando excluida la autoría mediata; (18) para HANZ WELZEL, el fundamento de la pena de los delitos carnales es el "acto carnal impuro como tal" por ello solo admiten la realización personal; (19) según SEBASTIAN SOLER, debemos tomar en consideración las características del tipo, naturaleza y bien jurídico tutelado, para determinar si se trata de un delito de propia mano como en el adulterio, el análisis del tipo nos muestra su naturaleza eminentemente subjetiva consistente en la violación de la fe conyugal a lo que solo por el cónyuge y conscientemente puede hacerse; (20) posición contraria sostiene EDMUNDO MEZGER, para el los delicta carnis como son adulterio, incesto, y otros delitos análogos contra la honestidad los cuales pueden cometerse por otro de tal afirmación, se colige que los delitos carnis no son delitos de propia mano. (21)

En lo tocante a la violación no existe una opinión uniforme en torno al carácter de propia mano de este delito, ya que conforme al artículo 265 del Código Penal dicho ilícito esta constituido por dos actos: fuerza física o moral y yacimiento, pudiendo ser aplicada la fuerza por un sujeto distinto al que realiza la cópula, de ahí que se acepte que una mujer pueda ser autor mediato del delito en mención. Para EUGENIO ZAFFARONNI, el delito de violación constituye un tipo de autoría de propia mano por tanto, los supuestos en que un sujeto se sirva de otros para cometer una violación si se prevé un caso de autoría típicamente independiente. (22)

De todo lo anterior podemos determinar que los delitos de propia mano si pueden ser perpetrados por sujetos distintos a los estrictamente señalados por la descripción legal la punibilidad deberá ser acorde a la conducta desplegada por cada uno de los sujetos sin perder, de vista el bien jurídicamente tutelado y las condiciones en las cuales se ejecuto el tipo.

(18) Ob. cit. Mezger, Edmundo, Tomo I pag. 288.

(19) Welzel, Hanz. Derecho Penal, parte general. Ediciones Roque de Palma, Buenos Aries, 1982, pag. 112.

(20) Soler, Sebastian. Derecho Penal Argentino, Tomo II, 3a Edición, Editorial Tea, Buenos aires, 1958, pag. 263.

(21) Ob. cit. Mezger, Edmundo, Tomo II, pag. 288 y 289.

(22) Cfr. Zaffaronni, Eugenio. pag 839 y 842.

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 tipo no es posible deduciéndose:

a) Que el círculo de los sujetos que pueden ser autores de un delito especial, se circunscribe a aquéllos que reúnen la calidad exigida, puesto que de lo contrario no se es autor de ese delito, en virtud de que su conducta le faltaría un elemento típico. El que no es funcionario no puede ser autor de un delito propio de funcionario. Quien no es pariente no puede ser autor del tipo penal previsto y sancionado en el artículo 323 de la ley sustantiva.

b) En los casos 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 por consiguiente, la participación eventual, (instigación y complicidad) en los delitos especiales es indudablemente posible, debiendo ser incriminados conforme a las reglas sobre participación; la razón de la punibilidad del partícipe radica en la causación o favorecimiento del delito ajeno, y por lo cual no hay por que exigirse 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 determinada conducta personal, sino la comisión del delito por la persona que reviste la calidad típica requerida por lo cual esta, puede servirse de otra como instrumento a un cuando no se reuna tal calidad de acuerdo con la ley. (23)

E.- MODALIDADES DE LA AUTORIA

Las diversas modalidades de la autoría son:

1.- Autoría inmediata o de propia mano, regulada por la fracción II del artículo 13 del Código Penal. "Constituye el tácito punto de partida de la ley, al que esta referido el texto de los particulares tipos". (24)

(23) Ob. cit. Mezger, pág. 287.

(24) Ob. cit. Maurach, Reinhart, pág. 309.

2.- Coautoría, prevista por la ley, en el artículo 13 del Código Penal, contempla este precepto la consciente y voluntaria realización conjunta del delito sobre la base de una resolución común.

3.- Autoría mediata, se encuentra regulada en el artículo 13 fracción IV del Código Penal, se trata en esta modalidad de aquellos casos en que el autor se sirve de un instrumento para la realización del delito.

4.- Autoría accesoría, es un supuesto no regulado expresamente por el Código Penal, sino abandonado al derecho consuetudinario, consistente en la accidental y espontánea cooperación dolosa de varios sujetos para la consecución de un mismo delito sin que medie el conocimiento del aporte común. (25)

F.- AUTORIA INMEDIATA.

La autoría inmediata (autoría única o simple), "constituye el tácito punto de partida de la ley, al que esta referido el texto de los particulares tipos".(26)

Como es sabido el tipo "es una conducta o hecho descritos por la norma que en ocasiones esa mera descripción objetiva contiene elementos normativos o subjetivos del injusto o ambos". (27)

(25)Welzel, Hanz. Derecho Penal, parte general Edición Roque de Palma, Buenos Aires, pág.117. Ob. cit. Maurach, Reinhart, pág. 348

(26)Ob. cit. Maurach Reinhart, pág. 308.

(27)Porte Petit Candaudap, Celestino. Apuntamientos de la parte general de Derecho Penal. 5a. edición, editorial Porrúa, S.A. México 1980, págs. 423 y 424.

Pues bien, para construir el concepto de autor inmediato debe partirse de la concreta adecuación al tipo penal, la realización de los elementos típicos, sin olvidar que el ser autor de una conducta típica, no significa ya desde el punto de vista jurídico ser autor de un delito, por lo cual el sujeto debe además realizar los restantes elementos que integran la figura delictiva, ya que el tipo está constituido por varios elementos; por esto, el concepto que se de autor inmediato debe ser en sentido de que es aquel que realiza culpablemente, por sí mismo, la conducta o hechos expresados por la figura delictiva, esto es que autor inmediato es quien en forma corporal e inmediata realiza los elementos de la figura delictiva y posee además las características personales de autor exigidas por el tipo respectivo.

G.- COAUTORIA

1.- Los Distintos Conceptos.- Coautoria, es la consciente 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 a causado el resultado ".(28) Según SOLER, "la coautoria se caracteriza, por que su acción y responsabilidad no dependen de la acción o responsabilidad de otros sujetos, verdadero coautor es aquel que sigue siendo autor aun cuando hipotéticamente se suprima otra participación".(29) Para JIMENEZ DE ASUA, "el coautor no es mas que un autor que coopera con otro u otros autores. Si suprimiéramos la existencia de otros colaboradores seguiria siendo autor, porque realizó actos típicos y consumativos .(30)

(28)Ob. cit. Mezger, Edmundo. pág.289.

(29)Soler, Sebastian. Derecho Penal Argentino. Tomo II editorial Tea, Buenos Aires 1956, pág. 264.

(30)Jiménez de Asúa. La ley y el delito, editorial Hermes. México, 1954, pág 544.

Para LISZT, "coautor es además, aquel que en colaboración conciente con otros, a acabado el acto de ejecución". (31) 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 coactivo al acto que en realidad consume la respectiva violación de la ley". (32) Para ZAFFARONNI, "hay coautoría cuando dos o mas participantes llevan a cabo la realización típica en forma tal que cada uno de ellos aisladamente ejecuta la acción típica en su totalidad y ambos reúnen los requisitos típicos necesarios para ser autores". (33) Para WELZEL, "la coautoría es autoría cuya particularidad consiste en que el dominio del hecho unitario es común a varias personas". (34) Según MAURACH, "coautoría es el cooperar querido, conciente y con división del trabajo, de varios autores para la consecución del mismo resultado típico". (35)

Como vemos no existe uniformidad en los lineamientos que siguen los autores para configurar el concepto de coautoría, ya que las diferentes concepciones aportadas llevadas a la práctica, producen consecuencias del todo distintas perfilándose una contraposición entre el concepto causal y final de la acción. Por lo que deberá distinguirse la importancia que en la coautoría tienen los vocablos "ejecución del hecho" y "acto consumativo", en virtud de que según se tome como base uno u otro 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?. Parte de la doctrina sostiene que, "ejecución" ha de entenderse en un sentido técnico como realización de una conducta típica. (36) 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 si supone una cooperación para que el se ejecute.

(31) Liszt. Tratado de Derecho Penal, Tomo III, editorial Reus, Madrid 1929. págs. 82 y 83.

(32) Carrara, Programa de Derecho Criminal, parte general, Vol. I, Ed. Temis, Bogotá 1958, pág. 314.

(33) Ob. cit. Zaffaronni, Edmundo, pág. 848.

(34) Ob. cit. Welzel Hanz, pág. 113.

(35) Ob. cit. Maurach, Reinhart, pág. 331.

(36) Ob. cit. Welzel Hanz, pág. 114.

Tal concepto absorbe de todas las conductas que directamente realizan el delito mediante actos ejecutivos principales o secundarios'.(37)

De lo anterior se colige las siguientes consecuencias: si coautoría es cooperación para que el delito se ejecute, son coautores del delito de homicidio los que lo consuman disparándole a la víctima, los que infieren las lesiones que producen su muerte y los que actúan sobre esta impidiendo o debilitando su defensa; en violación, el que tuvo yacimiento y el que ejerció violencia sobre la mujer. Si la coautoría se circunscribe al último acto consecutivo son coautores sólo quienes dispararon la bala o infirieron las lesiones que produjeron la muerte del pasivo del homicidio o bien sólo aquel que realizó el acceso carnal.

Ahora bien, si el primer criterio aún cuando es más exacto en su fundamento, no debe conducirnos al extremo de sostener que los delitos especiales pueden ser coautores las personas no calificadas que tomando parte en la ejecución del hecho, no realicen el acto consumativo, el cual siempre debe estar a cargo de una persona de acuerdo con la ley, pues de lo contrario se destruiría el concepto de delito especial; ni tampoco debe extenderse 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 cómplices que si bien su aporte pudo haber sido de relevancia para la realización del delito y por ello merecer una penalidad mayor; no existe base legal para sostener en estos actos la coautoría, ya que ésta es ejecución conjunta, y complicidad es ayuda o auxilio para la ejecución.(37)

2.- La Coautoría en los delitos especiales y en los 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 descrito por el tipo respectivo de ello se infiere que:

(37) Nuñez Ricardo, Derecho Penal, Tomo II, editorial Omeba, Buenos Aires 1960, págs. 284 y 285.

(38) Idem

En los delitos especiales solo puede ser coautor quien reúna la calidad de autor exigida por el tipo v. gr. en los delitos de funcionario o servidor público; en estos coautor de una evasión fiscal solo puede serlo el obligado al pago de los tributos; coautor del tipo penal previsto en el artículo 323 del Código Penal, solo puede serlo otro pariente ya que el sujeto no calificado responderá a título diverso cuando se trata de un delito generalmente punible (el que conjuntamente con el descendiente priva de la vida al ascendiente de éste responderá por homicidio, la problemática surge tratándose de los delitos especiales en sentido estricto puesto que al formar la calidad de autor un elemento constitutivo del delito, no podrá sancionarse a quien aparentemente intervino como coautor, pudiendo solo ser sometido a la 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 esta conducta quedará libre de toda pena. (39)

En los delitos de propia mano, respecto de la admisión de la coautoría no existe unanimidad en la doctrina. Para EDMUNDO MEZGER, "la coautoría queda excluida en los delitos de propia mano, en razón de que al requerir estos una realización personal del tipo, excluyen la realización en común, que es el presupuesto constitutivo de la coautoría". (40).

El sector doctrinario que ésta 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 autor realice por sí mismo la conducta punible. (41)

Aquí, vuelve 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

(39) Ob. cit. Maurach Reinhart, pág. 290.

(40) Ob. cit. Mezger Edmundo, pág. 290.

(41) Obs. cit. Maurach Reinhart, pág. 331, Welzel Hanz, pág. 117.

independientemente 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. En contraposición ZAFFARONNI, afirma que "en estos delitos el aporte no es intercambiable de modo que, aunque el que ejerza la violencia efectuó un aporte indispensable siempre será cómplice primario pero nunca autor."

Con tal postura, el autor en cita, se olvida que desde el momento en que el sujeto a realizado por sí un elemento típico nunca podrá invocar la calidad de cómplice debiéndose señalar que la complicidad implica un auxilio al autor o autores no a la realización del delito.

3.- **Requisitos Esenciales de la Coautoría.**- La coautoría requiere como caracteres constitutivos: el conocimiento de los elementos del tipo delictivo y la conciencia de cooperación con otros autores, ya que la conjunción de estos requisitos caracteriza a cada uno de los participantes como coautor del delito, puesto que la falta de conocimiento de los elementos del delito o de la cooperación en común, hará imposible el concepto de autor configurándose otra forma de intervención, de ellos se deduce que: a) La coautoría, requiere como elemento constitutivo la voluntaria cooperación de varios sujetos, en los tipos que en abstracto pueden perpetrarse por un solo sujeto. Quedando excluido de la coautoría los supuestos en los que la descripción típica prevé la intervención de dos o mas personas, a estos casos la doctrina los ha denominado participación necesaria.

b) Coautoría presupone consciente cooperación en común ello significa el conocimiento reciproco o tácito de la "realización conjunta del delito", llevado a cabo sobre la base de una "conjunta resolución".

El vínculo de voluntad entre los varios participantes constituye un requisito esencial ya que si entre los varios cooperadores en la producción del mismo resultado, tan solo un posee el conocimiento de los elementos de la figura delictiva, o bien, solo uno de ellos conoce la resolución del otro dirigida a la comisión del delito; puede ser responsable como único 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 que C al igual que él, persigue el mismo fin, pero con una dosis tal de veneno que la muerte de B se

produce 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, así mismo 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 conciencia de cooperación en común es decir que ninguno de los sujetos tuviera el conocimiento de la conducta o hecho del otro, se verificaría una autoría accesoria, y en ambos tentativa de homicidio. (42)

Como la coautoría es una cooperación conjunta a la realización del delito y no al coautor o coautores, el nexo de voluntades existente entre los participantes, afecta la comunidad del ilícito, 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 deoa preocuparse por la personalidad del que actúa de modo paralelo". (43) El entendimiento recíproco puede ser expreso tácito, o por omisión de una manifestación ordenada 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 (coautoría sucesiva) (44).

Si como veremos, la participación en sentido estricto exige como requisito la identidad del delito, en la Coautoría no sucede así; según MAURACH, "para la comunidad de la cooperación basta con que esta se dirija a tipos penales análogos, sin que la apreciación de coautoría resulte obstaculizada por la circunstancia de que cada uno de los coautores puede 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". (45) De ahí que exista coautoría en los siguientes casos: cuando la conducta de un participante cumple el tipo de robo y la del otro la de la violencia moral.

(42) Ob. cit. Maurach Reinhart, págs. 332.

(43) Ibidem pág. 333

(44) Ob. cit. Mezger, pág. 292.

(45) Ob. cit. Maurach Reinhart, pág. 333.

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 de lo anterior, la mera resolución conjunta del delito, puede constituir un tipo autónomo. Así en nuestro derecho la simple asociación determina la existencia de un delito (artículo 164 del Código Penal). Es más, dicho ordenamiento prevé como regla general el solo acuerdo (artículo 13 fracción I).

4.- Realización conjunta del delito.- La coautoría está constituida por dos elementos el subjetivo, consistente en la resolución conjunta del delito ó entendimiento recíproco y la objetivización de esa resolución, por la conjunta realización del delito. Esta característica objetiva de la coautoría, sirve para distinguir de aquellos modos de cooperación que no radican en la ejecución del delito, sino tan sólo en el auxilio o ayuda en la realización. La discrepancia en torno a lo que debe entenderse por realización conjunta ha constituido uno de los puntos conflictivos de la parte general del derecho penal perfilándose las siguientes teorías:

a).- Teorías objetivas de la participación.- Que a su vez se subdividen en:

Teoría Formal Objetiva. Para la cual la "realización" debe entenderse en sentido técnico, como realización de una conducta típica, 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, concediendo mínima importancia al elemento subjetivo, a la voluntad del autor el en 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 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. (46) Dentro de estos supuestos incluye MAURACH, ciertos casos de coautoría por división del

(46) Ob. cit. Maurach, pág. 345.

trabajo; v.gr. al jefe de la banda que dirige el atraco planeándolo y controlándolo, no podía castigarlo como autor sino solo como cómplice, desde el momento en que éste dejó a sus "cómplices" la cuestión del propio atraco sin intervenir directamente en él. (47)

"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 conminan la pena para el delito a 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 la teoría general de la causalidad: entre causa y condición. Así BIRKMEYER, sostuvo que el autor pone la causa en la producción del resultado en tanto que el partícipe pone una simple condición. (48)

Las teorías objetivas materiales se caracterizan por vincular el valor de la conducta o hecho perpetrados en cada caso concreto con el bien jurídico concreto. Distinguiendo como propias del autor la conducta representativa de una agresión inmediata y potente, mientras que las conductas que constituyen un ataque indirecto de menor intensidad 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. (49)

b.- Teorías Subjetivas de la participación.- 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 ésta teoría, creada por KOSTIN y moldeada en forma determinante para la práctica por VON BURI. (50) Quién tomado en consideración el aporte de los distintos intervinientes en la causación del resultado, sin distinguir entre causa y condición llega a la conclusión de

(47) Ob. cit. Maurach Reinhart, pág. 335.

(48) Ob. cit. Mezger, pág. 320.

(49) Idem.

(50) Ob. cit. Maurach, pág. 336.

la equivalencia de todas las condiciones. Causa es en el fondo la totalidad de los factores que producen el resultado por lo que toda causa condiciiona el efecto no en si 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 participe en el ámbito de la causalidad no queda otro camino que encontrar la diferencia en terrenos subjetivos, en la distinta postura psicológica del sujeto frente al delito: siendo autor por tanto quien actúa con dolo de autor, el que quiere el acto como propio de modo absoluto y cómplice es el que actúa con *ánimus socii*, quien quiere el acto como ajeno, solo condicionalmente subordinándolo a la voluntad del autor. (51)

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 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.

(51) Ob. cit. Mezger, pág. 323.

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; resultando incierto porque, no dice en que consiste el dolo del 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. (52).

Este criterio condujo descabelladamente a inculpar como simple cómplice a quien había perpetrado por sí 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 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.

La oposición decisiva a la Teoría Subjetiva de la Participación, se debió fundamentalmente a que paso 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 aquel que realiza los elementos del tipo 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 sino ha "querido como

(52) Ob. cit. Welzel págs. 115 y 118.

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. (53) Un ejemplo típico de la doctrina alemana es el caso de la bañera: 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 autoría 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 del Hecho (Tatherrschaft).- Ante el fracaso de las anteriores teorías (objetivas y subjetivas de la participación), surge la 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 esta, en que no se apoya en una interpretación de concepto "realización conjunta", como adecuación a lo previsto por el tipo, sino que se fundamenta también en la finalidad, postulando como principio diferencial básico el dominio objetivo del hecho, que caracteriza a todas las formas de la autoría dolosa y faltará en el actuar del partícipe. (54) De ello, se deducen los siguientes razonamientos:

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:

(53) Ob. cit. Maurach, pág. 339. Zaffaronni, pág. 635.

(54) Ob. cit. Welzel, págs. 104 y 105.

No puede invocarse 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.

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

Coautor es, no sólo el cotitular del formal dominio del hecho, sino el cotitular material dominio del hecho. Dominio del acto es, según MAURACH: "el doloso tener en las manos el curso del suceso típico. Dominio sobre el hecho lo tiene cada uno de los cooperadores que puede voluntariamente interrumpir o dejar correr la realización del resultado total". (55) De ello se deriva, que coautor lo puede ser quien aparentemente se limita a simples actos de causación psíquica (instigación al delito) o a actos preparadores 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 de forma a ese hecho. En tal virtud, si bien no se excluye una coautoría "intelectual", si 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 del cometer el delito; cómplice (intelectual), aquél cuya cooperación termina con el apoyo o la indicación al autor en la realización del delito. (56)

(55) Ob. cit. Maurach, pag. 343.

(56) Idem. pag. 344.

d).- Otros Criterios.- GUISEPPE 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 criterio 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 éste efectivamente presente, su incriminación dependerá de una norma penal distinta, es decir, de la que extiende o integra la primera: de la norma sobre participación". (57)

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 calidad de autor requerida por el tiempo 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 codeincuente; 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 del a parte general del derecho penal. Ambas participaciones, una en sentido amplio (autoría) y otra en sentido estricto, son eventuales o contingentes.

Finalmente, importa destacar que, la realización conjunta del delito puede llevarse a cabo de dos formas: por intervención pacificada (varios individuos apuñalan a la misma persona se apoderan del mismo objeto, prenden fuego

(57) Ob. cit. Welzel, pag. 502

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; v.gr. 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 MANZZINI, tomo 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 aquéllos que no se refieren directamente a la producción del hecho imputable". (58)

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

(58) Ob. cit. Mezger, Tomo III, pág. 251.

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; vgr., 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 por el artículo 372 del Código Penal. En el caso del jefe de la organización, éste debe ser sancionado como autor, en virtud de que, es coportador de la decisión común al delito: En los supuestos un sujeto en lo objetivo aparentemente solo ejecuta actos preparatorios o de ayuda, debe ser sancionado como coautor si ha participado en la resolución conjunta del delito. "El minus en la coparticipación objetiva, debe ser compensado por el plus en la comprobación particular de la coparticipación en la decisión del delito, si no el objetivamente menos participe podría ser penado solamente como cómplice". (59) 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, e I ejecuta la resolución común.

4.- LOS SECTORES PROBLEMATICOS 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; lo que significa que el concierto puede producirse unívocamente aún cuando no se haya hecho explícitamente declaración alguna, esto es, la cooperación consciente y querida a la realización común del delito, incluye necesariamente un acuerdo de voluntades, sin que ello implique que dicho acuerdo constituya un pacto sceleris

(59) Ob. cit. Welzel, pág. 117.

formal, es decir, si frecuentemente el concierto es precedente a la realización del delito, la coincidencia de varias voluntades puede verificarse incidental y espontáneamente, durante la realización del delito o posteriormente a la comisión parcial por uno de los autores, vgr., el sujeto que llega improvisadamente 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". (60)

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 las agravantes conocidas pero realizadas ya antes de su intervención. Aquí la respuesta se bifurca:

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 *delus subsequens*. (61)

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 hay sido en ese momento plenamente realizada. (62)

(60) Ob. cit. Maurach, Tomo II, pág. 345.

(61) Ob. cit. Mezger, Tomo II, pág. 292.

(62) Idem. Maurach.

Este criterio es más acertado, por ser el que mejor se adecúa al concepto de dolo, al estar 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. (artículo 54 del Código Penal).

b).- Coautoría 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 descartada en tal virtud, la posibilidad de una coautoría culposa. (63)

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. (64) 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". (65)

Solo la conjunción de la resolución o entendimiento común (consciente cooperación de varios) que se objetiviza:

(63) *ibidem*, pág. 330.

(64) *Ob. cit.* Welzel, Tomo II, págs. 140 y 141.

(65) *Ob. cit.* Mezger, Tomo II, pág. 291.

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

c).- Coautoría por Omisión.- Otro de los puntos mas discutidos en teoría es el de la coautoría por omisión de ahí que las opiniones sean divergentes:

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, vgr., 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. Al respecto MANZINI, citado por MAURACH, refiere, "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". (68)

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 este en opinión de MURACH; se originará generalmente en la persona del primer coautor, coautoría sucesiva por omisión. (67)

Dos agentes de la 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

(68) Ob. cit. Maurach, Tomo II pág. 345.

(67) Idem.

inmediatos del hurto, porque su inacción removió un obstáculo a la acción de los otros y aseguró su ejecución". (68)

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. (69) v.g., para que se fugue un preso; un guardia omite cerrar una puerta y otro le proporciona la llave de salida.

Por otro lado es necesario analizar al sector de la doctrina la rechaza de plano el tema en estudio.

c).- Coautoría 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 siempre participación en tentativa conjunta.

El desistimiento y arrepentimiento de un coautor, no beneficia a los demás participantes, en razón de que aquellos representan personales excusas absolutorias, no puede objetarse la punibilidad de los participantes no 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 impune en favor de quien personalmente desista o se arrepienta.

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 la exteriorización en parte o totalmente de los actos ejecutados en común que deberían producir el resultado, o omitiendo los que deberían evitarlo, pues su renuncia aislada no puede desligarlo de la obra conjunta, en la que por su colaboración ya producida, ha participado; o bien, deben desistir todos los coautores, o bien, debe el desistimiento de un coautor impedir definitivamente la realización del delito. (70)

(68) Manzini Vincenzo, Tratado de Derecho Penal, Tomo III, editorial Ediar, Buenos Aires, 1949, págs. 258 y 257.

(69) Roxin, citado por Zaffaroni, Teoría del Delito, Ed. Ediar, Buenos Aires 1973, pag. 651.

(70) Ob. cit. Maurach, Tomo II, pag. 266.

d).- Exceso del Coautor.- En virtud de que la coautoría es la conjunta realización del delito, llevada a cabo sobre la base de una resolución común; del delito que realice alguno de los coautores sin la cooperación consciente y voluntaria de los demás, estos no serán responsables pues les faltara el conocimiento de los elementos de la figura delictiva que constituyen con la voluntad común el solo 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 persona. (71) 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 el 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 del 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 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 el delito diverso. (72) V. gr. A y B proyectan realizar en común un robo simple, pero B amenaza al sujeto pasivo (robo agravado). Debe considerarse aquí la posibilidad de un dolo eventual por lo que, 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.

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 responsabilidad, siempre que concurren los requisitos establecidos en el artículo 14 del Código Penal.

e).- Coautoría Mediata.- Según ZAFFARONNI, existe la posibilidad de una coautoría mediata, que podrá darse en los siguientes casos: a) cuando los coautores se valen de un

(71) Ob. cit. Mezger, Tomo II, págs. 292 y 293.

(72) Idem. pag. 347.

instrumento; b) cuando uno de ellos actúa de propia mano y el otro a través de un instrumento; c) Cuando cada uno de los coautores se vale de un instrumento diferente. (73)

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

La definición legal de la coautoría implica que cada autor debe responder de "la unidad delictiva" conjuntamente ejecutada. Esto es, debe responder de "la obra común" conjuntamente planeada sin embargo, 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 comisión pena; 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 concurrieren. Así en un homicidio calificado, en tanto que el homicida por premeditación puede ser condenado conforme al artículo 315 del Código Penal al coautor que faltare esta agravante se le aplicará la pena del artículo 307 del ordenamiento en cita. 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 homicidio. Las circunstancias objetivas solo serán aplicables a los demás coautores.

(73) Ob. cit. Zaffaroni, pág. 851.

H.-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 autoría accesoria la cual se distingue en que se trata de un 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, debido solo a la fortuita coincidencia de las acciones volitivas". (74) Por ello, WELZEL, define a la autoría accesoria como "la cooperación de varios en la producción de un resultado sin entendimiento mutuo". (75) En virtud de que falta la resolución común a la resolución del delito, característica de la coautoría la responsabilidad de cada coautor accesorio se determinara de acuerdo a su propia conducta o hecho, al grado del conocimiento de lo antijurídico de su acción u omisión y voluntad del resultado. En otras palabras, para la doctrina la conducta o el hecho, de cada autor accesorio son contemplados por sí mismos y de ese modo juzgados; aunque en la práctica la conducta o el hecho se juzga de manera conjunta sin tomar en cuenta la conducta desplegada por cada autor.

I.- AUTORIA MEDIATA

a).- Concepto.- Según MEZGER, "se denomina autor mediato al autor cuando ha causado el resultado sirviéndose de otro como persona medio". (76) "Autor mediato es el que ejecuta la acción por medio de otro sujeto que no es autor, que no es culpable o no es imputable". (77) En principio no es necesario que el autor ejecute el hecho en todas sus

(74) Ob. cit. Maurach, pág. 348.

(75) Ob. cit. Welzel, pág. 117.

(76) Ob. cit. Mezger, Tomo II, pág. 294.

(77) Soler, Sebastian, Derecho Penal Argentino Tomo II, 3a. ed., Ed. Tea, Buenos Aires 1958, pág. 258.

fases de propia mano; puede servirse para ello de medios mecánicos como puede también utilizar a terceros para sus fines, en tanto conserve el 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 el quede en quien lleve la acción. (78) "se denomina autor mediato al que produce un resultado típicamente antijurídico con dolo o culpa, valiéndose de otro que no es autor, no es culpable o es inimputable." (79) Para MAURACH, autor mediato es quien para realizar un hecho punible susceptible de comisión dolosa, emplea un hombre como mediador en el hecho (instrumento). (80)

De lo anterior se deduce que autor mediato es aquel que para perpetrar un delito se sirve dolosamente de una persona como mero instrumento. Debiéndose rechazar como lo sostiene algunos autores la autoría mediata culposa en delitos dolosos así como la autoría mediata culposa en delitos culposos, ya que la característica material de la autoría mediata es el abuso de que hace víctima al autor al instrumento, lo que supone, que el autor mediato tenga el propósito de cometer el delito utilizando a un sujeto como mero instrumento.

La ciencia penal mexicana, no se encuentra con las dificultades que han obstaculizado a la doctrina alemana; derivadas de que la legislación germana establece una regulación positiva para la instigación y complicidad, no así para la autoría mediata, lo que acarrearía como consecuencia el intento de equiparar a la instigación, pecando de excesiva ligereza con un criterio apegado a la ley la serie de casos en los que se incita al actor directo a la realización del delito, y admitir como autoría mediata solo aquellas categorías que ni aún una postura liberal pudierá calificar de instigación.

(78) Ob. cit. Weizel, pág. 108.

(79) Jiménez de Asúa, Luis, La Ley y el Delito, 2a. ed., Ed. Hermes, México 1954, pág. 538.

(80) Ob. cit. Maurach. Tomo II pág. 314.

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 resulta de modo primario, en virtud de la prioridad que corresponde a la autoría respecto de la accesoria participación.

Nuestra legislación Penal, aún cuando no conoce la expresión autoría mediata, la prevé de modo positivo en el artículo 13 fracción IV, dejando abiertas las puertas a todos aquellos casos en los que una persona excluida 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 dolosamente 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 participe.

Analogías y Diferencias entre la Autoría Mediata y la Instigación:

Analogías:

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 la opinión tradicional.

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

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 del autor.

3.- En la autoría mediata, por regla general el hombre al que se utiliza para la comisión del delito no es responsable, es un simple instrumento puesto en acción por el autor mediato; la instigación se manifiesta, como determinación a un hombre que actúa libre y conscientemente.

b).- 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 calificar el delito; es decir, debe revestir la calidad de autor exigida por el tipo. De ello se infiere la imposibilidad de la autoría mediata en los delitos de propia mano. (81)

En los delitos de propia mano, la razón de la imposibilidad de la autoría mediata, es clara ya que en ellos "autor sólo puede ser quien este en situación de ejecutar inmediatamente y corporalmente por sí mismo la acción prohibida".(82) De ahí que, no existe falsedad en declaración, en la autoría mediata si un sujeto instiga a otro que actúa de modo no doloso para el pronunciamiento de una declaración objetivamente falsa.

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 ha hermanos que desconocen su parentesco, por tanto tal

(81) Ob. cit. Maurach, Tomo II, pág. 320.

(82) Idem Tomo I, pág. 287.

inductor deberá quedar libre de toda pena. Ya que aún cuando podría pensarse que en estos casos es aplicable la fracción IV del artículo 13 del Código Penal, no sucede así ya que el incesto es un delito de propia mano en el que queda descartada la posibilidad de la autoría mediata.

Quizá uno de los sectores más problemáticos de la autoría mediata 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 puede cometer el delito como autor, sirviéndose de un sujeto no calificado por no reunir la calidad exigida por el tipo. Al respecto la doctrina encuentra una solución afirmativa, en virtud de que, señalan que hay que admitir que en estos casos a sido prohibida y sancionada con un apena no una determinada conducta personal, sino la producción de un resultado por la persona que reúne la calidad exigida por el tipo. (83)

2.- Modalidades de la autoría mediata.

a) Autoría mediata en el actuar atípico del instrumento.- El sujeto que reviste la calidad de autor requerida 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 servidor público se vale de un no servidor público 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 auto-lesión por coacción (especialmente el suicidio); el caso HILDEGARD HOFEL; inducción a una adolescente al suicidio mediante perturbación psíquica y amenazas; homicidio en autoría mediata, desde el momento en que la joven inducida a sido instrumento del delito cometido por el inductor, pero no ha realizado un hecho punible en ella ni siquiera si hubiese actuado conscientemente. (84)

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

(83) Ob. cit. Mezger, Tomo II, pág. 287.

(84) Ob. cit. Weizel, pág. 107.

Falta de circunstancias subjetivas exigidas por el tipo; se da autoría mediata cuando el instrumento realiza el elemento objetivo descrito por el tipo pero sin la dirección volitiva requerida por éste, es decir, faltando los especiales motivos, intenciones o tendencias, previstos por la norma los que equivalen en principio a la falta de dolo. Como es sabido, existen una serie de tipos cuya descripción se refiere no solo a una conducta 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. Ejemplo: "un agricultor deja con intenciones de apropiación arrinconar pollos ajenos en su gallinero, a un peón que conoce la situación". (85) Partiendo de una teoría subjetiva de la participación se apreciará por lo regular en estos casos, una combinación del instrumento-cómplice doloso y autoría mediata de la persona que está tras él. De ahí que, según este criterio el agricultor comete robo; el peón (autor directo) al carecer de la intención y por tanto de la voluntad de autor, solo podrá ser considerado un simple cómplice. En tal formulación general ello resulta falso desde el momento, mismo 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 más exacto: "si el instrumento conoce la tendencia o la intención del otro (del autor mediato) y actúa con él en cooperación consciente y querida deja de ser un mero instrumento; ambos coparticipes son 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 recíproco, 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,

(85) Ob. cit. Welzel, pág. 108.

haya cometido el delito". (86) De este modo la posibilidad de la autoría mediata del inductor no se descartará, pero deberá limitarse a los casos en que el instrumento conozca la situación 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.

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 existencia de autoría mediata cuando concurre en favor del instrumento una causa de licitud, dolosamente provocadas 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, en tanto que, el instrumento no era punible por la presencia de este elemento, si la licitud de la conducta o hecho típico está condicionada tanto por el objetivo actuar conforme a derecho como por la voluntad de actuar de acuerdo a derecho, y solo por la vinculación entre ambos elementos la conducta o el hecho serán lícitos; se explica el porque 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 al rechazado criterio del dolo (el querer el acto como propio o como ajeno). Siguiendo los postulados de la teoría finalista ZAFFARONNI, deriva el fundamento de la punibilidad del inductor, del concepto del injusto personal y del concepto restrictivo de autor limitado a quien ostente 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 los finalistas sostengan que, solo cuando se reconozca la plena autonomía del productor 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

(86) Ob. cit. Mezger, Tomo II, pág. 301.

razón de la punición de la autoría mediata cuando el instrumento actúa conforme a derecho, radica en el malicioso ánimo del inductor". (87)

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 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:

En la legítima defensa. - Es autor mediato de homicidio quien provoca en perjuicio del "instrumento", la situación de peligro, para inducirle entonces a una legítima defensa. Por ejemplo, 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 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 supuestos: a) X hace que Z se crea injustamente agredido, induciéndole a actuar en contra de quien cree su injusto agresor. El supuesto 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".

(87) Ob. cit. Maurach Reinhart, Tomo II, pág. 323.

En cumplimiento de un deber.- Este grupo de 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 debiera 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 en el párrafo que antecede, no son en realidad verdaderas causas de ilicitud, 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 nuestro Código Penal, no podríamos llegar a la misma solución a la que arribo MAURACH; castigando al autor de la denuncia falsa por detención ilegal en autoría mediata. De acuerdo al artículo 356 fracción II del Código Penal, al que presente una denuncia calumniosa, entendiéndose 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 aplicara la sanción que corresponda al calumniado en caso de que este sea condenado por sentencia irrevocable. Ello significa que conforme a nuestra ley penal, 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 conseguir una detención ilegal.

Casos discutidos de autoría mediata en el actuar ilícito 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. (88)

Para H. RAMHSS, la obediencia debida es un claro caso de autoría mediata con un instrumento que procede legítimamente. (89)

(88) Welzel, Derecho Penal, parte general, editorial Arque de Palma editor, Buenos Aires, 1956, pág. 110.

(89) Citado en la obra de Mezger, Tratado de Derecho Penal, Tomo II, Editorial Revista de Derecho Privado, 2a. Edición Madrid, 1949, pág. 298.

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 se solo se limita a aconsejar la conducta o el hecho lícitos; aquí no hay autoría, 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.

Casos controvertidos de autoría mediata: Fuerza física irresistible (vis Absoluta), como es sabido, la vis absoluta constituye uno de los casos mas notorios de ausencia de conducta, estimándose, por ello que el hombre que realiza "un hacer o un no hacer por una violencia física humana irresistible" actúa como un instrumento.(90) En virtud de lo cual, algunos autores entre ellos SOLER, tratan este aspecto negativo de la conducta como uno mas de los supuestos de autoría mediata.(91)

Cabe 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 supuestos de autoría directa resulta insostenible, porque de ser así no regiría respecto de ellos la diferencia entre delitos de propia mano y de mano ajena". (92)

(90) Porte Pettit. Apuntamientos de la parte general del Derecho Penal, Tomo I, Editorial Porrúa, México, 1988, pág. 498.

(91) Sebastian Soler. Derecho Penal Argentino, Tomo II, 3a. reimpresión, TEA, Buenos Aires, 1956, pág. 258.

(92) Ob. cit. Zaffaronni, pág. 642.

Hipnotismo.- Este presenta un doble problema en cuanto a su naturaleza y en cuanto a su admisión 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 inimputabilidad. (93) Por lo que hace al segundo punto SEBASTIAN SOLER, trata el hipnotismo como un caso de autoría mediata; en su opinión, el sujeto hipnotizado, es un instrumento inimputable, del que se vale el autor mediato para cometer el delito. (94) Según ZAFFARONNI, la solución a los casos de hipnotismo se halla en prever por el Código Penal, 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. (95)

3.- 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 el desde el punto de vista jurídico penal, de la muerte libre. El segundo problema "muerte libre" afecta los límites de la 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 la causa de la muerte, sin mas sino sólo la causa 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 resultado muerto poseía esta decisión existe complicidad al suicidio; sino la poseía estamos en presencia de un homicidio". (96) Al mismo resultado llegan las teorías 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". (97)

(93) Porte Petit, Apuntamientos de la parte general, de Derecho Penal, Tomo I, 5a. edición, editorial Porrúa, S.A., México 1980, pág. 421.

(94) Ob. cit. Soler Sebastian, Tomo II, págs. 259, 260.

(95) Ob. cit. Zaffaronni, pág. 842.

(96) Ob. cit. Mezger, Tomo II, págs. 281, 282.

(97) Ob. cit. Maurach Reinhart, Tomo II, pág. 327.

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 culpable al suicidio, no cabe la menor duda; aplicándose al incitador conforme al artículo 313, la pena correspondiente al homicidio calificado.

Problemas propios de la autoría mediata: a).- La autoría mediata en la omisión.- La doctrina dominante sostiene, que esta autoría mediata por omisión se da 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. (98) Por ejemplo, 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.

Si bien, la mayoría acepta la posibilidad de la autoría mediata por omisión, cierto sector doctrinario, asemeja estos casos a la omisión de impedir el resultado lesivo de cualquier fuerza natural. (99)

La tentativa en la autoría mediata.- Para saber cuando existe un principio de ejecución (tentativa) en la autoría mediata, debe distinguirse, según el punto de vista finalista de ZAFFARONNI, 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 origina con la interposición misma del instrumento. En esta última hipótesis la solución es la misma que para los delitos cometidos por medios mecánicos: el comienzo de ejecución se verifica cuando el autor dispone el instrumento. (100)

(98) Ob. cit. Maurach, pág. 327, ZAFFARONNI, pág. 648

(99) Ob. cit. Zaffaronni, pág. 648

(100) Idem.

Para REINHART MAURACH, señala, que en los casos de autoría mediata la tentativa radica " en el comienzo de ejecución sobre el sujeto mediador", es decir, aplica la misma solución a cualquier supuesto de autoría mediata.(101)

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 radica en el comienzo de ejecución sobre el sujeto "mediador", puesto que, este es un simple instrumento en acción por el autor mediato como una 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, por tanto, requiere un comienzo de ejecución por parte del "instrumento" mismo.

(101) Ob. cit. Maurach, pág. 184.

C A P I T U L O I I

LA PARTICIPACION

- A.- CONCEPTO**
- B.- NOCIONES GENERALES DE LA PARTICIPACION**
- C.- PARTICIPACION NECESARIA**
- D.- PARTICIPACION EVENTUAL O CAUSAL**
- E.- REQUISITOS DE LA PARTICIPACION**

CAPITULO I I

LA PARTICIPACION

A.- CONCEPTO

La participación es instigación o auxilio a la realización de un delito ejecutado por otro (el autor). De 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 se encuentran vinculados a un efecto penal, sino que su punibilidad depende del delito realizado por el autor. Representando 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 dolosamente a otro a la comisión de un evento delictivo.

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 mas personas (bigamia, adulterio, incesto, etc). Delitos a los cuales la doctrina agrupa bajo el epigrafe de participación impropia o necesaria. En ellos el cooperador del delito, no será partícipe en el sentido de las fracciones V y VI del artículo 13 del Código Penal, sino que su conducta o hecho se encuentran descritos por un tipo especial; por tal motivo su estudio se excluye de la teoría de la participación.

Así pues desde un punto de vista 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 aquellos a quienes se les denomina partícipes.

B.- NOCIONES GENERALES DE LA PARTICIPACION.

1. Terminología.- La discutida figura de la participación a recibido distintas denominaciones, entre ellas, podemos citar: participación en el delito. Concurso de personas en el delito. Participación propia o causal. Participación. Autoría y Participación. (1)

El término que mejor explica el tema en estudio es, "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", solo se haría referencia a la instigación y a la complicidad, pues si bien, el vocablo participar implica la presencia de dos personas; en caso de que el delito fuera cometido por el sujeto a que se refiere el texto del tipo especial, sin ninguna otra intervención solo se configurará la autoría. Participación es la intervención de otro sujeto además del autor.

2.- Naturaleza.- Al tratar de establecer la naturaleza de la participación es necesario determinar: si lo que se comete en los casos de conductas o hechos concurrentes es uno o varios delitos, y si es un solo delito ¿cual sería la posición jurídica de cada uno de los intervinientes en la comisión del evento delictivo?; interrogante a la cual diversas teorías han propuesto las siguientes respuestas:

a).- Teoría Alemana de la Accesoriedad.- Partiendo de la unidad del delito, cree encontrar la naturaleza de la participación en la accesoriedad de las conductas concurrentes las que dependen y tienen sentido en función de la principal. (2)

(1) Cuello Calón, Eugenio. Derecho Penal Tomo I, 9a. ed., pág. 548. Ed. Nacional, S.A. México D.F. 1953. Antolisei, Francesco. Manual de Derecho Penal. Ed. Uteha, pág. 391. Buenos Aires, 1980. Maurach, Reinhart. Tratado de Derecho Penal, Tomo II. pág 350, Ed. Ariel, Barcelona, 1982. Mezger, Edmundo. Tratado de Derecho Penal, Tomo II. 2a. ed., pág. 289. Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid 1949.

(2) Villalobos, Ignacio, Dinámica del Delito, Ed. Jus, México 1959, pág. 210.

De acuerdo a los postulados de esta teoría, sólo es autor del delito quien realiza la conducta o hechos 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 (accesoriedad de la participación) fundamentalmente del delito realizado por el autor, en virtud de que 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 hecho típicos, antijurídicos, culpables y punibles, esto es plenamente delictivo, 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 hechos "culpables" los partícipes instigador y cómplice deberían quedar impunes, pues al ser la participación accesoria, esto es dependiente de la punibilidad de otro plenamente responsable, resultaría que al no ser la conducta o hecho principal delictuoso o punible tampoco lo eran las de los partícipes.

b).- Teoría 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 MEZGER, con gran acierto han llegado a sostener que, "como autor lo mismo que como partícipe solo puede ser punible quien ha puesto una condición del resultado; la cocausación 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".(3)

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

- 1.- Teoría de la equivalencia de las condiciones. (Von Buri)
- 2.- Teoría de la causa adecuada. (Von Bar)
- 3.- Teoría de la condición preponderante. (Binding)

(3) Ob. cit. Mezger, pág. 272.

- 4.- Teoría de la adecuación al tipo. (Beling)
- 5.- Teoría de la causa eficiente. (Stoppatto)
- 6.- Teoría de la causa eficaz. (Birkmeyer). (4)

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

Así entonces, 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 si. De ahí que, bajo el aspecto objetivo, tanto el autor como el partícipe son causales en la producción del resultado, y por tanto, cada uno deba responder integralmente del delito cometido.

c).- Teoría que afirma la pluralidad de delitos.- también llamada de la autonomía 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 de conductas distintas y en consecuencia una pluralidad de delitos, por lo que según MASSARI, mas que de "concurso en el delito" debería hablarse de "delito de concurso". (5)

d).- Desarrollo definitivo de la Teoría 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

(4) Fierro, Guillermo Julio. Teoría de la Participación Criminal, págs. 173 y sigs.

(5) Soler, Sebastian, Derecho Penal Argentino, Tomo III-3a. reimpresión, Ed. Tea, Buenos Aires 1958, pág. 270.

verdad debe considerarse responsable a todo aquel que concurrió a la causación del resultado, también es cierto que no todo el que contribuyo 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 solo delito, debemos 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. (8)

Nada más adecuado para comprender lo anterior que las palabras de MEZGER: "sería perfectamente concebible castigar a todos los partícipes, sin distinción como autores del acto, teniendo en cuenta que también ellos han cooperado y cocausado el resultado delictivo. Pero una sensación valorativa mas fina no seguirá esta ruta, sino distinguirá de manera mas precisa, las diversas formas de participación en el hecho punible. En principio hará responsable a todo el que haya contribuido al resultado, por el mero hecho de su colaboración, pero graduará dicha responsabilidad; con otras palabras, distinguirá en orden al enjuiciamiento jurídico-penal, distintas formas de participación en el delito. (7)

C.- PARTICIPACION NECESARIA

1.- Concepto.- Participación necesaria: es aquella en que el tipo legal exige o requiere de la intervención plural de dos o mas sujetos para la realización de un delito.

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

(8) Ob. cit. Villalobos, pág. 210.

(7) Ob. cit. Mezger, págs. 270 y 271.

a) Desde la dirección de la norma.- Encontramos que CICALA, en Italia y FREUDENTHAL, en Alemania, se distinguen los dos grandes grupos de los llamados delitos de convergencia y delitos de encuentro. Los primeros son definidos como "el operar coordinado o conjunto, de varios sujetos hacia una meta en común" (8), es decir, son aquellos en los que los sujetos actuando de común acuerdo se desenvuelven en la misma dirección como, en la sedición. Por otra parte 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 (delitos en riña), o una hacia la otra (bigamia e 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 enfoque, el estudio del concurso necesario debe abordarse tomando en consideración los elementos del tipo; por lo cual, desde el momento en que el tipo se refiere a varias personas en cuanto observan determinada conducta considerada como elemento constitutivo del delito, se configura la participación impropia o necesaria, para designar esta categoría de delitos propuso GRISPIGNI, la denominación de delitos plurisubjetivos, la cual encontró la aceptación de la doctrina. Según el tratadista italiano, la esencia del delito plurisubjetivo está dada porque "lo que se imputa a los sujetos particulares es siempre la propia conducta, solo que ésta recibe su sello de hecho punible de verificarse la conducta ajena" (9) Ello significa, que la conducta de cada uno de los partícipes, 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 lo anterior se deduce, 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, 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.

(8) Ob. cit. Maurach, Tomo II, pág. 351.

(9) Bettio, Derecho Penal Parte General, 4a. ed., Ed. Temis, Bogotá, 1965, pág. 497.

3.- Terminología.- En lo tocante al vocablo participación necesaria, 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, el término "participación necesaria" tan sólo estará justificado si se le considera en sentido amplio. Preferible sería la designación de varios participantes".(10) Por su parte 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; pero 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, este es inadmisibles 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 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". (11)

4.- 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.

5.- Punibilidad del concurso necesario.- El delito plurisubjetivo no presenta dificultad alguna; cuando la ley establece la punibilidad de todos los participantes: Así, en el adulterio, la ley sanciona no sólo al casado sino al ocupable soltero. El artículo 277 fracción III del Código Penal, que castiga a los padres que no presenten a sus hijos al Registro Civil con el objeto de hacerle perder su estado civil. En el incesto, aún cuando el régimen sancionatorio sea distinto para cada participante; en tanto

(10) Ob. cit. Maurach, Tomo II, pág. 332.

(11) Ob. cit. Bettiol, pág. 497.

que al ascendiente le corresponde una pena mas grave al descendiente deberá aplicarse una menor. No obstante lo anterior cabe hacer referencia en este estudio a las siguientes posturas que habrán de tomarse en cuenta teorías:

a) En aquellos delitos que requieren por su naturaleza, la coparticipación de otras personas además del autor problemas, v. gr. la evasión de presos, el lenocinio, la corrupción de menores, en los cuales 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, en que el participante no mencionado deba ser siempre castigado, no lo debe ser en un caso o unicamente bajo los supuestos. a efecto de dar solución lo anterior el juzgador deberá considerar lo siguiente: que 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 en la comisión de un delito. Por consiguiente, cuando el tipo pretenda la protección del participante no vinculado a la sanción penal, toda participación de este debe quedar impune, aún cuando haya ayudado o instigado a la realización del delito para él lesivo. Por ejemplo en el lenocinio sobre una menor, en la corrupción de menores; el corrompido; y la menor prostituida deberán ser impunes a un cuando hayan instigado o facilitado conscientemente la realización del delito.

Contrariamente a lo anterior, opina MAURACH, que la impunidad del participante necesario no mencionado resultara incierta cuando el tipo pretenda no sólo su protección sino 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. La solución para algunos será que toda forma de participación del sujeto protegido es impune; para otros, en estos casos, sólo la participación necesaria es impune no así la instigación. (12)

(12) Ob. cit. Maurach. Tomo II, pág. 354.

Una posición diferente, sostiene que el tipo establece un privilegio para una situación personal especial del participante necesario, como lo es una especial motivación, por ejemplo, el ansia de libertad en la evasión de presos descrita en el artículo 150 del Código Penal. 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 a la estructura del tipo respectivo, debe ser siempre impune. Sin embargo si el participante necesario que abandona esa medida mínima al instigar al único sujeto punible, o al auxiliario 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, se discrepa en cambio, si una participación ulterior de este sujeto, v.gr. la instigación es punible. Aquí también existen dos posturas: para algunos tratadistas solo la participación necesaria es impune no así otra participación que excede de la necesaria: (13) 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.

Así, en la evasión de presos no cualificada artículo 150 y 154 del Código Penal, 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 lo 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 ser siempre impune esto es la participación necesaria es impune, no así la instigación. (14) b) La doctrina dominante, afirma que, por la misma razón que queda excluida la autoría de este sujeto, es impune toda participación. (15)

(13) Ob. cit. Mezger, Tomo II, pág. 340.

(14) Idem

(15) Ob. cit. Mezger, citando a Frank, Tomo II, pág. 128.

D.- PARTICIPACION EVENTUAL O CONTINGENTE, PROPIA O CAUSAL

Como se ha descrito en párrafos precedentes la participación eventual o contingente, consiste en la intervención de dos o mas personas en la realización de un delito, sin que dicha concurrencia sea requerida por el tipo. Es por ello que nuestra legislación penal basado en el dogma nullum crimen sine lege, nulla poena sine typo, no podrian considerar conductas penalmente relevantes de quienes han prestado una contribución causal a la comision de un ilícito, pero que como tal, no esta descrita por una norma legal. Quién instiga a otro a cometer un secuestro, no es todavía quien ha privado ilegalmente la libertad a una persona; así como no se ha apoderado de una cosa ajena, el que auxilia a aquel que realiza los actos ejecutivos del delito de robo. Por lo cual 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 la punibilidad de la norma principal, a comportamientos que por si mismos, no quedarían incluidos dentro del marco de ésta. Pero si adoptamos la noción extensiva de autor, según la cual autor es todo aquel que ha concurrido a contribuir con el 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 acción causal con el resultado. (16) 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, pues como acertadamente afirma RANIERI, "la norma incriminatoria especial; describe el delito y condena a 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 no habiendo ejecutado materialmente el delito, han cooperado no obstante a su producción. (17)

(16) Bettiol, Derecho Penal, Parte General, editorial Temis, Bogotá 1965 pág. 498; y Ob. cit. Mezger, Tomo II, págs. 278 y 279.

(17) Idem

De lo anterior se deduce que de la naturaleza extensiva de las normas sobre participación, derivada del concepto restrictivo de autor, se infiere 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 Penal. Así pues el distinguido tratadista italiano BETTIOL, 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 culpablemente realiza con su propio comportamiento un hecho previsto por una ley incriminatoria y determina así la lesión efectiva de un bien tutelado". (18)

E.- REQUISITOS DE LA PARTICIPACION

Los requisitos de la participación son aquellos 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. (19)

Los elementos constitutivos de la participación según GIUSEPPE BETTIOL, son:

- 1.- Elemento material u objetivo: contribución causal a la perpetración de un delito.
- 2.- Elemento psicológico o subjetivo: conciencia de cooperar a la producción del resultado. (20)

(18) Ob. cit. Bettiol, pág. 495.

(19) Antolisei, Francesco, Manual de Derecho Penal, Ed. Uteha, Buenos Aires, 1980, pág. 400.

(20) Ob. cit. Bettiol, pág. 502.

Según GIUSEPPE MAGIORE siguiendo este orden de ideas son:

- 1.- Existencia y unidad del delito.
- 2.- Pluralidad de personas.
- 3.- Pluralidad de acciones. (21)

Hecho lo anterior, entraremos al estudio de los requisitos de la participación, los cuales aún cuando en la doctrina son variados según se ha establecido se coincide en señalar como requisitos del concurso de personas en el delito a los siguientes: a) la existencia de la unidad del delito, b) la pluralidad de sujetos intervinientes en el evento delictivo, c) la diversidad de conductas o hechos desplegados por los intervinientes y d) la voluntad de intervenir en la realización de la conducta antijurídica.

a).- Unidad del delito.- el evento realizado por varios sujetos para que pueda ser imputado a todos ellos tienen que constituir una unidad jurídica, es decir, la obra común tiene que referirse a un concreto tipo legal. Ello no significa, que las acciones u omisiones delictivas dejen de ser varios. El ladrón, que cuenta con varios compinches, ordena a uno que vigile la casa del propietario, encarga a una mujer que de cita al sirviente y al más atractivo de sus cómplices que sedusca a la empleada del hogar, con el propósito, de que no quede nadie en la casa cuyos dueños salieron al campo. Todas estas conductas distintas si se las mira desde el punto de vista objetivo, deben tener, con toda razón expresa BELING, un sentido de convergencia jurídica hacia una misma figura delictiva. (22) Si dos individuos concertan que uno de ellos, F para obtener un rescate privará de la libertad a Z, en tanto que el otro, I intentará defraudar a X; es evidente que aún cuando decidieron 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. (23)

Ahora bien, si las distintas conductas o hechos de varios sujetos, para ser realizadas en participación deben tener por objeto un mismo delito, debe plantearse la solución en los casos que se suscitan por cambio de título

(21) Magiore, Giuseppe, Derecho Penal, Tomo II, 5a. ed. Ed. Temis, Bogotá 1954, pág. 106.

(22) Ob. cit. Soler, Tomo II, pág. 287.

(23) Idem.

para alguno de los intervinientes en la comisión; y el cambio de título en la comisión por alguno de los intervinientes de un delito diverso. En estos casos no deberán confundirse entre sí; ya que el primero se refiere a los supuestos en que, permaneciendo idéntico el delito, cambia solamente su calificación jurídica respecto alguno de los concurrentes; en el segundo, se trata de que uno de los concurrentes cometa un delito distinto al pretendido por los demás.

Cambio del título para alguno de los intervinientes.- El requisito de la unidad en el delito; esto es la convergencia objetiva y subjetiva de varias conductas concurrentes hacia una misma figura delictiva, conlleva la necesidad de resolver la consecuencia ineludible del principio de la indivisibilidad del título del delito perpetrado.

Algunos doctrinarios sostienen que, 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 personales, o bien, en el aporte que cada uno haya llevado a la obra común o por que 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 refieren a un delito distinto sino a la posibilidad de que permaneciendo ontológicamente el mismo delito cambie su nomenclatura respecto a alguno de los concurrentes, debido a la presencia de esa circunstancia. (24)

Los que postulan 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 a un cuando cambie su nomenclatura en relación con alguno de los intervinientes, el título jurídico se comunica a los demás en virtud de que,

(24) Carrara, Francesco, Programa de Derecho Criminal, Parte General; Vol. I, Ed. Temis, Bogotá 1956, pág. 339.

quién participa en un delito especial y por consiguiente lo quiere en su totalidad, como ente de hecho y como ente jurídico, y esa es la razón por la que se comunica a los demás el nomen iuris del delito. Expresado con otras palabras, la identidad del delito no debe entenderse como referencia al nomen iuris del delito mismo, sino en relación a la conducta o hecho punibles. (25)

Nuestro Código Penal sigue esta ruta, al establecer en su artículo 212 párrafo segundo, que las personas que participen en la perpetración de alguno de los delitos establecidos en el artículo respectivo (delitos cometidos por servidores públicos) se les aplicaran 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 porque exigir al participe la calidad de autor; pero si el precepto se refiere también a los participantes, y a los coautores; dicho precepto legal, es impropio; pues en este título la mayoría de los 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 por faltar a su conducta un elemento típico, quedando por resolver, si deberá responder a título diverso o quedará libre de toda pena a lo cual habremos de sostener que la persona que cometa un delito especial pero que no revista la calidad exigida por el tipo deberá ser sancionada como se ha sostenido, acorde a los parámetros fijados pero en su calidad de participe y nunca como coautor.

En otro orden de ideas, en aquellos casos en los que se presente un delito diverso cometido por los intervinientes. Si como hemos visto, la identidad del delito, es uno de los requisitos esenciales de la participación, queda por resolver una cuestión de trascendencia 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, esto es, al 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 MANZINNI, 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 identidad del delito, "no se puede negar que exista, sin embargo, coparticipación delictuosa al menos sobre 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 identidad del delito". Sin embargo debe tenerse presente que el punto de vista sostenido, consideramos es correcto siempre que se trate de un delito diverso sólo cuantitativamente hablando (delito mas grave), pero no es el acertado si el autor incurrió en un exceso cualitativo (delito totalmente distinto al acordado). (26)

¿Que debe entenderse por delito diverso?.

Delito distinto es el que, cuantitativa o cualitativamente, 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 pretendido por los demás coparticipantes, por ejemplo, F instiga a B a lesionar a C pero B le causa la muerte. Cuando el evento lesivo difiere por haberse cometido un delito mas grave el exceso solo es imputable a quien incurrió en él; empero tratándose de diferencia en la modalidad de la conducta permanece inalterada la

(26) Manzini, Tratado de Derecho Penal, Tomo III, editorial Ediar, Buenos Aires 1948, pág. 289.

responsabilidad de los concurrentes debiéndose considerar que no obstante ello deberá aplicarse una sanción más grave a quien ocasionó este exceso y una más atenuada a los demás concurrentes.

La diversidad en el exceso cualitativo recae en la naturaleza del delito es decir, el evento delictivo consumado en esencia es distinto al pretendido por los demás codeincidentes: el tipo perpetrado por el ejecutor es totalmente distinto, al concertado, instigado o auxiliado. A y B, acuerdan cometer un robo, en tanto B hace de vigía A se introduce en la morada en donde encontrándose una joven la viola. En este supuesto como el delito perpetrado es absolutamente independiente de la conducta del partícipe, no le puede ser atribuido por que el no lo quiso y no dió causa para su realización. Por consiguiente habremos de considerar que tanto en el exceso cuantitativo como cualitativo las desviaciones deberán regirse por el principio de la individualidad del dolo de cada uno de los sujetos intervinientes; el partícipe o copartícipe en su caso, se concluye habrán de responder por la conducta o hechos realizados dentro del marco de su dolo es decir de lo que quiso y supo que iba a cometerse con su participación, siendo admisible el 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 calidades relaciones personales o circunstancias objetivas del autor del delito; casos en que el juzgador según el caso concreto aplicará las normas generales sobre la comunicabilidad de las circunstancias establecidas en el artículo 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.

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.

Sin embargo y a fin de entender con mayor conocimiento la problemática de la pluralidad de sujetos en la comisión de un delito resulta imperante dilucidar si todas las personas que intervienen en la realización de un delito pueden considerarse partícipes para efectos de aplicación de las normas sobre participación. Cuestión esta que encuentra su solución en dos posturas doctrinales.

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 tanto, no hay concurso cuando uno de los sujetos no es penalmente responsable. En tales supuestos sostienen, 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. (27)

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 el carácter delictuoso de la obra común, solo porque 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 ser considerado partícipe, aún cuando queden libres de toda pena. (28)

Por nuestra parte consideramos que será partícipe en la intervención y realización de un delito, todo aquél sujeto que realice una conducta causal del resultado típico debiéndose tomar en consideración por tanto exclusivamente la diferenciación y delimitación exacta de la forma de participación y contribución al hecho delictivo; ello sin soslayar aquellos casos en que intervenga un sujeto inculpable o inimputable, para que a partir de esta diferenciación y delimitación se comine dicha conducta.

(27) Ob. cit. Villalobos pág. 221.

(28) Ob. cit. Maggiore, Tomo II, pág. 128.

3.- Pluralidad de conductas.- 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 otro, sino del evento delictivo. De ahí el principio formulado por CARRARA, "del hecho material puede ser comunicable entre los varios copartícipes pero la intención nunca es comunicable de individuo a individuo". (29)

En este tercer requisito esencial de la participación se perfila su elemento objetivo o material, que esta dado por el requisito de la causalidad, en virtud de que no puede ser considerado partícipe quien no haya realizado una conducta o hechos relevantes desde el punto de vista causal; es necesario que el partícipe haya contribuido efectivamente a la perpetración del delito". (30)

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 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 aportación esta 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 en la comisión del delito, se concreta en un no hacer correlativo a un deber jurídico de obrar, es decir, la participación por omisión se da en todos aquellos casos en que para el partícipe exista una obligación particular de actuar.

(29) Ob. cit. Carrara, Tomo I, pág. 202.

(30) Ob. cit. Bettiol, pág. 502.

Es verdad que a simple vista, en el concurso son tantas las acciones u omisiones como tanto sean los sujetos que intervienen, ya que cada uno lleva al delito su propio tributo de actividad pero todas estas acciones u omisiones deben tener un sentido de convergencia jurídica, es decir engarzar 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 intervención de un mismo delito.

Finalmente debe considerarse, 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 este llegue a verificarse sin que haya sido prometida anteriormente puede dar lugar a responsabilidad de un tipo autónomo como lo es 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 objetivo y subjetivo, así tampoco hay una participación meramente subjetiva ni una exclusivamente objetiva. La existencia de voluntades de los participantes 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 es 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, por ejemplo, X a sabiendas de que Z, tiene el propósito de matar a Y, le proporciona, sin que este nada sepa un revolver 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 formal tan es importante esa distinción que no tener la 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 los demás intervinientes. (31)

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 queridos y conocidos por el partícipe pero no responderá del que no quiso 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 han determinado o auxiliado, no constituyendo participación la instigación ni la complicidad meramente culposas.

Como la consciente y voluntaria participación para ser punible esta condicionada a la comisión del delito, se considera que tanto la voluntad como 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.

(31) Ob. cit. Soler, pág. 269.

CAPITULO III

FORMAS DE PARTICIPACION

A.- PARTICIPACION EN LA TENTATIVA

Si la responsabilidad del partícipe se deriva de la comisión de un delito por el autor, a quien dolosamente se le 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 la 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, podrá atenuarse su responsabilidad acorde al mayor o menor grado de aproximación, al momento consumativo de éste.

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 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.

1.- El desistimiento y arrepentimiento del partícipe.- Si la responsabilidad del partícipe, deriva del delito realizado por el autor, al que aquél precisamente ha instigado o auxiliado es obvio que su desistimiento o arrepentimiento, carece de eficacia, sino logra detener la

C A P I T U L O I I I

FORMAS DE PARTICIPACION

- A.- PARTICIPACION EN LA TENTATIVA
- B.- EL CARACTER DOLOSO DE LA PARTICIPACION
- C.- LA PARTICIPACION EN CADENA
- D.- CONCURRENCIA DE FORMAS DE PARTICIPACION
- E.- PARTICIPACION EN LOS DELITOS ESPECIALES
- F.- LA ACCESORIEDAD DE LA PARTICIPACION
- G.- COMUNICABILIDAD DE LAS CIRCUNSTANCIAS
- H.- LA INSTIGACION
- I.- LA COMPLICIDAD
- J.- FORMAS COMISIVAS DE LA COMPLICIDAD

conducta o hechos 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 (artículo 12 párrafo tercero), en cambio no prevé disposiciones expresas sobre los presuntos del desistimiento o arrepentimiento del partícipe en el delito intentado. De ahí que, en este punto, se plantea el problema sobre que conducta debe realizar el partícipe para hacerse merecedor de la exención 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 solo a abandonar "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. Por ello se exige, al partícipe no solo desvinculación personal del proceso ejecutivo, sino una conducta que, o bien, impida el resultado, o logre detener la conducta o hecho ejecutivos; de lo expuesto se colige que:

a) Puede invocar el desistimiento el partícipe que logra detener la conducta o hecho ejecutivos; pero, también según MAURACH, aquel 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. La simple revocación de la protección prometida no produce, pues aquí la exención de responsabilidad penal". (2) 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 a abandonar el hecho intentado.

(1) Ob. cit. Antolisei, pág. 415.

(2) Ob. cit. Maurach, pág. 385.

b) Puede invocar el arrepentimiento el partícipe que impida 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. Ejemplo: el cómplice que ha cooperado en un homicidio por envenenamiento, evita la muerte de la víctima haciéndole tomar un contraveneno.

Debe tomarse en cuenta, que para el partícipe arrepentido rige el principio que el acto mata al hombre: sino 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 inidonea. Otro sector de la doctrina sostiene, que debe estarse a la producción objetiva de la producción del resultado. (3)

2.-El desistimiento y arrepentimiento del autor en la participación.- Para determinar los efectos del desistimiento y arrepentimiento del autor en la participación, se deben practicar las siguientes distinciones: a.- el autor se desiste antes de haber intentado la ejecución; b.- el autor se desiste iniciada la realización en parte o totalmente de los actos de ejecución que deberían producir el resultado.

a.- 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 realice ya sea en parte o totalmente los actos de ejecución que deberían producir el resultado. 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

(3) Ob. cit. Maurach, pág. 363.

el sentido de que al carecer de 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. (4)

b.- Si el autor detiene su actuación una vez realizado en parte los actos de ejecución. La acción u omisión que constituyen la tentativa no le serán atribuidas favoreciéndolo el beneficio del desistimiento, pero respecto de los partícipes esta interrupción 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 ésta; (5) 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 exclusión del delito 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 solo en favor de quien se desista o arrepienta.

B.- 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 dolosa para la comisión dolosa de un delito, constituyendo participación conforme a la ley.

Grave problema la anterior afirmación, en virtud de

(4) Ob. cit. Carrara, Tomo I, pág. 330.
(5) Idem pág. 331.

que trae a colación en forma ineludible una cuestión sobre manera importante y debatida: la participación en la culpa.

1.- Problemática de la participación en los delitos culposos.- 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 ANTOLESEI: "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 el resultado, puesto que es característico de esta clase de delitos que el resultado no sea querido. 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".(6)

Sin embargo, la doctrina dominante, no ve impedimento alguno para admitir la participación en los delitos culposos. Entre los pintasteis que adoptan esta postura podemos citar a VILLOBOS, ASUA, MAGGIORE, BETTIOL, 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. (7) Expresado en otras palabras, en la participación en el delito culposo, si bien, el partícipe no quiere la producción del resultado,

(6) Ob. cit. Antolisei, págs. 418 y 419.

(7) Obs. cit. Villalobos, pág. 215; Asúa, pág. 542; Maggiore, pág. 140; Bettiol, pág. 507.

porque no lo prevé siendo previsible (culpa sin representación) o habiéndolo previsto tiene la esperanza de que no se produzca (culpa con representación), si dirige su voluntad a la realización de la propia conducta o hecho y tiene la conciencia de facilitar o causar la conducta ajena. Por ejemplo, X ayuda a su amigo I a encender fuego cerca de un depósito de combustible, ocasionando un siniestro.

Por tanto, y dado que la culpa penal consiste en la violación de un deber de cuidado que personalmente nos incumbe, 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 varias personas; sostiene 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 participación.- Concurrencia ineludible del requisito de identidad o unidad del delito es, que la concurrencia 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.

3.- El exceso en la participación.- 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. En otras palabras, la responsabilidad del partícipe se configura, si el autor comete de modo doloso precisamente el delito al que ha sido

instigado dolosamente (instigación) o al que ha sido ayudado dolosamente (complicidad). Si el autor hace mas de lo previsto por el partcipe, es decir, realiza un delito mas grave del pretendido por éste, incurrirá en un exceso cualitativo.

C.- PARTICIPACION EN CADENA

Participación en cadena es la determinación o el auxilio en una conducta partcipe, (instigación o complicidad en estrictu sensu). Es la instigación a la instigación, la complicidad en la complicidad, la instigación a la complicidad, complicidad en la instigación, etc. Es intrascendente el número de eslabones de la cadena. No es necesario que el inductor conozca ni el número ni la personalidad de los sujetos que han actuado con anterioridad a él, pero sí debe tener el conocimiento del delito cuya realización persigue con su determinación o con su auxilio como primer instigador o cómplice, o como sujeto intermedio.(8) Sobre esta consideración fundamenta la doctrina alemana la participación en una conducta de participación, ya que en supuesto también se concurre a la comisión de un delito que es el propuesto para la punibilidad de toda participación. "La participación en un acto de participación se considera como participación mediata en el acto principal".(9)

(8) Ob. cit. Maurach, Tomo II, pág. 367.

(9) Liszt, Tratado de Derecho Penal, Volumen III, Madrid, 1929, pág. 96.

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, v. gr. la instigación a la complicidad debe ser sancionada como complicidad: la complicidad en la instigación deberá ser castigada como complicidad.(10)

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 el determinar dolosamente 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.

D.- CONCURRENCIA DE FORMAS DE PARTICIPACION

Cuando concurren distintas formas de participación en una sola persona y a un mismo delito la forma mas leve será absorbida por la mas grave. (14) Así, cuando F. instiga a I. a cometer un fraude y le presenta 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 a la realización de un delito; sólo deberá ser sancionado como autor.

E.- PARTICIPACION EN LOS DELITOS ESPECIALES

Delito especial es aquél en que el tipo exige determinado sujeto activo, es decir, una calidad en dicho

(10) Ob. cit. Maurach, Tomo II, pág. 367.

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.

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 es el de la punibilidad del partícipe. ¿Debe ser éste 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 servidores públicos; el partícipe quedará sometida a la misma sanción que el sujeto calificado (intrañeus), ya que en estos delitos la calidad de autor constituye una causa fundamentadora de la punibilidad, sustraída al artículo 54 del Código Penal, debiendo por tanto, ser atribuida a quienes no lo tenían, pero que participaron con conocimiento de ella en el delito de quien la poseía. (11) Tratándose de delitos especiales en sentido amplio, y toda vez que estos, " 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 ". (12) El artículo 54 del Código Penal primer párrafo favorecerá al partícipe, de suerte que sólo será sancionado por el delito básico, sobre el cual se ha estructurado el respectivo delito especial en sentido amplio; por ejemplo, quien instiga al hijo a privar de la vida al padre, será sancionado por el artículo 307 en relación con el 13 fracción V ambos del mismo ordenamiento.

F.- LA ACCESORIEDAD DE LA PARTICIPACION

Atendiendo al principio nullum crimen sine lege, nulla

(11) Ob. cit. Carrara, Volumen I, pág. 338.

(12) Ob. cit. Maurach, Tomo II, pág. 368.

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 se haya realizado en parte o totalmente los actos de ejecución que deberían producir el resultado. 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 conducta o hecho de otro.

El fenómeno de la accesoriidad de la participación se manifiesta en la dependencia de la responsabilidad del partícipe respecto a determinados presupuestos del acto principal. Esta dependencia (accesoriidad) 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 accesoriidad, la discrepancia gira en torno al grado de la accesoriidad, esto es, que elementos del delito debe realizar el autor para que el partícipe pueda ser hecho responsable del evento lesivo perpetrado por aquél. Este problema se acentúa 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 este problema son los siguientes:

1.- Mínima accesoriidad de la participación.- 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 función punitiva del estado todo comportamiento que no se adecúa a un tipo legal. En los casos en que detrás del sujeto que

actúa atípicamente se encuentre otro, que por su parte reúna las características típicas y se valga del primero para la realización del delito, afirma la doctrina, que la responsabilidad de tal sujeto debe regirse conforme a las normas de la autoría mediata.

Al encontrar la accesoriedad de la responsabilidad participe su fundamento en el tipo realizado por el autor, en principio, y en vista de su sujeción al marco típico las atenuantes previstas en el tipo le favorecerán y las agravantes repercutirán en su contra. Esta rígida dependencia sería inocua 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, el límite a la accesoriedad mínima de la participación, se encuentra 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 o se comunican a quienes hayan participado en él.

2.- Limitada accesoriedad de la participación.- De acuerdo con el criterio de la accesoriedad 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 hechos ejecutivos se adecúen a un tipo y que no exista en favor del autor ninguna causa de exclusión del delito.

El segundo presupuesto de la participación (la realización de una conducta o hecho antijurídicos) exigido por la accesoriedad 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 exclusión del delito por no exigibilidad de otra conducta: Para corroborar lo anterior debemos distinguir especialmente dos grupos de casos, cuya solución muestra lo inadmisibles del criterio de la accesoriedad limitada.

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 homicidio. No deberá calificarse a este hecho como instigación a la realización del homicidio sino como homicidio en autoría mediata. Para la limitada accesoriadad de la participación, como en estos casos, queda intacta la antijuricidad del hecho, I, sería responsable como autor del homicidio y F, debería ser sancionado como instigador.

Los casos en los que la situación de peligro determinante de la no exigibilidad, no haya sido creada por el incitador. Por ejemplo, "A, B y C, emprenden una excursión por un glaciar A, va adelante, B y C, lo siguen atados por una cuerda; C, cae en una grieta sin que pueda ser puesto a salvo. Por consejo de^o A, B, rompe la cuerda salvándose con el sacrificio de C."; quien vea en estos casos una causa de licitud (no prohibición de la conducta o del hecho, en necesidad), rechazará sin más, toda responsabilidad de participación, en razón de que la accesoriadad 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 accesoriadad limitada quedará firme la antijuricidad de la conducta o hecho ejecutados, deberá admitir una responsabilidad del tercero (A), a título de instigador. Esta incua 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 accesoriadad limitada al comportamiento principal. "La perpetración de una acción típicamente antijurídica, no es suficiente. El autor principal debe además haber actuado con responsabilidad por instigación de A, en virtud de que el hecho de B, no alcanza el grado delictivo requerido para la accesoriadad (reprochabilidad del hecho). Tampoco apreciarse autoría mediata desde el momento en que B, no ha sido instrumento de A. (13)

3.- Extrema accesoriadad de la participación.- El criterio de la accesoriadad extrema exige la realización de

(13) Ob. cit. Maurach, Tomo II, pág. 408

una conducta o hechos típicos, antijurídicos y culpables, para fundamentar la responsabilidad participada. De ahí que se haya llegado a sostener que: "La participación en todas sus formas es accesoria, esto es, dependiente de otro como autor plenamente responsable".(14)

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 mediana no estaba expresamente prevista por el derecho, sino abandonada al derecho consuetudinario.

Puestos de relieve los criterios que se ocupan de señalar qué los elementos del delito deben 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 accesoriadad.

Los preceptos legales de que debemos partir para diferir esta situación, son los artículos 13, 14, y 54 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 heptatómica?, esto es, en el sentido del artículo 7, 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 el partícipe pueda ser hecho responsable, el autor debe haber cometido una conducta o un hecho plenamente delictivos, es decir, que no concorra en su favor ninguna condición objetiva de punibilidad, ni ninguna causa de exclusión del delito, lo que traería como consecuencia una "hiperaccesoriadad" de la participación, figura con razón rechazada por la doctrina, ya que al exigir una conducta o hecho plenamente delictivos para la responsabilidad del partícipe: el determinador y auxiliar quedaría libre de toda pena en aquellos casos en que el autor no fuera punible por razón de alguna causa de exclusión del delito.

(14) Ob. cit. Mezger, Tomo II, pág. 327

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 inculpaible, el "partícipe" se vea libre de toda pena, pues se aplicarían las normas sobre la autoría mediata.

G.- COMUNICABILIDAD DE LAS CIRCUNSTANCIAS

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 el carácter delictuoso de la participación, en que 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 accesoriedad 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.

1.- La comunicabilidad de las circunstancias y los tipos autónomos.- 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 Código Penal, 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. (15)

(15) Ob. cit. Maurach, Tomo II, pág. 402.

2.- Influencia del Artículo 54 del Código Penal, en la coautoría y en la autoría mediata.- 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 a 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 artículo. 223 I artículo 382 del Código Penal; frente a abuso de confianza deberá ser sancionado por el tipo básico sobre el que se estructuró la respectiva infracción en sentido amplio, verificándose una traslación de tipo, dándose para el sujeto no calificado un homicidio.

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 por ejemplo X, servidor público que tenía en administración fondos públicos, autorizo pagos al concesionario Z, por combustible que no había sido 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 artículo 217 fracción III y peculado artículo 223 I, en tanto que Z, responderá por fraude artículo 386 Código Penal.

c) Cuando quien carece de la calidad requerida por la ley para el autor, interviene como coautor o autor mediato en un delito especial en sentido estricto, desde el momento en que en ellos la calidad de autor deja de ser una circunstancia para construir un fundamento de la punibilidad, la calidad de juez en la preverificación, sólo podrá 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 solo por el rechazo de la impunidad de quien quizá y supo que intervenía en el delito de quien poseía 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...."

Las distintas posturas doctrinales respecto a la comunicabilidad de las circunstancias:

CLASIFICACION DE CARRARA

- a) Circunstancias materiales inherentes al hecho criminoso, Se comunican entre los diversos partícipes del delito.
- b) Circunstancias Personales.- no se comunican atenuantes o agravantes.
- c) Circunstancias que además de ser propiamente intrínsecas a la persona se les debe atribuir que participaron con conocimientos de ellas. (18)

CLASIFICACION DE ANTOLISEI

- 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 la premeditación, la provocación. La excepción a esta regla (18) Ob. cit. Carrara, pág. 338.

esta constituida por las circunstancias subjetivas que agravan la pena cuando hayan servido para facilitar la ejecución del delito por ejemplo el abuso de las relaciones domesticas. Estas circunstancias se trasmiten a todos los concurrentes. (17)

CLASIFICACION DE MAGGIORE

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 apreciaran en favor o en contra de los partícipes.

b) Circunstancias subjetivas: 1. si excluyen la pena para alguno de los que han concurrido en el delito, solo tienen efecto con relación a la persona a que se refieren. 2. Si agravan la punibilidad, debe distinguirse, si dicha 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 refieren, excepto cuando ha servido para facilitar el delito, en este caso, si se comunican. Si son circunstancias subjetivas inherentes a la persona del culpable, por ejemplo la reincidencia, la imputabilidad, solo gravaran o beneficiaran a quienes se refieren, no se comunican. (18)

CLASIFICACION DE SEBASTIAN SOLER

a) Circunstancias fácticas.- son todas aquellas circunstancias que aún cuando sean de naturaleza subjetiva

(17) Maggiore, Giuseppe, Derecho Penal, Volumen II, Ed. Themis, Bogotá 1954, págs. 414.

(18) Antolisei, Francesco, Manual de Derecho Penal Parte General, Ed. Uthea, Buenos Aires 1980, pág.150 y sigs.

(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, etc. Estas circunstancias son intransmisibles.

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 no se comunican.

Circunstancias personales que atenúan la responsabilidad; ésta no se comunican aunque sean conocidas. Por Ejemplo: la minoría de edad.

Circunstancias personales que agravan al pena; con respecto a estas, hace una doble distinción: 1.- Circunstancias personales que integran la figura delictiva. V. gr., la condición, de ascendiente o descendiente en el homicidio previsto en el artículo 323 del Código Penal; la calidad de funcionario. Estas se comunican siempre que sean conocidas. 2.- Circunstancias personales que son comunes a cualquier delito, por ejemplo la calidad de reincidente. Estas son intransmisibles. (19)

CLASIFICACION DE REINHART MAURACH

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 habilidad del hacer en tanto no fundamente sino agrave la pena; la cualidad 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, quedará éste, sometido a la pena agravada, también en la coautoría deberá practicarse esta distinción.

(19) Ob. cit. Soler, Tomo II, págs. 274 y sigs.

FALTA PAGINA

No 87 a la.....

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 cualidad de funcionario en los propios delitos de funcionarios, la habitualidad o provecho propio en el lenocinio, la cualidad de sujeto activo en el lenocinio agravado. (20)

(20) Ob. cit. Maurach, Tomo II, pág. 412 y sigs.

3.- La comunicabilidad de las circunstancias en la legislación penal mexicana.- a).- Cualidades y relaciones personales que agravan y atenuan la pena.- Existen circunstancias personales, propiamente tales como comunes a cualquier delito, v.gr. la reincidencia, la habitualidad entre otras siempre que agraven y no fundamenten la pena: las cuales sin lugar a dudas son asequibles a la regla del artículo 54 del Código Penal, es decir, si estas circunstancias concurren únicamente en el autor, sólo agravarán la pena de éste, si únicamente en el partícipe, sólo a él se aplicará la agravante; existen también, calidades o relaciones personales, que no son consideradas meras circunstancias, sino elementos del delito o presupuestos del evento delictivo; en éstas las opiniones difieren completamente, enfrentándose la tesis de la comunicabilidad, en los supuestos del parentesco requerido por el tipo previsto en el artículo 323 del Código Penal en el sentido de que si los partícipes que no sean hijos del pasivo deberán tener una punición agravada.

Al respecto, se refiere que 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 .(21)

Conforme al artículo 54 del Código Penal, las calidades y relaciones personales que agravan sólo surten efectos en aquellos en quienes concurren, por lo que son intransmisibles, de ello se infiere que quien instiga al hijo a privar de la vida a su padre, no responderá, en términos del artículo 323 del Código Penal, en relación con el 13 fracción V, sino en términos del artículo 307 en relación con el 13 fracción V del citado ordenamiento punitivo mientras que viceversa, el hijo que instiga a un extraño para que de muerte a su padre será sancionado conforme a los artículos 323 y 13 fracción V, ambos del citado ordenamiento punitivo.

Cualidades y relaciones personales que atenúan la pena.

(21) Ob. cit. Carrara, Tomo I pág. 338.

Se estudian aquí como circunstancias generales de atenuación, 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 del Código Penal. Son intransmisibles, solo favorecerán al sujeto en quien concurren.

b).- 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 co-participes 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 artículo 381 fracción I, casa habitación artículo 381 bis, la violencia artículo 372, todos del Código Penal en vigor, y en general, todas aquellas circunstancias que se refieran a la ejecución material del delito (o la modalidad 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, solo gravaran o beneficiaran 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.

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 Código Penal; 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 del 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. En efecto la causa de la exclusión del delito beneficia al autor no al partícipe o autor mediato por ser calidad personal. (22)

Las causas de exclusión de la culpabilidad, v.gr. la inimputabilidad, el error esencial e invencible, impiden la aplicación de las normas sobre participación, debiendo regirse la responsabilidad del "partícipe" conforme a la fracción IV (autor mediato) del artículo 13 del Código Penal; excepto que, en el caso, el inimputable (un joven de doce años, punto de vista estrictamente de la teoría del delito por tanto para este efecto se le considera inimputable (dolo), o el enfermo mental) eventualmente comprendan lo delictuoso de la conducta o el hecho, aplicándose entonces las normas sobre participación. 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. No siendo sostenible dicha teoría actualmente por lo expuesto en la doctrina del dominio final.

Las demás causa 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 Código Penal. De ahí que según MAURACH, lo mas acertado es apartarse del inseguro término de causas de exclusión de la punibilidad, e incluirse en el precepto relativo a la comunicabilidad de las circunstancias únicamente las calidades y relaciones personales excluyentes de la pena. (23)

Entre las relaciones y calidades personales que excluyan la pena, se señalan: las inmunidades públicas, la

(22) Ob. cit. Mezger, Tomo II, pág. 339.

(23) Ob. cit. Maurach, Tomo II, págs. 484.

calidad de cónyuge o hermano del artículo 151 del Código Penal, evasión de presos. Estas circunstancias son intransmisibles, y por ello, el partícipe es plenamente responsable.

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 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. (24) En consecuencia, el instigador y el cómplice deben ser sancionados sin perder cada uno su forma de autoría y participación, sólo les es aplicada la misma sanción, y con la pena correspondiente al autor sin atenuación alguna, siempre que conozcan la presencia de dichas calidades en éste. 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. (25)

EDMUNDO MEZGER, en contra de la teoría dominante, en los supuestos de cualidades personales que fundamentan la punibilidad, exige un efecto mitigador de la accesoriedad. Expresado con otras palabras, para él, estas circunstancias son incommunicables. El profesor alemán sostiene que el sentido propio del delito especial es que sólo la persona que reúne la calidad exigida por el tipo (intrañeus), teniendo en cuenta los especiales deberes que le incumben a él y a su persona, debe aplicarsele 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 puniblemente; pero no hay duda de que la ley, desde el instante en que circunscribe la autoría de la persona del intrañeus, considera punible en menor grado la participación del extraneus; debe

(24) Listz, Tratado de Derecho Penal, Volumen 3, Madrid 1929, pág. 101.

(25) Ob. cit. Maurach, Tomo II, pág. 404.

prevalecer esta postura en contraposición a la anterior. 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 extranjero la pena prevista para el delito especial. De ello se deduce que, "cualquier clase de participación del no cualificado en el delito especial descende por sí misma a la categoría de simple auxilio". (26) 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, artículo 207 fracción I del Código Penal.

H.- LA INSTIGACION

1.- Concepto.- Instigación, (artículo 13 fracción V del Código Penal). Para MAURACH, "instigación es la dolosa incitación, a un sujeto, al hecho punible que dolosamente comete". (27) Según ZAFFARONNI, "Instigador: es el que determina dolosamente a otro a la comisión de un delito doloso". (28) Para SOLER, " es instigador aquél que determina directamente a otro a cometer un delito". (29)

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

(26) Ob. cit. Mezger, Tomo II, pág. 336.

(27) Ob. cit. Maurach, Tomo II, pág. 366.

(28) Ob. cit. Zaffaronni, pág. 664.

(29) Ob. cit. Soler, Tomo II, pág. 200.

delinquir. Pero éste resultado no es punible en si mismo sino que es necesario que la resolución en el autor lo mueva a perpetrar el delito, llegando hasta su consumación al menos en la forma de tentativa. esta es la razón de que el tipo realizado por el autor, represente también el fundamento de la pena del instigador.

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 acción 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. (30)

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.-El dolo del instigador.- Instigación es determinación dolosa a otro a la realización de un delito. Por tanto, el dolo del instigador del consentimiento debe abarcar: la conciencia de la acción de instigación, A, el

(30) Carrara, Programa de Derecho Criminal, Tomo I, editorial Temis, Bogotá, 1956, págs.297 y sigs.

conocimiento de los elementos de la figura delictiva B y la voluntad de la consumación C.

a).- La conciencia de la acción de instigación (objeto personal de la acción de instigación).- Instigar es "determinar dolosamente 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 perpetrar la conducta o hechos 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. Por ejemplo, un preso licita desde su celda por medios secretos, a su desconocido vecino a emprender la evasión. Un sujeto induce a quienes lo rodean a oponerse a los actos de la policía. (31)

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, por ejemplo, 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 seguida de la ejecución del delito, será sancionado conforme al artículo 209 del Código Penal.

b).- El conocimiento de los elementos de la figura delictiva.- Como siguiente presupuesto, la instigación requiere la concreción de la conducta o hechos delictivos,

(31) Idem Maurach, pág. 371.

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 necesario contra bienes personales". (32) 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 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 ajeno", es instigador quien determina dolosamente a otro a la comisión de un delito. De ello se deriva que: objeto primario de la instigación es la determinación dolosa de otro; el objeto final, es el delito mismo. Ahora bien, si el instigador no quiere el resultado de la conducta o hecho del autor, es decir, no tiene la voluntad de consumación, le faltará el dolo necesario en la instigación. Esto es lo que ocurre en el caso del agente provocador. (33)

4.- El agente provocador (Agente Provocateur).- Agente provocador: "es aquél que determina a otro a la perpetración de un delito para hacerlo castigar, sin que pueda llegar a la lesión material del bien jurídico agredido". (34)

(32) Ob. cit. Maurach, Tomo II, pág. 371.

(33) Ibidem págs. 371 y 372.

(34) Heiborn, citado por Villalobos, Dinámica del Delito, Ed. Jus, México 1959, pág. 231.

La cuestión de la responsabilidad del agente provocador ha suscitado diversidad de opiniones, entre las que destacan:

Quienes afirman la impunidad del provocador en los casos siguientes:

a) Siempre que el agente provocador actúe en cumplimiento de un deber y con el propósito de prevenir un evento consumativo, evitando que éste se consuma: En caso de que el delito llegará a producirse, aun cuando el provocador hubiese actuado con el objeto de probar la culpabilidad de un sujeto o asegurar el delincuente a la policía, deberá responder de su comisión. (35)

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. (36) Esto 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 extorsionador. (37)

c) En los supuestos en que se crea una simple ocasión criminal, con la finalidad de probar la culpabilidad de un sujeto; aquí no tiene instigación y por tanto, el provocador es impune. (38)

Quienes sostienen la responsabilidad del provocador como instigador de tentativa del delito o consumación, cuando determine al tercero a delinquir, inclusive si sólo quiso provocar la resolución de éste (del indiciado) para hacerlo aprehender. En estos supuestos hay quienes sostienen, que el provocador deberá ser sancionado a título de culpa sino consigue impedir el resultado. (39) Para otros, en los casos en 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

(35) Ob. cit. Manzini. Tomo III, pág. 277.

(36) Magiore, Derecho Penal. Volumen II, Ed. Themis. Bogotá 1954, pág. 143.

(37) Nuñez, Derecho Penal Argentino, Tomo II, Ed. Omeba, Buenos Aires 1960, pág. 299.

(38) Ob. cit. Maurach, Tomo II, pág. 372.

(39) Ob. cit. Mezger, Tomo II, págs. 312 y 313.

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 el hecho del provocador una referencia de realidad, que no altera la reprochabilidad, y por tanto, deberá aplicarse la sanción respectiva. (40)

De lo anterior habra que considerarse que, gran razón tienen los que 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.

5.- La acción del instigado.- Participación es esencialmente la doloso determinación o auxilio a la comisión dolosa de un delito, ya consumado, ya intentado total o parcialmente, de ello se deriva, que la medida de la realización de los presupuestos previstos en el artículo 12 del Código Penal, (tentativa), como de acuerdo al artículo 13 fracción I del citado ordenamiento, quien interviene en actos preparatorios es responsable del delito, la interrupción del autor en acciones preparatorias dará lugar a la plena responsabilidad del instigador; delimita y prejuzga también la responsabilidad del instigador; éste es plenamente responsable si se ha consumado el delito; su responsabilidad deberá ser fijada atendiendo al mayor o menor grado de aproximación al momento consumativo del delito. Resultará impune, si la tentativa del delito realizada por el autor no es punible. Expresado de modo diverso, la responsabilidad del instigador presupone que instigación haya sido eficaz, es decir, que haya conducido al autor a la realizar a lo menos un comienzo de ejecución.

El exceso del autor, hemos visto que, en virtud del principio de accesoriidad, injusto y punibilidad de la participación se originan de la causación de la conducta o hecho culpables realizados por otro.

(40) Ob. cit. Villalobos, pág. 230

De ello, se deriva el que la responsabilidad penal del instigador, no puede ser mayor que la que prevé el tipo realizado por el autor. Ahora bien, como entre lo que el inductor quiere y hace y lo que en la realidad se produce, existe el factor incalculable de una voluntad ajena en la instigación es aplicable aún mas que en otras situaciones el principio indecuctible de que nunca se corresponden exactamente la representación (del instigador respecto a la conducta o hecho futuro) y la realidad (el delito mismo). (41)

Cabe preguntarnos, cómo se configura la responsabilidad del instigador, cuando el autor hace mas de lo que el determinador quería, es decir, comete un delito mas grave que aquél para el que había sido instigado, bien, desvia su conducta o se hecho en la dirección del injusto, esto es, perpetra un tipo de especie totalmente diferente al pretendido por el instigador. La responsabilidad del instigador esta 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.

a).- 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 mas grave de aquél para el que fue instigado. Por ejemplo X determinó a Y a cometer una violación empleando la violencia moral, pero Y empleo la violencia física. A determinó 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 mas grave, la regla es que el

(41) Ob. cit. Mezger, Tomo II, pág. 313.

instigador sólo responde en la medida de lo que quiso y supo, debiendo atribuirsele sólo el delito para el que determinó, no siendo responsable del exceso del autor. (42) Sólo es posible imputarle el exceso al instigador, en virtud de su dolo eventual, es decir, cuando previó el resultado mas 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. (43) 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. (44) 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.

- (42) Ob. cit. Listz, Tomo III, pág. 93.
(43) Ob. cit. Welzel Parte General pág. 526.
(44) Ob. cit. Carrara, Parte General, pág. 335.

b).- Exceso cualitativo.- Es 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. Ejemplo un sujeto instiga a otro a cometer un homicidio, pero éste prefiere cometer un homicidio, pero éste prefiere cometer un lucrativo fraude. F instiga a I a secuestrar a una mujer, pero I además la viola y la mata. F responde de participación en el secuestro, pero no de participación en la violación ni en 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, en el caso de que este haya derivado del rechazo por parte de B, a la defensa del pasivo del robo; pero no podrá imputarsele tal homicidio, cuando este 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 este 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 conseguiria, por ejemplo quien determine dolosamente 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. (45)

(45) Ob. cit. Mezger, Tomo II, págs. 315 y 316.

c).- La punibilidad del instigador.- En su descripción la mayoría de los 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 (artículo 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 menos normativo de la instigación consistente en la realización del acto que en definitiva se deja desprender 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 reciprocamente consideradas".(46)

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.

I.- LA COMPLICIDAD (artículo 13 fracción VI del Código Penal vigente).

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 el 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 el acto al que se le ha ayudado dolosamente".(47)

(46) Ob. cit. Mezger, Edmundo Tomo II, pág. 318.

(47) Ob. cit. Maurach, Tomo II, pág. 359

2. La conducta del cómplice.- 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. Por ejemplo: 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 bien éste "rechaza de plano toda ayuda podrá hablarse de una completa frustración y por lo tanto, de la impunidad de la complicidad". (48) 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 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 de 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

(48) Idem. Maurach pág. 378.

el cooperador que en apariencia lleva a cabo una conducta de ayuda o auxilio, en realidad dirige el desarrollo del inter criminis. Por ejemplo 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; ejemplo, el no funcionario que conjuntamente con un funcionario redacta un falso documento público. (49)

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. (50)

J.- 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 por el artículo 7 reformado párrafo segundo del Código Penal, 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

(49) Ob. cit. Maurach Tomo II. pág 359.

(50) Idem

complicidad en la tentativa, sino impune complicidad intentada. (51) Se configura la complicidad cuando se realiza la conducta o el hecho que se debían evitar con la realización de la acción omitida; por ejemplo, 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.

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. En el plano normativo donde le problema causal de la participación se plantea y resuelve". (52) 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, (calidad de garante artículo 7° reformado del Código Penal).

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 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. (53) Ejemplos, 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.

(51) Ob. cit. Maurech Reinhart, Tomo II, pág. 379.

(52) Bettiol, Derecho Penal Parte General, Ed. Temis, Bogotá 1985, pág. 504.

(53) Porte Petit, Apuntamiento de la Parte General del Derecho Penal, Tomo I Ed. Porrúa, S.A., México 1980, págs. 308 y sigs.

b) La complicidad puede prestarse antes de la realización del delito o durante su ejecución o 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 antes de la realización del delito permanente, o continuado. En contra MAURACH, para quien la complicidad puede prestarse hasta el agotamiento del delito. (54) Este criterio es aceptable sólo en el auxilio subsecuente; 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 intelectual, pues en virtud de ella, resultará incrementada la fuerza moral del autor en el momento de la comisión del delito. (55)

El auxilio prestado antes de la ejecución tiene por objeto los actos que están ídem 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 preparatorios; (56) v. gr., actos como el de preparar las armas o acechar 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. Ejemplo, "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". (57)

Si tomamos en cuenta la fracción I del artículo 13 del Código Penal, podríamos deducir la complicidad prestada a los actos preparatorios del autor, es punible aún cuando no

(54) Ob. cit. Maurach, Tomo II, pág. 380.

(55) Ibidem.

(56) Ob. cit. Carrara, Parte General, pág. 312.

(57) Ob. cit. Maurach, Tomo II, pág. 380.

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.

1.- El dolo del cómplice.- 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 un 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. (58)

a).- 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, está 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 cooperante a producirlo, es cómplice". En este presupuesto se comprenden: la representación del acto propio, del acto del otro y de que este acto es cumplido por aquél. (59)

(58) Ob. cit. Soler, Tomo II, pág. 271.

(59) Ob. cit. Liszt, Tomo III, pág. 91.

b).- Voluntad de consumación.- El cómplice debe querer, aunque sólo sea con dolo realizado 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.

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. (60)

La conducta o hecho del autor.- La complicidad no es un tipo autónomo sino un concepto de referencia.

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 material, que puede ser prestada en

(60) Ob. cit. Maurach Reinhart. Tomo II, pág. 381

forma eficaz aun cuando el autor nada sepa del auxilio, en virtud de que aqui no se considera la causalidad psiquica del delito, sino simplemente la facilitación dada a la producción material del delito. Ejemplo: "si Ticio hace un arma, responderá de participación en el homicidio aunque Cayo, autor nada sepa de la persona que intencionalmente le ha procurado el arma". (61) Por ello, puede configurarse una participación por auxilio o ayuda sin acuerdo autor y cómplice.

c) 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 solo debe responder del delito que quiso y supo que iba favorecer. Cabe sin embargo preguntarnos, como 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).

Criterios que el juzgador omite aplicar en la práctica en perjuicio y quebranto del inculpado (s) en atención a su seguridad jurídica.

a) Exceso cuantitativo; El cómplice no es responsable por la parte excedente realizada por el autor, esto es por el delito mas grave o distinto en cuanto a las modalidades de la conducta, al acordado, a menos que en los delitos calificados por el resultado mas grave fuera por el previsible.

b) Exceso cualitativo; siempre que el autor cometa una conducta o hecho delictivos, esencialmente distintos a los que el cómplice pretendía prestar ayuda, es decir, un delito de naturaleza diversa, este quedará libre de

(61) Ob. cit. Bettiol, Parte General, pág. 508.

responsabilidad, en razón de que la conducta de complicidad no guarda ninguna relación causal con el resultado realmente producido. (62)

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 las cuales nos remitimos.

2.- 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 estos se contravenga solamente un deber moral o se renuncie al ejercicio de una facultad legítima, y no se viole una obligación jurídica." (63) Algunas legislaciones establecen la connivencia como delito autónomo, fundamentan su incriminación en la seguridad del estado, otras mas llevándola a sus extremas consecuencias, la preceptúan como deber jurídico de todo ciudadano. Sin embargo, la mayor parte de la doctrina 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. (64)

Nuestro sistema penal, 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 de mera connivencia.

(62) Ob. cit. Maurach, Tomo II, pág. 383.

(63) Ob. cit. Manzini, Tomo III, pág. 290.

(64) Ob. cit. Carrara, Parte General, pág. 309.

3.- Punibilidad del cómplice.- 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 concientemente 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 parte de los actos de ejecución que deberían producir el resultado, se producirá 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 nuestra legislación punitiva se establece en el artículo 64 bis, del Código Penal, en el que se establece una punición por parte del juzgador de hasta las tres cuartas partes de la correspondiente al delito cometido por el autor pudiéndose agravar o atenuar de acuerdo a la modalidad respectiva atribuida al autor.

C A P I T U L O I V

LA PARTICIPACION EN LA LEGISLACION PENAL MEXICANA

- A.- LA PARTICIPACION EN LOS DIVERSOS CODIGOS
- B.- LA AUTORIA Y LA PARTICIPACION EN EL CODIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL

CAPITULO IV

A.- LA PARTICIPACION EN LOS CODIGOS DE 1871, 1929 Y 1931

1.- En el 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. En este ordenamiento, 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 su artículo 49, se 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, sino 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 agente. 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). Así mismo, 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 mismo artículo, considera autor a aquel 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 aquellos cuyas conductas o hechos ejecutados que a simple vista parezcan secundarios, son de los más peligrosos o requieren mayor audacia en el agente, (fracción VI). Otras modalidades de la autoría según este artículo, se refieren a aquellos que por vía de determinados medios de difusión estimulan a la multitud a cometer un delito determinado, (fracción III); y a lo que teniendo el deber de castigar o impedir un delito, se obligan con el delincuente a no cumplir con ese deber, (fracción VII).

Por otro lado el artículo 50 del Código Penal de 1871, reglamenta la figura de la complicidad: Estableciendo 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 estaba destinada a la ejecución o a la preparación del delito, esto es, el auxilio debía ser doloso, (fracción I). En su fracción II reglamenta la complicidad intelectual prestada al omnimodo facturaria, (Sujeto que antes de la instigación estaba resuelto a cometer un delito); (1) como psíquica confirmación al sujeto ya decidido a cometer el delito. Prevé el auxilio subseguens (fracción IV). Por último, trata como complicidad la conducta realizada por aquellos que sin previo acuerdo con el delincuente, y teniendo el deber de impedir o castigar un ilícito penal, no cumplen empeñosamente con ese deber, (fracción V).

Al establecer las formas de participación, el Código de 1871, siguió la sistemática clásica tripartita, pues trata al lado de la autoría y de la complicidad, al encubrimiento.

(1) Ob. cit. Mezger, Tomo II, pág. 310.

Por unanimidad doctrinaria y conforme a las legislaciones mas perfectas, el encubrimiento debe quedar excluido de la participacion, 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 realizacion de un delito, y no acordado anteriormente, encontrándose por ello, fuera de toda relacion causal con el resultado.

Al establecer la punibilidad de la participacion, sigue este código la misma tendencia de distincion entre autor y partícipe. Así, según los artículos 219 y 220 al cómplice de un delito se le castigará con la mitad de la pena que le corresponderia si fuera el autor: Para los encubridores, la amenaza punitiva consistia en prision hasta de once meses.

Finalmente, es conveniente citar el artículo 54 del referido ordenamiento, puesto que el mismo se establecia el desistimiento del instigador; valioso precepto que por desgracia desapareció en los códigos que lo suceden. Así este artículo establecia: "El que, por alguno de los medios de que hablan los párrafos primero, segundo y tercero, del artículo 49 y artículo 50 párrafo segundo; provoque o induzca a otro a cometer un delito, quedará libre de responsabilidad si desiste de su resolucion y logra impedir que el delito se consume. Si no logra, pero acredita haber empleado con oportunidad medios notoriamente capaces de impedir la consumacion, se le impondrá la cuarta parte de la pena que merecia sin esa circunstancia. En cualquier otro caso se le castigará como autor o cómplice, según el carácter que tenia en el delito concertado".

Código Penal de 1929.- Esté siguió los pasos de su antecesor, reproduciendo su texto con tenues y superficiales variaciones en los (artículos 36 a 43). En cuanto a la punibilidad, introdujo una innovacion: el arbitrio judicial restringido; estableció para los cómplices

(2) Quintano, Ripoles: Compendio de Derecho Penal, Tomo I, Ed. Revista de Derecho Privado Madrid 1958, pág. 251.

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, (artículo 177 y 178).

3.- En el Código Penal de 1931.- a) Los creadores, de este ordenamiento, 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 esta es considerada autoría intelectual. En el texto original el artículo 13 se hallaba 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 el 9 de marzo de 1946, siguió con 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 competen a otros 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 comento, en lo tocante a la intervención en la

PAGINA DUPLICADA

116

concepción del delito, en virtud de que todo amante racionismo comprende la imposibilidad real e insostenibilidad doctrinaria de esta forma de participación. El defecto de la noción prevista por el Código Penal de 1931, quizá se deba a que recoge equivocadamente lo adoptado 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" (artículo 49 fracción 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 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 obligaron a su inmediata consumación 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 sustraer 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 receptación cuya finalidad lucrativa amerita su regulación en el capítulo patrimonial.

B.- LA AUTORIA Y PARTICIPACION EN EL CODIGO PENAL DEL DISTRITO FEDERAL ARTICULO 13 VIGENTE

1. Sistema seguido por el legislador al establecer en nuestra Código Penal vigente, 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, no la teoría del dominio del hecho, 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 diferenciación y la de la equivalencia nominal y penal. El ordenamiento invocado, hace una distinción entre los participantes, pero deja al arbitrio judicial la graduación de la responsabilidad de cada interviniente (artículo 52 y 53), de ello se deduce que sigue un sistema intermedio.

1.- 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 al código anterior, el artículo de la legislación en comento, 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 que adoptemos. Quiénes de los sujetos que señala el artículo 13, son autores y quienes son partícipes.

Entremos pues al estudio particular de cada una de las fracciones que integran el artículo 13 del Código Penal.

Artículo 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 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 o 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 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.

c) El supuesto de varios sujetos que conciertan cometer un delito determinado, pero no "vuelven a hablar mas del asunto", algunos de ellos cometen el delito sin que los otros nada sepan de la ejecución. Como 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.

PAGINA DUPLICADA

118

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 a 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 partícipes 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, por la tentativa del 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 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 quienes 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 consciente 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. 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 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 artículo 13 del ordenamiento penal, esto es, la autoría accesoria estaría prevista también en la citada fracción.

IV. Los que lo llevan 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 pudieran 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 accesoriedad de la participación, ya partiendo del concepto restrictivo de autor. Conforme a los postulados de la accesoriedad de la participación, ya partiendo del concepto restrictivo de autor. Conforme a los postulados de la accesoriedad, el fundamento de considerar a la instigación como propia participación se encuentra, en su primer requisito: en hacer surgir en otro la resolución del 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 hechos realizados por el autor. (3)

La definición legal de la instigación, como la "determinación dolosa" a otro a cometer el delito, presupone:

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 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 solventar sus gastos con oportunas raterías.

4. El instigador debe obtener la voluntad de consumación, debe querer que el delito a cuya perpetración instiga, se consuma.

VI. Los que intencionalmente presten ayuda o auxilios a otro para su comisión;

De la lectura de la fracción en comento, 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 preceptos semejantes, la ley los ha

(3) Antolisei. Manual de Derecho Penal Parte General, Ed. Uteha, Buenos Aires 1960, pág. 399.

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". (4)

La complicidad por ayuda consiste en prestar una cooperación por acuerdo, antes o durante la ejecución del delito. Ahora bien, como el significado que la de la ley al auxilio posterior a la ejecución del delito en cumplimiento de una promesa anterior (artículo 13 fracción VII del Código Penal), 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. (5) Ejemplos: el suministro de una arma o llaves, distraer a la víctima mientras otros la roban, etc.

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

(4) Ob. cit. Soler, Tomo II, pág. 289.

(5) Ob. cit. Nuñez, Tomo II, pág. 293

como elemento necesario o eventualmente activo en el plano de ejecución o sin que su hecho sea necesario para la perpetración del delito". (6) Ejemplo: prestar servicios profesionales en la realización de los actos preparativos, hacer de vigia, dar instrucciones, prestar apoyo.

Esta distinción, en vista de la indispensabilidad 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 una ganzúa, y aún cuando no le facilite el veneno puede matar con un revólver. Este razonamiento a llevado a CARRARA, a sostener que, "nunca hay una complicidad necesaria en un acto de participación material, porque el delito tiene muchas formas posibles y diversas de ejecución". (7) A pesar de estas observaciones la mayor parte de la doctrina considera que la cuestión de que 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. (8)

VII. Los que con posterioridad a su ejecución auxilien 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 auxilio prometido con anterioridad a la ejecución del delito, y con el encubrimiento la ayuda posterior. El que se

(6) Ob. cit. Manzini, Volumen III, pág. 255.

(7) Ob. cit. Carrara, Parte General, pág. 320.

(8) Ob. cit. Bettiol, Parte General, pág. 510.

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 solo un encubrimiento, se consideran de complicidad, en razón de haber sido prometidas al autor antes de la ejecución del delito. En estos casos, se vea 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 prestación del delito.

VIII. Los que sin acuerdo previo intervengan con otros en su comisión cuando no se pueda precisar el resultado que cada quien produjo.

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 correspectiva". 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 porque de esa denominación; lo mismo le hubieran puesto "venado azul", o cualquier otro nombre. (9)

Mismo artículo 13, del citado ordenamiento, fue reformado de acuerdo a la publicación emitida por el Diario Oficial el día 10 de enero de 1994, mismas que entraron en vigor el día 1 de febrero del mismo año. Ya que estas reformas eran indispensables, toda vez que, se respondía con ello a una necesidad de vital importancia dentro de un ámbito de garantía de seguridad jurídica quedando de la siguiente forma:

(9) Porte Petit, en su cátedra de Derecho Penal I..Facultad de Derecho, U.N.A.M.

Artículo 13.- Son autores o partícipes del delito:

- I.- Los que acuerden o preparen su realización;
- II.- Los que lo realicen por sí;
- III.- Los que lo realicen conjuntamente;
- IV.- Los que lo lleven a cabo sirviéndose de otro;
- V.- Los que determinen dolosamente a otro a cometerlo;
- VI.- Los que dolosamente presten ayuda o auxilio a otro para su comisión;
- VII.- Los que con posterioridad a su ejecución auxilien al delincuente en cumplimiento a una promesa anterior al delito;
- VIII.- Los que sin acuerdo previo, intervengan con otros en su comisión cuando no se pueda precisar el resultado que cada quién produjo.

Los autores o partícipes a que se refiere el presente artículo responderá cada uno en la medida de su propia culpabilidad.

Para los sujetos a que se refieren las fracciones V, VII y VIII, se aplicará la punibilidad dispuesta en el artículo 64 bis de este código.

Con lo señalado anteriormente se pretende que sean "autores o partícipes del delito", observándose, el principio de culpabilidad, puesto que establece que cada autor o partícipe del delito responderán según su propia culpabilidad, trayendo el establecimiento de una punibilidad diferenciada, de acuerdo a lo previsto en el artículo 64 bis reformado.

Ahora bien, el artículo 13, antes de la reforma contenía la denominación "Son responsables del delito", enunciándose las formas de concurrencia en el hecho delictivo; con excepción de complicidad corresponsiva o autoría indeterminada que se sancionaba conforme al artículo 64 bis. Sin establecer el grado de sanción para los partícipes, pudiéndose inferir la misma responsabilidad para

el auxiliador, el encubridor, etc., así como para el autor inmediato o directo; contravieniéndose con ello el principio de culpabilidad a que se a hecho referencia con anterioridad.

La modificación a la fracción VIII, referente a la complicidad correspondiente, se utiliza mejor técnica jurídica dando mayor seguridad para el gobernado al precisar el grado de participación de los sujetos intervinientes.

2.- 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 artículo 39 del código de 1929, constituyen los antecedentes legislativos del actual artículo 14, pasando a este artículo con algunos cambios literales intrascendentes, y su sentido antes positivo, ahora debe ser interpretado a contrario sensu. Conforme al 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 concurren 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
- 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 CARRANCA 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 fracción constituye un medio exigido en el tipo del delito principal, nos encontramos ante la concurrencia de normas incompatibles entre sí, aplicándose en este caso el principio de consunción o absorción, por ejemplo, varios individuos conciertan cometer el delito de fraude para conseguirlo incurren en una falsificación. El delito de falsificación queda absorbido en el delito de fraude, pues ha sido el medio para la realización de este delito.

II. Que el nuevo delito sea una consecuencia necesaria o natural del principal, o de los medios concertados;

Según este precepto, para la responsabilidad participe 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.

Si el autor, comete un delito de naturaleza totalmente diferente al pretendido por los demás partícipes, estos se verán libres de responsabilidad, en virtud de que, la responsabilidad jurídico penal del partícipe esta 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 deliberadamente.

b) Según la instigación, A, debe cometer un robo pero a 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 conjuntamente 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 mas grave que el acordado (exceso cuantitativo), en principio y conforme a las normas sobre 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.

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.

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.

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.

3.- Análisis del artículo 54 del Código Penal vigente.- 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. Preciso precepto que debe alabarse en todo, respecto a sus antecesores, (artículos 54 y 55 del Código Penal de 1931 reformado); quizá lo único que debe reprobárselo, 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 (capítulo III); 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, quedar libre de toda pena sino existe un tipo legal que expresamente sancione su conducta (delito especial en sentido estricto). Fundamento dogmático. de ello (aún 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 (artículo 222 fracción II), el peculado (artículo 223, fracciones 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 determinados tipologías requieren una calidad en el sujeto, preceptuó el legislador que las personas que participen en un delito cometido por servidores públicos, se les inculpará 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 partícipes (coautores), ni a aquéllos que intervienen en la realización de estos delitos expresamente como autores mediatos. (10) 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 afirma que su intervención conjunta o mediata deben sancionarse como complicidad o bien quedar libres de toda pena. (11)

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

(10) Ob. cit. Mezger, Tomo II, pág. 307.

(11) Ob. cit. Mursch, Tomo II, pág. 290.

final del artículo 212 del Código Penal, con los postulados doctrinarios, se llega a la siguiente conclusión: Siempre que se trate de un delito especial en sentido estricto (delitos propios de los funcionarios), la calidad de funcionario constituye una circunstancia fundamentadora de la pena, sustraica 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.

4.- Análisis del artículo 64 bis del Código Penal para el Distrito Federal.

El artículo 64 bis.- Establece, que se impondrá como pena máxima las tres cuartas partes de la correspondiente al delito que fuere.

Dicho numeral, reformado, de acuerdo a la vigencia y publicación en el Diario Oficial, se prevé lo siguiente:

Artículo 64 bis.- En los casos previstos en las fracciones VI, VII y VIII del reformado artículo 13 se impondrá, como pena hasta las tres cuartas partes de la correspondiente al delito de que se trate, y en su caso, de acuerdo a la modalidad respectiva.

De lo anterior se destaca, que el artículo 64 bis del Código Penal, se ocupa de la punibilidad en cuanto a la complicidad, corresponsabilidad o autoría indeterminada, comprendiéndose la punibilidad de los supuestos referentes al auxiliador y al encubridor, contenidos en las fracciones VIII, VI y VII, previstas en el artículo 13, del citado ordenamiento; lo que delimita la pena de acuerdo al grado de culpabilidad de cada sujeto a las tres cuartas partes correspondientes al delito.

5.-Análisis del artículo 122 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal.

El artículo 122.- Establece, que el cuerpo del delito, se comprobará una vez acreditados los elementos del hecho delictivo.

Mismo artículo que en su contenido fué reformado de acuerdo a la publicación y vigencia establecida en el Diario Oficial el día 10. de febrero de 1994, para quedar:

Artículo 122.- El Ministerio Público acreditará los elementos del tipo penal del delito de que se trate y la probable responsabilidad del inculpado como base del ejercicio de la acción; y la autoridad judicial a su vez, examinará si ambos requisitos están acreditados en autos. Dichos elementos son los siguientes:

- I.- La existencia de la correspondiente acción u omisión y de la lesión o en su caso, el peligro a que ha sido expuesto el bien jurídico protegido;
- II.- La forma de intervención de los sujetos activos: y
- III.- La realización dolosa o culposa de la acción u omisión.

Así mismo se acreditarán, si el tipo lo requiere:

- a) Las calidades del sujeto activo y del pasivo;
- b) El resultado y su atribuibilidad a la acción u omisión;
- c) El objeto material;
- d) Los medios utilizados;
- e) Las circunstancias de lugar, tiempo, modo y ocasión;
- f) Los elementos normativos;
- g) Los elementos subjetivos específicos; y
- h) Las demás circunstancias que la ley prevea.

Para resolver sobre la probable responsabilidad del inculpado, la autoridad judicial deberá constatar si no existe acreditada en favor de aquél alguna causa de licitud y que obren en autos datos suficientes para acreditar su probable culpabilidad.

Los elementos del tipo penal de que se trate y la probable responsabilidad se acreditará por cualquier medio probatorio que señale la ley.

Reformando el numeral 122, del ordenamiento arriba señalado, se desprende de acuerdo con las fracciones como de los incisos que lo conforman; el establecimiento de los elementos del tipo considerados como constantes, generales o comunes a toda conducta ilícita, así como los elementos no comunes, ya que se plantean de acuerdo a las exigencias del tipo penal en particular.

De este estudio y análisis, se desprende que todos los tipos penales que se encuentran en el libro segundo del Código Penal, generalmente se refieren al sujeto activo al establecer: v. gr. "al que priva de la vida; al que por medio de la violencia realice cópula; al que se apodera de una cosa ajena" etc.; esto en conjunción con las reformas al artículo 13 del Código Penal, habrá que constatar la conducta del sujeto en el hecho delictivo, ya sea como autor, cómplice o como mero instrumento. Debiendo en consecuencia quedar bien determinada la forma de intervención de los sujetos; ya que dentro de la praxis, la autoridad judicial fracasaría al no acreditar la calidad del sujeto correctamente puesto que tomando el numeral en cita, corresponde al juzgador el resolver sobre la calidad de los sujetos intervinientes en una conducta ilícita; determinando con ello una punibilidad diferenciada o la exclusión del delito de los sujetos, de un hecho delictivo. Y puesto que no se trata solamente de una cuestión de responsabilidad frente al tipo penal, es necesario establecer el carácter causal entre el resultado y la conducta desplegada por el sujeto; considerando para ello lo establecido en la fracción II del artículo 122 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, en la cual se determina la intervención del sujeto activo.

A nuestro juicio el sujeto activo (autor o partícipe) responderá en la medida de su culpabilidad de acuerdo a su concurrencia en el ilícito; lo cual es de equidad ya que no se puede punir de la misma forma al autor directo o mediate que al encubridor pues debe tomarse en cuenta que los autores tienen el dominio pleno, absoluto del hecho, lo cual no ocurre con los partícipes; contemplados en los supuestos de participación establecidos en las fracciones VI, VII y VIII del artículo 13 del Código Penal serán sancionados conforme a lo previsto por el artículo 84 bis del ordenamiento penal citado, en el que se estable las tres cuartas partes de la pena correspondiente al delito que se trate reflejando con ello el legislador una distinción entre los sujetos activos del ilícito.

De todo lo anterior, podemos desprender que en estas reformas al ordenamiento punitivo, se precisan formas generales de intervención en hecho, puesto que solo se habla de autor y partícipe sin ser modificado lo relativo a la autoría pero sin considerarse la intención. Puesto que solo se responderá en la medida de su culpabilidad y serán punibles con la máxima de las dos terceras partes que correspondan al delito cometido. Sin que con ello se infiera precisamente la afirmación de responsabilidad; aunque no obstante se plantea una posibilidad de distinción, entre autoría y participación, no precisa la punibilidad diferenciada con la intervención de sujetos que acuerden o preparen; realicen por sí, conjuntamente o por medio de otro, las cuales especifican diversas formas de autoría. Ya que no resulta justo ni equitativo sancionar igual a un autor directo que a un partícipe sin que se olvide que para aplicar la pena el juzgador deberá atender la modalidad respectiva. Destacando de todo ello, los fines, al determinar hasta que punto tiene alcance y trascendencia frente al tipo penal entre los sujetos activos y pasivos del delito.

6.- La participación en los Códigos Penales de los Estados.

Tendencias seguidas por los Códigos Penales de los Estados al establecer las formas de participación:

a) Siguen la orientación del Código Penal para el Distrito Federal, vigente, los Códigos Penales de: Guerrero de 1986, artículo 17; de Zacatecas de 1986, excepto que elimina el acuerdo y la preparación y al reglamentar al auxilio sub-sequens, habla de acuerdo no de promesa; el de San Luis Potosí de 1985, artículo 8, el de Colima de 1985, artículo 20.

b) Siguen la orientación del Código Penal de 1931, (texto original, artículo 13), el de Hidalgo en su artículo 10, excepto que señala que en el auxilio o cooperación puede haber o no concierto; Yucatán, artículo 13, Chiapas, artículo 12, excepto que la ayuda o cooperación sólo es por concierto previo, y en cuanto a la inducción establece como formas: la orden, el consejo, las promesas y la remuneración; Jalisco, artículo 10, Oaxaca artículo 9; Tlaxcala artículo 10, excepto que la ayuda o cooperación posterior debe ser por medio de actos u omisiones que no sean los expresamente previstos como encubrimiento; Coahuila artículo 10, Tabasco artículo 12.

c) Siguen la orientación del Código Penal de 1931 (anterior); el de Sinaloa de 1940, en su artículo 10, Campeche de 1974, artículo 11, Morelos artículo 10; Nayarit artículo 12, Querétaro, artículo 8, Tamaulipas artículo 13, Jalisco artículo 11.

d) El Código Penal de Sonora establece en su artículo 11, son responsables de los delitos: 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: son responsables de la comisión de un delito: I. Los que toman parte directa en su 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 delinquentes después de que estos realicen los actos u omisiones constitutivos de delito; artículo 17.

Similar lineamiento establece el Código Penal de Quintana Roo, de 1979, artículo 17, excepto que emplea el vocablo compelen, en lugar de inducen.

f) El Código Penal del Estado de México, de 1986, preceptúa en su artículo 11, son responsables de los delitos I. los que con el propósito de que se cometa un delito instigan a otro a cometerlo determinando su voluntad; II. los que ejecutan materialmente 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 impedir su ejecución, no lo impiden pudiendo hacerlo; VII. Los que por acuerdo anterior a la ejecución del delito, auxilian a los responsables de este después de cometerlo; artículo 12.

g) El Código Penal de Durango, de 1983 establece: en su artículo 30, son responsables de un delito: I los que intervienen en el acuerdo, preparación o ejecución del mismo; II. los que instigan 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 inculpaado cumpliendo un acuerdo anterior a la comisión del delito.

h) El Código Penal de Guanajuato de 1978, en su artículo 20 establece, es autor el que comete el delito por sí o por medio de otro que sea inimputable o ininculpable y quedará sujeto a la sanción prevista por el delito cometido. Si se ejecuta el delito por varios en común cada uno será penado como autor. Artículo 21 es instigador el que dolosamente determina a otro a la comisión dolosa de un delito, y será sancionado con la pena establecida para el autor del mismo sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos 23 a 26. Artículo 22, es cómplice el que dolosamente presta ayuda a otro para la comisión dolosa de un delito. Cuando se contribuya con la ayuda posterior al

delito, sólo habrá complicidad si fue convenida con anterioridad al mismo. La pena aplicable al cómplice será de cuatro quintos del mínimo a cuatro quintos del máximo de la sanción señalada para el autor. Artículo 23 cada partícipe será penado conforme a su culpabilidad ; artículo 27, cuando en la comisión de un delito, intervengan dos o mas personas o por aparecer incierta la forma de su participación no pueden 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.

En lo tocante al exceso en la ejecución (artículo 14 del Código Penal vigente), se distinguen las siguientes orientaciones:

a) Siguen el Código Penal de 1931 en vigor para el Distrito Federal; los Códigos Penales de Hidalgo, en su artículo 11, Sinaloa artículo 11, Guanajuato artículo 10,; Campeche artículo 12, Yucatán artículo 14, Chiapas artículo 18, Jalisco artículo 11 y 12; Oaxaca artículo 10, Durango artículo 31, Sonora artículo 12, Nuevo León artículo 42, Tlaxcala artículo 11, Coahuila artículo 11 Guerrero artículo 18, Aguascalientes artículo 13, San Luis Potosí artículo 8, Tabasco artículo 13, Zacatecas artículo 15, Nayarit artículo 13, Querétaro artículo 8, Tamaulipas artículo 14, Michoacán artículo 18, Veracruz artículo 29.

b) El Código Penal del Estado de México establece: artículo 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. artículo 16: Los instigadores serán responsables de los actos a que se extienda la instigación, pero no se los demás que ejecute el instigado a no se que hubiera debido preverlos racionalmente. (artículo 14)

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 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 funden en circunstancias objetivas, si los demás sujetos tienen conocimiento de ellas, artículo 54, siguen en esta postura: el Código Penal de Guerrero de 1986, en su artículo 20.

b) Siguen la orientación del Código Penal de 1931, antes de las reformas a los artículos 54 y 55, (dichas reformas entraron en vigor el 4 de abril de 1984), artículo 54, las circunstancias calificativas o modificativas de la sanción penal que tienen relación con el hecho u omisión sancionados, aprovechan o perjudican a todos los que intervienen en cualquier grado en la comisión de un delito. Artículo 55, las circunstancias personales de alguno o algunos de los delinquentes, cuando sean modificativas o calificativas del delito, perjudican a todos lo que lo cometen con conocimiento de ella. Siguen esta tendencia: los Códigos Penales de Hidalgo, artículo 71, Sinaloa artículo 49 y 50, Guanajuato artículos 50 y 51, Campeche artículo 51 y 52, Yucatán artículo 69 y 70, Chiapas artículo 55 y 56, Jalisco artículo 45 y 46, Sonora artículo 55, (precepto igual al establecido en el artículo 54 del Código Penal de 1931, para el Distrito Federal); Oaxaca artículo 65 y 66, Morelos artículos 56 y 57, Tlaxcala artículo 36 y 37, Coahuila artículo 43 y 44, Nayarit artículo 54, Querétaro Artículos 48 y 49, Jalisco artículo 43 y 44, Baja California artículo 54 y 55.

c) El Código Penal de Michoacán establece: las relaciones calidades y circunstancias personales que excluyen, aumentan o disminuyen la sanción, no se comunican entre los partícipes, artículo 19.

d) Conforme al Código Penal del Estado de México, en su artículo 14 establece 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 de éste aprovechan únicamente aquellos a quienes concurren. (artículo 15).

e) El Código Penal de Durango de 1983, establece: Las relaciones cualitativas o circunstancias personales que aumentan o disminuyen la sanción no tendrán influencia sobre los participantes excepto cuando tengan conocimiento de ellas, artículo 32. Las circunstancias del delito que aumenten o disminuyen la sanción aprovechen o perjudican a todos los que intervengan en cualquier grado en la comisión del mismo, artículo 33.

f) El Código Penal de Colima preceptúa: Las circunstancias personales o subjetivas que excluyan o disminuyan la sanción se comunican a los partícipes. Si la aumentan, sólo se comunican a quienes tenían conocimiento de ellas, artículo 22. Las circunstancias del delito que aumentan o disminuyen la sanción aprovechan o perjudican a todos los que intervinieron en cualquier grado en la comisión del delito mismo, (artículo 22).

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 (artículo 54). Las circunstancias personales de alguno de los delincuentes cuando sean elemento constitutivo, modificativo o cualitativo del delito sólo perjudican a quienes lo cometen con conocimiento de ellas, (artículo 55).

h) El Código Penal de Michoacán de 1980, señala: artículo 19, las relaciones cualitativas 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 perjudiquen a todos los que intervengan en cualquier grado en la comisión del delito.

i) El Código Penal de Nuevo León establece: artículo 43, las calidades o relaciones personales y los demás elementos de carácter subjetivo, integrantes de la descripción legal del hecho, que concurren en algunos de quienes lo han realizado, se comunicaran a los demás autores y partícipes que hubieran tenido conocimiento de ellos. Si no los hubieran conocido sufrirán 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 aquellos en quienes concurren.

j) El Código Penal de Guanajuato, establece: en su artículo 24, las causas personales de exclusión de la pena sólo favorecerán al partícipe en quienes concurren; En el artículo 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. En el artículo 26 se establecen las calidades, relaciones personales o elementos de carácter subjetivo integrantes de la descripción legal que concurren 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.

CONCLUSIONES

PRIMERA.- Por sorprendente que parezca, consideramos que aún en la actualidad se mantiene vivo el debate en torno al autor del hecho, sea que se reconozca el carácter de figura central del evento delictivo o que prescindiéndose de esta idea, se admitan diversas formas de autor.

SEGUNDA.- Por lo que hace a la autoría es uno de los problemas teóricos a los que se ha enfrentado la dogmática jurídico penal, y al tratar delimitar este concepto de las otras figuras de participación, se han desarrollado una variedad de teorías para definir la autoría.

TERCERA.- Creemos que no es con la utilización exclusiva de alguna teoría como se podrá deslindar el concepto de autor y otras figuras de participación. La gradación en que han sido presentados en este trabajo algunas situaciones controvertidas, ilustradas mediante ejemplos nos dejan ver la tácita presencia de otros elementos: material y no formal, objetivo y no subjetivo; sin que correspondan a ninguna de las teorías objetivas, materiales o subjetivas; a las que la doctrina volvió la espalda; ese elemento constituye el dominio del hecho, sostenido por la Doctrina Finalista, la cual nos parece permitirá hacer claro en la praxis judicial el deslinde entre autor y partícipes, así como la punibilidad para imponer de acuerdo al dominio del acto y voluntad final, deslinde para el que diversas teorías hoy aplicadas, no brindan criterios netos y uniformes de delimitación sobre el particular.

CUARTA.- debe afirmarse y aceptarse que si bien el autor surge como la figura central en torno a la cual habrá de erigirse la punición de otras formas de participación en la comisión de un evento delictivo, no es dable de él ofrecer un concepto que comprenda todas las especies de autor que la ley prevé, pues la imperiosa necesidad de conciliar la exigencia de certeza immanente al derecho penal con la de la elaboración de sus propios conceptos ha cubierto de falacias formalistas que atentan contra todo sentido valorativo; siendo permisible la aplicación de la teoría del dominio del hecho, que en el ámbito

propios conceptos ha cubierto de falacias formalistas que atentan contra todo sentido valorativo; siendo permisible la aplicación de la teoría del dominio del hecho, que en el ámbito de la coerción penal deberá ser sustentado en forma cuidadosa, tanto en relación al plano objetivo como al subjetivo, principalmente en la concurrencia plurisubjetiva, al ser dicha teoría la que hasta el momento brinda la fórmula de un concepto único de autor igualmente satisfactorio para las diversas formas de autor.

QUINTA.- La fijación de las penas debe aplicarse tomando en cuenta no solo los límites señalados para cada delito, o gravedad del mismo, y grado de culpabilidad del agente activo; sino también es necesario que se tenga del concepto de autor de un evento delictivo, el cual solo podrá ser encontrado en el ordenamiento penal sustantivo, así como en la vigencia de la Doctrina Finalista.

SEXTA.- La observancia y aplicación de la Doctrina Finalista conducirá a un nuevo tratamiento de las conductas delictivas, al establecer los postulados de esta teoría los principios delimitadores para sancionar al sujeto activo del delito precisando y estableciendo la punibilidad de manera racional a fin de que cada uno de los autores o partícipes del delito responda según su propia culpabilidad, y en consecuencia su punibilidad será diferenciada.

SEPTIMA.- Si bien la Doctrina Finalista, consideramos es la mas adecuada, dentro de la hipótesis planteada en este trabajo, como criterio diferenciador de las formas de participación en un evento delictivo; pues de no precisarse ello, podría orillar a confusiones, en virtud que no debe identificarse el dominio del acto con el dolo; ya que con el dolo se conducen los partícipes puesto que si bien el dolo configura el dominio del hecho, en los casos que el delito es realizado por un solo hombre, no así en los delitos de intervención plurisubjetiva; en donde el dolo es mas extenso que el dominio del acto, pues este último lo poseen únicamente los autores; en cambio el dolo pertenece a todos los que incurrén en la perpetración del evento delictuoso, debiéndose su conducta y punición diferenciar; atento a la conducta final desplegada por cada uno de ellos en la realización del resultado.

OCTAVA.- Por lo que consideramos imperante la introducción de un concepto de autor como de partícipe en la ley penal sustantiva; a fin de delimitar la extensión o reducción de la

participación del sujeto activo del delito; puesto que de esta manera el juzgador tendrá sustento jurídico, que le permitan determinar el grado de participación del sujeto activo del delito, en las diferentes formas de realización de dicho acto, así como la punición correspondiente a cada uno de ellos.

NOVENA.- No puede ni debe seguirse admitiendo un concepto de autor extensivo, al pretender tener como autor a todo sujeto que esta en relación causal con el evento delictivo pues ello no conlleva a determinar que no existe razón para distinguir entre las diversas formas de participación en la perpetración de un delito, lo cual resulta improcedente e insostenible para considerarlo como criterio diferenciador para racionalizar la punición de cada sujeto interviniente, al pasar por alto el principio nullum crimen nulla poena sine lege.

DECIMA.- Debe rechazarse el concepto restrictivo de autor sostenido en la doctrina y la práctica de los juzgadores, al solo tomar en cuenta el concepto de la realización típica; sin atender al contenido de la voluntad, pasando por alto aquellos casos en que algún interviniente, aún cuando no ha realizado una conducta o hechos típicos debe ser inculminado como autor, en virtud de esa voluntad a la realización común del delito, pudiendo ser esta inculminación mayor a la de aquél que realiza la conducta típica.

DECIMA PRIMERA.- Consideramos que nuestra legislación penal actual, no debe seguir sosteniendo únicamente el concepto de autor; sino que este debe encontrarse a partir de la elaboración de cada uno de los delitos, en la acción u omisión del autor; debiéndose por ello incluir un concepto de autor y participe con características propias para cada tipo.

DECIMA SEGUNDA.- Es por lo que en este trabajo, aportamos los siguientes conceptos aplicables al Código Sustativo. Autor del evento delictivo, es aquél que mediante una conducta orientada por su voluntad rectora final dirige con pleno dominio el evento delictivo a la transgresión de un bien jurídico que la Ley Penal protege. Participe, será aquél, que con la correspondiente diferenciación de punición respecto de aquél interviniente que no contenía ese dominio del evento devalorado.

BIBLIOGRAFIA

LIBROS

ANTOLISEI, FRANCESCO MANUEL.
MANUAL DE DERECHO PENAL, TOMO II.
EDITORIAL UTHEA, BUENOS AIRES, 1960

BETTIOL, GIUSEPPE.
DERECHO PENAL, PARTE GENERAL.
EDITORIAL TEMIS, 4a. EDICION, BOGOTA, 1954.

CARRANCA Y TRUJILLO, RAUL.
DERECHO PENAL MEXICANO, PARTE GENERAL.
EDITORIAL PORRUA, S.A., MEXICO, 1988.

CASTELLANOS TENA, FERNANDO.
LINEAMIENTOS DE DERECHO PENAL.
EDITORIAL PORRUA, S.A., 8a. EDICION MEXICO, 1984.

CUELLO CALON, EUGENIO.
DERECHO PENAL, TOMO I.
EDITORIAL NACIONAL, S.A., 9a. EDICION, ARGENTINA, 1975.

JIMENEZ DE ASUA, LUIS.
LA LEY Y EL DELITO.
EDITORIAL HERMES, 2a. EDICION, MEXICO, 1954.

MAGGIORE, GIUSEPPE.
DERECHO PENAL, TOMO II.
EDITORIAL THEMIS, BOGOTA, 1954.

MANZINI, VICENZO.
TRATADO DE DERECHO PENAL, TOMO III,
EDITORIAL EDIAR, S.A. BUENOS AIRES, 1949.

MAURACH, REINHART.
TRATADO DE DERECHO PENAL, TOMO II,
TRADUCCION DE JUAN CORDOBA RODA,
EDICIONES ARIEL, BARCELONA, 1962.

MEZGER, EDMUNDO.
TRATADO DE DERECHO PENAL, TOMO II,
TRADUCCION DE LA SEGUNDA EDICION ALEMANA
POR JOSE RODRIGUEZ MUÑOZ,
EDITORIAL REVISTA DE DERECHO PRIVADO,
MADRID, 1949.

NUÑEZ C. RICARDO.
DERECHO PENAL, TOMO II,
EDITORIAL OMEBA, BUENOS AIRES, 1960.

PAVON VASCONCELOS, FRANCISCO.
MANUAL DE DERECHO PENAL MEXICANO,
PARTE GENERAL,
EDITORIAL PORRUA, S.A., MEXICO, 1990.

PORTE PETIT CANDAUDAP, CELESTINO.
APUNTAMIENTOS DE LA PARTE GENERAL DEL DERECHO PENAL,
TOMO I, EDITORIAL PORRUA, S.A., 5a. EDICION, MEXICO, 1980.

PORTE PETIT CANDAUDAP, CELESTINO.
DOGMATICA SOBRE LOS DELITOS Y LA SALUD PERSONAL,
EDITORIAL PORRUA, S.A. 7a. EDICION, MEXICO, 1982.

QUINTANO RIPOLLES, ANTONIO.
COMPENDIO DE DERECHO PENAL, VOLUMEN I,
EDITORIAL REVISTA DE DERECHO PRIVADO,
3a. EDICION, MADRID, 1958.

WELZEL, HANS.
DERECHO PENAL, PARTE GENERAL,
EDITORIAL ROQUE DE PALMA,
BUENOS AIRES, 1956.

VILLALOBOS. IGNACIO.
DINAMICA DEL DELITO.
EDITORIAL IUS. MEXICO. 1959.

ZAFFARONNI. RAUL.
TEORIA DEL DELITO.
EDICIONES EDIAR. BUENOS AIRES. 1973.

L E Y E S

CODIGO PENAL DE 1871.
MEXICO, 1871.

CODIGO PENAL DE 1929.
EDITORIAL PORRUA. S.A., MEXICO, 1929.

CODIGO PENAL DE 1984.
EDITORIAL PORRUA. S.A., MEXICO, 1984.

CODIGO PENAL DE 1992.
EDITORIAL PORRUA. S.A., MEXICO, 1992.

CODIGO PENAL DE 1994.
EDITORIAL PORRUA. S.A., MEXICO, 1994.

CODIGO DE PROCEDIMIENTOS PENALES PARA EL DISTRITO FEDERAL.
EDITORIAL PORRUA. S.A., MEXICO, 1992.

CODIGO DE PROCEDIMIENTOS PENALES PARA EL DISTRITO FEDERAL.
EDITORIAL PORRUA. S.A., MEXICO, 1994.

CODIGO PENAL DE COLIMA.
EDITORIAL PORRUA. S.A., MEXICO, 1993.

CODIGO PENAL DE CHIAPAS.
EDITORIAL PORRUA, S.A., MEXICO, 1993.

CODIGO PENAL DE COAHUILA.
EDITORIAL PORRUA, S.A., MEXICO, 1994.

CODIGO PENAL DE DURANGO.
PORRUA, S.A., MEXICO, 1994.

CODIGO PENAL DEL ESTADO DE MEXICO.
EDITORIAL PORRUA, S.A., MEXICO, 1994.

CODIGO PENAL DE GUERRERO.
EDITORIAL PORRUA, S.A., MEXICO, 1994.

CODIGO PENAL DE HIDALGO.
EDITORIAL PORRUA, S.A., MEXICO, 1994.

CODIGO PENAL DE JALISCO.
EDITORIAL PORRUA, S.A., MEXICO, 1993.

CODIGO PENAL DE MICHOACAN.
EDITORIAL PORRUA, S.A., MEXICO, 1993.

CODIGO PENAL DE NUEVO LEON.
EDITORIAL PORRUA, S.A., MEXICO, 1993.

CODIGO PENAL DE QUERETARO.
EDITORIAL PORRUA, S.A., MEXICO, 1994.

CODIGO PENAL DE VERACRUZ.
EDITORIAL PORRUA, S.A., MEXICO, 1994.

CODIGO PENAL DE SAN LUIS POTOSI.
EDITORIAL PORRUA, S.A., MEXICO, 1993.

CODIGO PENAL DE SINALOA.
EDITORIAL PORRUA, S.A., MEXICO, 1992.

CODIGO PENAL DE SONORA.
EDITORIAL PORRUA, S.A.. MEXICO. 1993.

CODIGO PENAL DE TLAXCALA.
EDITORIAL PORRUA, S.A.. MEXICO. 1994.

CODIGO PENAL DE ZACATECAS.
EDITORIAL PORRUA, S.A.. MEXICO. 1993.

O T R A S F U E N T E S

REVISTA CRIMINALIA ACADEMIA MEXICANA DE CIENCIAS PENALES
EDITORIAL PORRUA, S.A.. MEXICO. ENERO- DICIEMBRE, 1987.

REVISTA CRIMINALIA ACADEMIA MEXICANA DE CIENCIAS PENALES
EDITORIAL PORRUA, S.A.. MEXICO. ABRIL- DICIEMBRE, 1986.

REVISTA CRIMINALIA ACADEMIA MEXICANA DE CIENCIAS PENALES
EDITORIAL PORRUA, S.A.. MEXICO. OCTUBRE- DICIEMBRE, 1988.

CARRANCA Y TRUJILLO, RAUL Y CARRANCA Y RIVAS, RAUL.
CODIGO PENAL ANOTADO.
EDITORIAL PORRUA, S.A.. 14a. EDICION, MEXICO, 1989.

GONZALEZ DE LA VEGA, FRANCISCO.
CODIGO PENAL COMENTADO.
EDITORIAL PORRUA, S.A.. 9a. EDICION, MEXICO, 1987.

DICCIONARIO JURIDICO MEXICANO, TOMO I.
EDITORIAL PORRUA, S.A. 3a. EDICION, MEXICO, 1989.