

410721
294



**UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA
DE MEXICO**

**ESCUELA NACIONAL DE ESTUDIOS PROFESIONALES
CAMPUS ARAGON**

**ANALISIS TEORICO - JURIDICO DEL
ACUERDO 22 DEL CODIGO PENAL PARA
EL DISTRITO FEDERAL A LA LUZ DE LA
TEORIA DE LA ACCION FINALISTA"**

T E S I S
QUE PARA OBTENER EL TITULO DE:
LICENCIADO EN DERECHO
P R E S E N T A :
JUAN DE LA CRUZ MEDINA RODRIGUEZ

ASESOR:
MTRA. MA. GRACIELA LEON LOPEZ

MEXICO

SEPTIEMBRE 2003

A



Universidad Nacional
Autónoma de México

Dirección General de Bibliotecas de la UNAM

Biblioteca Central



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 esta 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.

PAGINACION

DISCONTINUA

**ANÁLISIS TEÓRICO JURÍDICO DEL ARTÍCULO 22 DEL
CÓDIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL A LA LUZ DE
LA TEORÍA DE LA ACCIÓN FINALISTA**

A Dios,

Por darme la vida y la oportunidad de pecatarme cuan hermosa puede ser mientras se quiera y se ame.

A mis padres,

Por haber legado en mi los principios morales de los cuales me enaltezco, dándome durante toda vida el ejemplo de lo que significa ser padres.

A mis hijos Franco y Aldo,

Con todo mi corazón, quienes son la razón de mi existir y como una pequeña muestra dentro de otras más que tengo que darles, que tengan la plena seguridad de que nunca estaremos distantes. Los amo.

A mis hermanos,

Juan Manuel, Luz María, María Beatriz, José Eduardo, Blanca Estela, Miguel Ángel, María Guadalupe, Norma Angélica. Por el amor que les profeso sin distinción alguna.

A la memoria inolvidable de mis hermanos,

Jorge, María Eugenia y Agustín (↔)

Al Magistrado Sadot Javier Andrade Martínez,

a quien considero mi tutor académico, pero sobre todo el amigo que todos desean tener y de quien me siento muy afortunado que yo sea uno de ellos.

A la Licenciada María del Pilar Avilés Hernández,

por su cariño, comprensión y confianza, deseoso pero a la vez paciente de que nuestras pretensiones se cristalicen.

A la Licenciada Graciela León López,

por su amistad y apoyo incondicional, orgulloso de tener dentro del seno de los universitarios a personas como ella.

A la Universidad Nacional Autónoma de México

A quien considerare siempre mi alma mater.

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN

Pág.

CAPITULO I. ÁMBITO HISTÓRICO Y FORMAS DE PARTICIPACIÓN PREVISTAS EN LOS CÓDIGOS PENALES APLICABLES AL DISTRITO FEDERAL.

1.1.-Derecho Romano.....	1
1.2.-Derecho Español.....	2
1.3.-Derecho Precolonial y Colonial.....	5
1.4.-Código Penal de 1871.....	7
1.5.-Código Penal Mexicano de 1929.....	8
1.6.-Código Penal Mexicano de 1931.....	11

CAPÍTULO II. AUTORÍA Y PARTICIPACIÓN.

2.1.-Autoría Directa.....	13
2.2.-Denominación.....	13
2.3.-Concepto Amplio y Estricto de Autor.....	14
2.4.-Teorías Para Determinar la Calidad de Autor.....	17
2.5.-Teoría Formal Objetiva.....	17
2.6.-Teoría Subjetiva.....	18

2.7.-Teoría del Dominio del Hecho.....	19
2.8.-Elementos del Autor.....	25
2.9.-Generales.....	25
2.10.-Especiales.....	26
2.11.-Calidades Subjetivas.....	26
2.12.-Calidades Objetivas.....	26
2.13.-Delitos Especiales.....	26
2.14.-Delitos de Propia Mano.....	34
2.15.-Delitos Culposos.....	35
2.16.-Delitos de Comisión por Omisión.....	38
2.17.-La Ley.....	38
2.18.-El Contrato.....	39
2.19.-La Conducta Precedente del Sujeto Activo.....	39
2.20.-Autoría Mediata.....	41
2.21.-Denominación.....	41
2.22.-Origen de la Autoría Mediata.....	42
2.23.-Elementos de la Autoría Mediata.....	43
2.24.-Problemática de la Autoría Mediata.....	44
2.25.-Autoría Mediata y Vis Absoluta.....	45
2.26.-Autoría Mediata y Vis Compulsiva.....	45
2.27.-Autoría Mediata en Tentativa.....	47
2.28.-Tentativa en la Autoría Mediata.....	47
2.29.-Desistimiento y Arrepentimiento del Autor Mediato.....	49
2.30.- Desistimiento y Arrepentimiento del Ejecutor.....	49

2.31.-Exceso del Ejecutor.....	50
2.32.-Autoría Mediata en Delitos Especiales.....	51
2.33.-Autoría Mediata en los Delitos de Propia Mano.....	52
2.34.-Autoría Mediata en Delitos Culposos.....	53
2.35.-Formas de Participación.....	54
2.36.-Generalidades.....	54
2.37.-Accesoriedad de la Participación.....	55
2.38.-Accesoriedad Mínima.....	56
2.39.-Accesoriedad Limitada.....	57
2.40.-Accesoriedad Extrema.....	58
2.41.-Hiperaccesoriedad.....	59
2.42.-Eficiencia Finalística del Partícipe.....	61
2.43.-Concurrencia de Participaciones.....	62
2.44.-Instigación.....	63
2.45.-Modos de Instigar.....	64
2.46.-La Complicidad.....	68
2.47.-Denominación.....	68

CAPITULO III. PROBLEMÁTICA JURÍDICA.

3.1.-Principio de Legalidad.....	69
3.2.-Garantía de la Exacta Aplicación de la Ley en Materia Penal.....	69
3.3.-Extensión de la Garantía.....	75

3.4.-Interpretación Analógica y por Mayoría de Razón.	77
3.5.-Comunicabilidad y Accesoriedad	79
3.6.-La Accesoriedad.	80
3.7.-Tipos Abiertos.	80
3.8.-Tipos Abiertos y Concepto Personal del Injusto	81
3.9.-Tipos Abiertos y el Contenido Valorativo del Tipo Penal	81
3.10.-Tipos Abiertos y la Materia de la Prohibición	81
3.11.-Tipos Abiertos y Cerrados	82

CAPITULO IV. TEORIAS PARA DETERMINAR LA CALIDAD DE AUTOR.

4.1.-Causalismo.....	84
4.2.-Finalismo.....	86
4.3.-Postulados Finalistas.....	87
4.4.- Análisis del Artículo 22 del Código Penal para el Distrito Federal.....	89

Conclusiones

Bibliografía

INTRODUCCIÓN

En el sistema penal mexicano, la interpretación de las normas que regulan el concurso de personas en un evento delictivo, pone de relieve diversas consecuencias jurídicas, es decir, que entre la variedad de conductas desplegadas por varios sujetos que confluyen en un hecho ilícito, se plantea la problemática de las formas de concurso, que valorando los actos realizados en el mismo evento antijurídico demuestran que no todas las conductas son idénticas sobre el plano de los efectos jurídicos, de ahí la necesidad de establecer una regulación técnico-jurídica que permita delimitar en justicia las consecuencias jurídicas de reprochabilidad de cada sujeto de acuerdo a su particular intervención y así, lograr un criterio uniforme al respecto. Esto significa que el ordenamiento penal mexicano deberá contener un catálogo de sanciones atendibles a su tipo de intervención en la ejecución del delito (autor, cómplice, instigador, etc). Y el cumplimiento de dicha función sólo podrá lograrse mediante el empleo de criterios adecuados que determinen las conductas que deban sancionarse penalmente en mayor o menor medida; es por ello, que ante esta problemática nace el deseo y justificación del presente trabajo, el cual para su estudio ha sido estructurado de la siguiente manera: En el capítulo primero se hará una referencia a los antecedentes históricos y transformaciones que ha sufrido el numeral 13 del Código Penal; a este respecto es menester destacar, que por decreto de fecha 11 once de julio del año 2002 dos mil dos, publicado en la Gaceta Oficial del Distrito Federal en fecha 16 dieciséis del mes y año mencionado, se abrogó el Código Penal de 1931 mil novecientos treinta y uno, entrando en vigor un nuevo Código

Penal para el Distrito Federal, que inicio su vigencia el día 12 doce de noviembre del mismo año; es por ello, que durante el desarrollo de este modesto estudio se hará mención al dispositivo legal que actualmente prevé lo inherente a las figuras autoría y participación y que es el artículo 22 del Nuevo Código Penal para el Distrito Federal; pues bien, una vez hecha esta acotación, en el capítulo segundo, se hará referencia a la ubicación de la participación en la teoría del delito estableciendo las diversas formas de participación así como de autoría que regula el multicitado numeral del Código Sustantivo Penal; en el capítulo tercero se analizará lo que es el principio de legalidad consagrado en el artículo 14 de nuestra Constitución Política, además de señalar lo que significa la comunicabilidad así como la accesoriedad y por último lo que en nuestro sistema penal mexicano implica el sistema de números abiertos así como los cerrados; finalmente en el capítulo cuarto se elaborara un estudio acerca de las teorías denominadas casualismo y finalismo para concluir con un breve análisis del artículo 22 del Código Penal con un planteamiento y propuesta.

Lo anterior nos lleva necesariamente a delimitar como y en que forma puede determinarse la responsabilidad penal de los sujetos, de acuerdo a su intervención en la ejecución de un injusto penal, destacando que aún frente a la diversidad de criterios sustentados al efecto se presenta una propuesta de modificación que regula las formas de la autoría, pero sobre todo las inherentes a la participación delictiva que es en donde el problema se acrecenta por su grado de complejidad dado que además se objetiviza en nuestro Código Punitivo la eterna discusión sobre la legalidad de la ampliación de la responsabilidad, dando origen a las diversas modificaciones que hasta ahora ha venido sufriendo el

artículo 13 de dicho ordenamiento Jurídico; actualmente 22 como ya se ha mencionado.

CAPITULO I

ÁMBITO HISTÓRICO Y FORMAS DE PARTICIPACIÓN PREVISTAS EN LOS CÓDIGOS PENALES APLICABLES AL DISTRITO FEDERAL

1.1.-Derecho Romano.

Los romanos no concibieron una sistemática adecuada respecto de la autoría y participación, puesto que como lo refiere Carrara, fueron gigantes en el Derecho Civil, pero pigmeos en el Derecho Penal; pese a ello, sus ideas en éste sentido cobraron una gran influencia en legislaciones posteriores.

El pensamiento jurídico al que se hace referencia, distinguió dos clases de delitos, a saber; los públicos (crimina) y los privados (delicta); al concurso de personas en la comisión de un delito lo llamaron *codelinuencia* la cual se manifestaba "En forma de coparticipación igual a la de otros individuos que cooperasen en el delito (*socii*), en forma de instigación (autor) y en forma de ayuda antes o después del hecho".⁽¹⁾

Esta distinción, no obstante, careció de relevancia; puesto que los grados de participación en un evento delictivo no tenían una determinación precisa y por ende una adecuada aplicación judicial; "La complicidad, era ordinariamente castigada como la autoría".⁽²⁾

⁽¹⁾ Mommsen, Teodoro, Derecho Penal Romano, Traduc. P. Dorado, Editorial., La España Moderna, Madrid, 1898, p. 106

⁽²⁾ Jimenez de Asúa Luis., Tratado de Derecho Penal, T. I. 2ª Ed., Editorial. Lozada, Buenos Aires, 1866, p. 276.

en tanto que "Entre el hecho mismo ó delito el auxilio no se establecía desde el punto de vista de la punición, ni tampoco en la fórmula. Este principio parece que hubo que ser aplicado a todos los delitos".(3). Por ejemplo tratándose del delito de robo al encontrarse el objeto material en casa de alguien, "Este respondía de una multa privada de tres veces el valor del objeto, sin que el propietario del bien robado tuviese que comprobar que el detentor del objeto era el ladrón o un cómplice".(4).

De esta guisa de referencias, se advierte, que aún cuando literalmente autor y cómplice no era lo mismo, jurídicamente los romanos consideraron que tenían el mismo grado de responsabilidad en el hecho cometido, sentándose las bases de lo que ahora se conoce como la teoría del concepto amplio de autor.

1.2.-Derecho Español.

La Génesis de nuestro derecho punitivo la tenemos en las raíces de las leyes españolas; de ahí la trascendente importancia de referir aunque sea en forma escueta los principales ordenamientos que tuvieron vigencia en España.

(3) Mommsen Op. Cit., p. 108

(4) Fions Margadán G., Derecho Romano, 11ª. Ed., Editorial, Estinge, México., 1982, p. 434.

En el año 1672 apareció el Fuero Juzgo o Lex Visigotorum. Sus leyes penales carecieron de preceptos generales que constituyeron lo que hoy conocemos como parte General de un Código Punitivo; las figuras de autor y cómplice se hallaban reguladas en cada caso concreto y ordinariamente se castigaba a ambos, e incluso al encubridor, con la misma pena. Valga citar como ejemplo la Ley VII del Título II, del Libro VII, que dice: "De los que son sabidores del furto.- no deben ser dichos ladrones tan solamiente los que fazen el furto; mas que lo saben ó lo concienten, en lo que reciben la cosa del fruto sabiéndolo. E por ende mandamos que estos reciban otra tal pena cuemo los ladrones".⁽⁵⁾.

Con el propósito de sepultar la anarquía legislativa que señoriaba su reino, Alfonso X, "El sabio", decretó hacia el año de 1255, el Fuero Real, ordenamiento éste que respecto a la concurrencia de personas en un evento delictivo siguió la misma línea del Fuero Juzgo, regulado en forma rudimentaria y en cada caso en particular, las figuras de autor y partícipe. Verbigracia, en la ley XXI del Título IV, relativo al Libro IV, se encuentra el texto siguiente: "Que pena ha el que ficiere ó aconsejare moneda falsa.- Siervo ó Vasallo, ó otro home cualquier que éste a mandado de otro, é si por mandado de aquél su señor ficiere falsa moneda, ó fuere en consejo de la facer, ó fuere encubridor de ello; otro si, ficiere, ó aconsejare ó encubriere algún fecho malo señoría del Rey ó traer la villa en que morare, o el pueblo en poder de sus amigos, muera por ello".⁽⁶⁾.

⁽⁵⁾ Los Códigos Españoles, Tomo del Fuero Juzgo Editorial La Publicidad, Madrid, 1948, p. 159.

⁽⁶⁾ Ibidem, p. 405.

Al igual que sus similares textos legislativos, Las Siete Partidas fueron parcas en regular la coparticipación delictuosa con fórmulas generales que fueran válidas para todos los hechos punibles: El grado de responsabilidad de los hechores de un injusto se regía por las normas aplicables al caso concreto, coincidiendo la pena para todos, baste citar el siguiente texto: "A quien fuere provado que hizo furto en alguna de estas maneras, debe morir por ende e quantos dieren ayuda, é consejo a tales ladrones, para fazer el furto, o los encubrieren en sus cosas, ó en otros lugares, deven aver aquella mesma pena". (Ley XVIII, Título X; Séptima Partida".⁽⁷⁾ La efímera vigencia del Código Penal Español de 1822, no le resta mérito alguno en su consagración como modelo de un ordenamiento moderno. En efecto, en su estructura se advierte una parte general, que contiene reglas aplicables a todos los delitos previstos en una Parte Especial. En relación a la coparticipación, sujeto a responsabilidad penal a los autores, cómplices, auxiliadores, fautores, receptores y encubridores (artículo 12); señalando en forma por demás casuística, que debería entenderse por cada figura (artículos 13, 14 y 16), dando lugar a que Joaquín Francisco Pacheco, comentarista español del siglo pasado, expresara: "La definición a muchos de los que se llaman autores en el nuestro; otros se lo dan á los que éste llama encubridores; las ideas, ó no son claras ó no son iguales, sobre este punto, en todos ellos" ⁽⁸⁾

(7) Idem., Tomo III de las Siete Partidas, p. 374.

(8) Joaquín Francisco Pacheco, Código Penal Concordado, Tomo I., 2ª Ed., Editorial Madrid, 1856, p 286.

El cómplice era sancionado, en algunos casos, con la misma pena que el autor y en otras ésta era disminuida de la cuarta a la tercera parte (artículo 15), y a los auxiliadores y fautores se les aplicaba de la mitad a las dos terceras partes de la pena a los autores (artículo 16).

1.3.-Derecho Precolonial y Colonial.

Las leyes mexicanas precoloniales, sólo merecen un valor meramente histórico y acaso desde un punto de vista criminológico, sin que hayan influido en la formación de los actuales sistemas legales; de ahí que Carranca y Trujillo considera al estudio del Derecho Penal Precortesiano como parte de la "Arqueología Criminal".

Globalmente se puede afirmar que el autor, el partícipe y el encubridor, se les consideró con el mismo grado de responsabilidad en la comisión de un delito, porque todos, al fin eran causantes del mismo, y por ende, les era aplicada la misma pena. De las Ordenanzas de Nezahualcoyotl, Alba Ixtlixochitl, se advierte el precepto siguiente: "Al adúltero si le cogía el marido de la mujer y se venía a averiguar la verdad del caso, morirán ambos ahorcados y después los arrestaban hasta el templo que fuera de la Ciudad estaba, aunque no los acusase el marido, sino por la nota y malo ejemplo de la vecindad; el mismo castigo se hacía a los que servían de terceros o terceras".(*)

(*) Citado por Carranca y Trujillo Raúl., Derecho Penal Mexicano, 13 Ed., Editorial Porrúa., México 1980, p. 113.

Entre los aztecas, se siguió el mismo criterio que el autor y por ende le correspondía la misma pena con que se castigaba el hecho delictuoso cometido o que iba a cometerse".⁽¹⁰⁾.

Durante la colonia, cabe resaltar que se impusieron las recién llegadas leyes europeas sobre las aborígenes de la Nueva España. Pese al intento del emperador Carlos V de respetar las leyes y costumbres de los originales de América a través de las Leyes de Indias, fueron las diferentes legislaciones españolas las que rigieron de facto en nuestro país; entre otras señala Fernando Castellanos: "Las Leyes del Toro, El Fuero Real, Las Partidas, Las Ordenanzas Reales de Castilla, Las de Bilbao, Los Autos Acordados, La Nueva y Novísima Recopilación".⁽¹¹⁾.

Carranca y Rivas refiere que: "En tratándose de complicidad y encubrimiento en el delito de asalto, la pena a imponer era la de azotes, diferente a la correspondiente al autor material que era la muerte en la horca, vislumbrándose así un chispazo de lo que mas tarde se plasmaría en el Código de Martínez de Castro: Dar al partícipe una pena distinta a la del autor".⁽¹²⁾

⁽¹⁰⁾ Apud. Sobre ello trata Carranca y Rivas Raúl., *Derecho Penitenciario*, Editorial Porrúa, México, 1981, p. 27.

⁽¹¹⁾ Castellanos Tena Fernando., *Lineamientos Elementales de Derecho Penal*, 9ª Ed. Editorial Porrúa México, 1975, p. 44

⁽¹²⁾ Carranca y Rivas Raúl., *Derecho Penitenciario*, Editorial Porrúa, México 1981, p. 186.

1.4.-Código Penal de 1871.-

"El concepto de responsabilidad penal que adoptó el Código Penal Mexicano de 1871, fue promulgado por la Escuela Clásica, el cual según hemos visto radica en la Teoría del libre arbitrio, o sea, en el goce de la voluntad. Conforme a esta tesis los hombres pueden escoger libremente los diversos rumbos de su conducta y por la responsabilidad penal no es sino consecuencia de su responsabilidad moral".⁽¹³⁾

En efecto, basta considerar la definición que a este respecto sostenía la legislación de entonces: delito es la infracción voluntaria de una ley penal haciendo lo que ella prohíbe y dejando de hacer lo que manda. Para conocer exactamente el espíritu del legislador, refiere Demetrio Sodi, comentando la disposición transcrita de la legislación de entonces, es menester examinar la idea que expresan los términos de la definición, varios autores y entre ellos José Montant Trigueros, expresan que las palabras, acciones y omisiones demuestran o se realiza este ejecutando, haciendo lo que se prohíbe (acción), u omitiendo dejando de hacer lo que esta mandado (omisión); La definición añade: "Que esas acciones u omisiones han de ser voluntarias porque el hombre es un ser inteligente y libre y solo cuando obra fatalmente en virtud de las leyes físicas incontrolables a que está sujeto en la parte material de su naturaleza, solo cuando se concibe al hombre sin voluntad porque la voluntad es el complemento de la inteligencia y el producto inapreciable de la voluntad".⁽¹⁴⁾

⁽¹³⁾ Ceniceros y Garrido, J. La Ley Penal Mexicana, Editorial Botas; México 1934 p. 36.

⁽¹⁴⁾ Demetrio Sodi, Nuestra Ley Penal, p. 31.

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

1.5.-Código Penal Mexicano de 1929.

El Código transitorio de 1929 sustituyó el concepto de responsabilidad de los clásicos por el de responsabilidad sin la intervención del libre albedrío, pues lo que interesa a los penalistas es la acción del estado peligroso que el delincuente representa para la sociedad y por lo tanto, desde el momento en

que se acredita la existencia de tal estado, surge la necesidad de que la asociación política se defienda del acto u omisión delictuosa, ya procedan de un responsable o de un incapaz, pues la responsabilidad penal se fundamenta en la responsabilidad social, cuya fórmula dada por Ferri es: el hombre es imputable y responsable por el hecho de vivir en sociedad.

El señor licenciado José Almaraz, autor de la exposición de motivos del ordenamiento del 29, expresa la posición de dicha obra legislativa ante el problema que comentamos: "El autor de esta exposición quiso aplicar en toda su pureza la doctrina del estado peligroso y basar este proyecto en el principio de que no hay delitos sino delincuentes: desgraciadamente a la realización de este desideratum se oponen los preceptos Constitucionales. De ahí que la comisión, si bien procuró hacer resaltar la importancia de la responsabilidad del infractor, se viera obligada a tratar el delito en la parte general y catalogar los tipos legales de los delitos en el libro III del Código aludido.

Al construir el concepto de temibilidad no podría olvidar también estas circunstancias. En consecuencia, los autores de éste proyecto aceptaron como básica la doctrina de la defensa social y ajustando las reformas a los preceptos constitucionales que no era posible modificar previamente, concretando: La responsabilidad se da: I.- Por la imputabilidad física y, II.- Por la manifestación de una calidad o de un estado que haga al sujeto socialmente peligroso".(15)

(15) Cámara de Diputados., Exposición de Motivos del Código del 29 del Licenciado José Almaraz, p.16 y sigs.

El Código Penal de 1929, introdujo al derecho positivo el principio de la responsabilidad social para los estados peligrosos en los siguientes términos: "A todo individuo que se encuentre en estado peligroso se le aplicará una de las sanciones establecidas en este Código para la defensa social." (Artículo. 32). "El reciente Código de México, nos dice Jiménez de Asúa, refiriéndose al ordenamiento de 29, acepta la forma de responsabilidad social o legal tan ardorosamente defendida por los positivistas italos, así en el repertorio de las circunstancias que excluyen la responsabilidad, no figura el estado psíquico anormal del orden patológico, mas que cuando sea pasajero y tampoco se incluye la edad infantil. Los dementes y los niños son legalmente responsables, el estado de debilidad o anomalía mentales y el artículo 71 consigna las que de aplicarse a los delinquentes menores de 16 dieciséis años, que luego se definen y reglamentan en los capítulos IX y X del título II:"¹⁶

¹⁶ Luis Jiménez de Asúa, Artículo Publicado en el Universal, Hemeroteca Febrero 1986.

estos elementos son inseparables del sentimiento o móvil que los origina y del fin que se dirigen ya que no es posible valorar la personalidad del delincuente si se omiten estos elementos inseparables del dolo, aunque no lo integren como acción típica. En otros términos para determinar que un individuo es responsable, por ejemplo: de homicidio basta establecer que tuvo la intención de privar de la vida y que esta intención dirigió su voluntad; pero para conocer el grado de peligrosidad del delincuente, para determinar su valoración como elemento antisocial, es necesario averiguar de que móviles o sentimientos precedió la acción delictuosa y a que fines estaba dirigida.

1.6.-Código Penal Mexicano de 1931.

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

"La escuela positiva primitiva quiso fundarse en la responsabilidad social, con eliminación absoluta de la responsabilidad moral y los elementos de conciencia y voluntad. La dirección crítica admite la responsabilidad social, desdeña el problema del libre albedrío y reconoce entre los múltiples

factores del delito, una parte, por escasa que sea de la voluntad humana. En consecuencia, el nuevo Código usa el concepto de temibilidad, dentro de ciertas restricciones y así no deja al juez en aptitud de aplicar medidas "ad hoc" a los individuos que no han incurrido en infracciones penales, pero de los que pueden originarse a la sociedad.

El ordenamiento del 31 adoptó la doctrina del estado peligroso conforme a la fórmula parcial con que ha sido admitida en los congresos de la Unión Internacional de Derecho Penal y por lo mismo combate al estado peligroso, pero solo cuando se manifiesta por el crimen, únicamente en este caso hay lugar a la reacción social mediante la pena, con lo cual la colectividad trata de impedir la repetición de los actos delictuosos".⁽¹⁷⁾

El Código vigente no establece definición alguna de la responsabilidad, sin embargo, ella se desprende a través ya sea, de las mal denominadas circunstancias excluyentes de responsabilidad, previstas por el artículo 15; ya de los conceptos que conforman los artículos 51 y 52, referentes al arbitrio Judicial; ya de las medidas de seguridad de duración indeterminada y de los hechos delictuosos predilectivos, configuradas en tipos de delito; pues el común denominador es el que se pondera el principio de responsabilidad social.

⁽¹⁷⁾ Ceniceros y Garrido, Op. Cit. p. 38

La Ley Penal Mexicana, comprende bajo el término responsable, dos regímenes diversos de responsabilidad: social; el primero es presupuesto de la pena; el segundo, es la ocasión de aplicar regímenes especiales de tutela.

CAPÍTULO II

AUTORÍA Y PARTICIPACIÓN

2.1.-Autoría Directa.

Al abordar este aspecto, es preciso señalar que la autoría puede presentarse de tres formas, es decir, de manera inmediata, mediata y a través de la coautoría. En la primera de las mencionadas el autor comete el injusto de manera personal y directa; en tanto que en la segunda figura, el sujeto actúa valiéndose de otra persona; finalmente puede darse cuando el agente del evento actúa en colaboración con otros autores. Por ello, es pertinente hacer referencia a la primera de estas figuras.

2.2.-Denominación.

El término "autor", no es producto de la ciencia del derecho penal, sino que éste lo toma de lo óptico, es decir, de la vida real, como atinadamente lo refiere Zaffaroni. Así por ejemplo: se habla comúnmente del autor de una obra literaria, de una obra de arte ó de un invento novedoso; partiendo de esta idea y respecto del plano netamente jurídico, se puede advertir que

autor del delito es quien constituye los elementos de éste, es decir, es autor quien ejecuta una conducta típica, antijurídica y culpable.

Por técnica legislativa, los tipos penales se describen como consumados y acuñados por una sola persona; éste sujeto, es el autor del delito y que generalmente se enuncia con las palabras "El que". Al ser el autor material el que prevé el legislador como causante de los delitos, resulta ser la forma de participación por excelencia y la que menos problemática presenta en la praxis, puesto que al decir de Luis Jiménez de Asúa "El autor no constituye la codelincuencia, al contrario es su negación".⁽¹⁸⁾

Con reducida fórmula, Wessels dice que "Es autor directo quien comete el hecho punible personalmente".⁽¹⁹⁾ Como se podrá apreciar con posterioridad, para ser autor material de un delito, no basta con ejecutarlo personalmente, requiere además que éste tenga el dominio final del hecho; por lo tanto, autor inmediato es aquel que teniendo el dominio final del hecho, ejecuta personalmente el delito siéndole reprochable su proceder.

2.3.-Concepto Amplio y Estricto de Autor.

El concepto amplio de autor, finca su base en la causalidad, puesto que quien aporte una causa en el resultado es autor, de tal forma que adquieren esta categoría los partícipes (instigador y cómplice), por ser ellos también causantes del hecho.

⁽¹⁸⁾ Mezger Edmundo., Tratado de Derecho Penal. Traducción de José Antonio Rodríguez, Tomo. II, 3ª Ed., Editorial, Revista de Derecho Privado, Madrid España 1957, p. 502

⁽¹⁹⁾ Wessels H., Derecho Penal, Editorial, Depalma, Arg., 1980 p. 156

"No cabe duda, de que el antecedente de este sistema se halla en las ideas de Von Buri, que al defender la teoría de la equivalencia de las condiciones no podía admitir, conforme a la causalidad, diferencia entre actos de autor y los del cómplice".⁽²⁰⁾

"La teoría extensiva de autor, manifiesta Welzel, fue un fruto tardío de la doctrina de la causalidad de la acción, que trasladó el concepto de autor válido en los delitos culposos a los tipos dolosos".⁽²¹⁾

Otro punto de relevancia de esta postura, es su posición respecto a la punibilidad; consideran sus seguidores que las formas de participación en sentido estricto, son meras causales de limitar la sanción, o bien, formas que restringen la pena prevista para el autor.

Contra el concepto amplio de autor se han levantado severas críticas. Zaffaroni entre otros, considera que este criterio falla "Cuando se trata de delitos de propia mano, en que no basta la causación, sino que se requiere que el autor realice el verbo típico. . . cuando la forma típica de autoría es una autoría mediata, puesto que quien directamente causa no es el autor. . . en delitos propios, la punición del partícipe, en lugar de ser una forma de restringir la punibilidad del autor, es una clara forma de extenderla. . . que ser autor y causante son dos cosas distintas, la extensión del concepto de autor hasta abarcar a cualquier causante resulta violatoria del principio de legalidad".⁽²²⁾

⁽²⁰⁾ Jiménez de Asúa Luis., EL Criminología, Tomo. IV, de Victor P. de Zavala, 2ª serie, Arg., 1960, p. 153.

⁽²¹⁾ Op. Cit Wessels H., Derecho Penal, Editorial, Depalma, Argentina, 1980 p. 144

⁽²²⁾ Zaffaroni Eugenio Raúl., Tratado de Derecho Penal Tomo. IV, Editorial, Edlar, Argentina, 1987, p. 299

Se pueden advertir dos puntos en los cuales fracasa el concepto extensivo de autor. Primero, los partícipes nunca podrán ser considerados autores en los delitos propios o especiales, por carecer de la calidad específica requerida por el tipo; segundo; tampoco podrán ser considerados autores cuando el tipo exija en el autor un elemento subjetivo, así, verbigracia, se rapta a la pasivo para casarse con ella; quien carezca de este presupuesto interno no podrá nunca ser autor.

Descartado el concepto extensivo de autor, considero adecuado el criterio opuesto, es decir, a un concepto restrictivo, según el cual el "Autor es el que reúne los caracteres típicos para serlo".⁽²³⁾

En un inicio, el concepto restrictivo de autor resultó muy estrecho, pues redujo la autoría a quien ejecutaba directamente la conducta típica, por lo que no comprendía la autoría mediata; esta irregularidad se ha visto subsanada con la teoría del dominio del hecho, de la que posteriormente se hablara.

Se puede, afirmar que la teoría restrictiva concretiza con su denominación particular la intervención que haya tenido el sujeto en el hecho delictivo, o sea con el concepto restrictivo y no extensivo de autor, por lo que es dable separar tajantemente las áreas respectivas de los que intervienen en la realización del delito: el autor y el partícipe.

⁽²³⁾ Ibidem. p. 605

Con esta postura, al reducir la autoría a la ejecución directa, mediata y mancomunada, el instigador y el cómplice son partícipes accesorios y por ende, hipótesis de extensión del tipo aplicado a los autores.

2.4.-Teorías para Determinar la Calidad de Autor.

Para establecer la calidad de autor en una concurrencia delictiva, se han establecido diversas teorías, de entre las que se aprecian: la teoría formal objetiva, la subjetiva y la del dominio final del hecho; cabe señalar que las teorías que a la fecha se han dado para delimitar autoría y participación muestran insuficiencias mas o menos amplias, dada la complejidad que plantea este problema en algunos casos concretos.

2.5.-Teoría Formal Objetiva.

Conforme a esta teoría, es autor quien realiza personalmente la acción prevista en el núcleo típico. Es autor de robo el que se apodera de cosa ajena mueble, sin derecho ni consentimiento de la persona que puede disponer de tal objeto con arreglo a la Ley; de homicidio quien priva de la vida a otro, etcétera, es decir, era objetiva porque el sujeto tenía que realizar directamente total o parcialmente la conducta o parte de ella y era formal porque quien llevara a cabo el comportamiento descrito en la Ley se consideraba como tal; en tanto que partícipe era el que aportaba una contribución causal secundaria, mediante una conducta no típica, puesto que quedaba en la periferia del tipo, se estimaba entonces que las normas

que regulaban la instigación y la complicidad (participación en sentido estricto) simplemente ampliaban la punibilidad.

Un sector doctrinal ha encarado la teoría que se comenta, diciendo que fracasa en la autoría mediata y en la coautoría, pues en la primera la acción típica la realiza un tercero y no el autor y en la segunda hipótesis, sería partícipe quien sujeta a la víctima para que el autor objetivo le dispare a quemar ropa.

Para determinar la autoría inmediata, no es del todo satisfactoria la teoría formal objetiva, puesto que como se ha mencionado no basta con que el sujeto realice la parte externa de la conducta, es indispensable además que el sujeto tenga el dominio final del hecho, lo que acarrea la existencia de elementos de carácter volitivo como se hará valer al abordar esta teoría; además, también fracasa la teoría objetiva porque cuando el tipo penal exige en el autor elementos subjetivos, así en el cohecho no basta con solicitar o recibir la dádiva (elemento objetivo) sino que además deberá hacerse, para hacer o dejar de hacer algo justo o injusto relacionado con las funciones del servidor público.

2.6.-Teoría Subjetiva.

Ante el evidente fracaso de la teoría objetiva, y de su consecuente concepto restrictivo de autor, se consideró que el deslinde de la autoría y la participación lo era la posición subjetiva que cada concurrente adopte al ejecutar el delito, esta teoría fundada en el pensamiento de Von Buri y de Von Liszt que al mismo tiempo maneja el concepto extensivo de autor y

trabaja con la teoría causal de la *condictio sine qua non* ó equivalencia de las causas.

Por lo tanto todo aquel que contribuya, en cualquier grado ó dimensión a la realización de una conducta típica, es considerado materialmente autor dentro de esta concepción.

Fundamentalmente esta teoría se refiere en el ánimo concreto que el interviniente en el delito tenga. Si actúa con ánimo de autor, será autor cualquiera que sea su contribución material al delito; si actúa con ánimo de partícipe, será siempre partícipe. Pero al margen de la regulación legal no prescinde del aspecto material de la contribución al delito, está claro que esta teoría no tiene en cuenta que el dolo del responsable de un injusto (autor o partícipe) no tiene nada que ver con la circunstancia de que se quiera el hecho como propio o como ajeno, sino que es la conciencia y voluntad de intervenir en la realización de un delito, cualesquiera que sean las razones o motivos por los que lo haga.

2.7.-Teoría del Dominio del Hecho.

Ante la uniteralidad extrema de las dos teorías (objetiva y subjetiva), la doctrina ha encontrado un criterio objetivo-material que es el dominio final del acto, que sostienen los finalistas, y cuyo representante lo encontramos en Hans Welzel, (1939). Según este criterio, es autor quien domina finalmente la realización del mismo; es decir, quien decide en líneas generales el sí y el cómo de su realización.

Esta teoría que obtiene el carácter tanto de criterios objetivos como subjetivos, puesto que "Toda acción supone subjetivamente un querer, objetivamente un obrar, y sobre todo un ejecutar".⁽²⁴⁾

Para esta postura, autor es como ya se ha dicho quien domina el hecho y participe quien no lo tenga. Pero para tener un panorama más amplio se debe de preguntar qué significa tener el dominio del hecho; significa que el sujeto activo del delito voluntariamente dirige el curso del suceso y tiene por ello en sus manos, la potestad de detener o continuar con la ejecución del delito. Con sobrada razón Bacigalupo pone de manifiesto, que: "El contenido del dominio del hecho implica la disponibilidad de la decisión sobre la consumación o desistimiento del delito".⁽²⁵⁾

Por su parte Latagliata expresa que éste "Consiste en la disponibilidad de la acción plurisubjetiva íntegra, cuya comisión o abandono depende directamente de la decisión del concurrente".⁽²⁶⁾

⁽²⁴⁾ Sauer Guillermo, Derecho Penal, Traducc. Juan del Rosal, Editorial. BOSCH, Barcelona, 1956, p. 312

⁽²⁵⁾ La Notión de Autor en el Código Penal, Editorial, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1965, p. 46.

⁽²⁶⁾ Latagliata Raffaele A., El Concurso de Personas en el Delito, Editorial, Depalma, Buenos Aires, 1967, p. 261

Así, cuando en la comisión del hecho punible concurren varios sujetos, será o serán autores quienes tengan el dominio del hecho y por exclusión, adquieren la calidad de partícipe, (sentido estricto) quienes carezcan de él.

Sin embargo, se debe aclarar que no basta un dominio meramente objetivo, sino que además el sujeto debe tener conocimiento de que posee ese dominio del hecho, luego entonces, para que el agente sea autor debe tener la decisión del hecho, es decir, que sabiendo que tiene en sus manos el ejecutar o no el delito, decide hacerlo, y esto conduce a la ineludible conclusión de que no basta un dominio meramente objetivo, sino que además debe ser de índole subjetiva. No se puede hablar exclusivamente de derecho penal de autor o derecho penal de acto; de un derecho penal objetivo y otro subjetivo; de un disvalor de acto sin disvalor de resultado, o viceversa. Así como la conformación del hombre y del mundo que lo rodea es ánimo y es materia, es lo espiritual y lo objetivo, también la autoría y la participación están inmersas en los extremos objetivos y subjetivos, dado que las conductas del hombre son precisamente objetivo-subjetivas.

Solo quien domine el hecho, aquel que como lo precisa Maurach, "tenga las riendas del acontecimiento típico", el sujeto que: "Se encuentra en la situación real de dejar correr, detener o interrumpir, por su comportamiento, la realización del tipo".⁽²⁷⁾ Puede ser tenido como autor.

⁽²⁷⁾ Reinhart Maurach, *Tratado de Derecho Penal*, Tomo. II, Traducción, de Juan Córdoba Roda; Barcelona, Editorial Ariel, 1962, p. 309.

En tanto que partícipe es aquel que simplemente presta una ayuda o brinda un apoyo que no es de significativa importancia para la realización del tipo de injusto. Por lo que autor, es: "Quien como figura central (figura clave) del suceso tiene el dominio del hecho conductor conforme a un plan y de esta forma se encuentra en condiciones de frenar o no, según su voluntad, la realización del tipo, partícipe es quien, sin tener el dominio propio del hecho, causa o de cualquier manera promueve, como (figura marginal) del suceso real la comisión del hecho".⁽²⁸⁾

Por su parte Hans Welzel refiere; "En los delitos dolosos, es autor solamente aquel que mediante una conducción, consciente del fin, del acontecer causal en dirección al resultado típico, es señor sobre la realización del tipo: mediante el dominio final sobre el acontecer el autor se destaca del mero partícipe, el que o bien auxilia el acto dominado finalmente por el autor o bien incitó a la decisión".⁽²⁹⁾

Esta teoría, que enlaza las dos primeras (objetiva y subjetiva), es de gran utilidad para diferenciar autor del partícipe. Así se aprecia en el siguiente apartado de Jescheck, quien admite que la tesis ha alcanzado una posición dominante en la ciencia.

⁽²⁸⁾ Johannes Wessels, Derecho Penal, Parte General 6° de. Traducción. de Conrado Finzi, Buenos Aires, Editorial Depalma, 1976, p. 154 y 155.

⁽²⁹⁾ Hans Welzel, Derecho Penal Alemán, 11° ed., traducción. de Juan Bustos Ramírez y Sergio Yáñez Pérez, Santiago Editorial, Jurídica de Chile, p. 143.

"Es preciso buscar una síntesis de ambas opiniones, cada una de las cuales caracteriza correctamente una cara del problema, pero que aisladamente desvirtúan el sentido de su totalidad, . . . (pues) no solo la voluntad de conducción (teoría subjetiva) resulta decisiva para la autoría, sino también la importancia material de la parte que cada interviniente asume en el hecho. Por ello solo puede ser autor quien, en atención a la importancia de su aportación objetiva, contribuya a dominar el curso del hecho".⁽²⁰⁾

"Pero cuando esa importancia objetiva no obedece a realización directa, o sea cuando la materialidad haya que entenderla en sentido amplio, el aporte será importante cuando el sujeto, a pesar de no ejecutar formalmente todo o parte del tipo, hace algo equivalente desde el punto de vista valorativo".⁽²¹⁾

En síntesis, autor es, según esta postura, quien ejerce el dominio sobre el hecho material, conduciéndolo mediante una contribución objetiva y aún valorativa de sensible importancia. "No se trata, en verdad, agrega Bacigalupo, solamente la dirección final de la propia acción, que todos, también los partícipes, tienen respecto de su acto. El dominio del hecho depende además de la posición relativa del sujeto concreto respecto de los demás partícipes. De todos, el dominio del hecho, no es un concepto de límites fijos sino que solo admite ser descrito".⁽²²⁾

⁽²⁰⁾ Hans-Heinrich Jescheck, Tratado de Derecho Penal. Parte General, Volumen II, 3ª ed., Traducción de Santiago Mir Puig y Francisco Muñoz Conde, Barcelona, Bosch, Casa Editorial, 1981, p. 897 y 898.

⁽²¹⁾ *Ibidem*, p. 898.

⁽²²⁾ Enrique Bacigalupo, Manual de Derecho Penal. Parte General, Bogotá, Temis-Ianud, 1984, p. 185.

La formula del finalismo es, a mi entender, incompleta, pero sí ofrece un principio de solución. El estudio del tema, aunque permite la adquisición de algunas ideas generales sobre él, conduce a reflexionar en torno a dos dificultades que van en directo y flagrante sacrificio de la claridad. Una está referida a las distintas legislaciones sobre el particular, que contribuye, mas de lo que se cree, a hacer complejo el entendimiento de los textos extranjeros. Cuyos autores se acercan mucho a las leyes de sus países, dada la exigencia dogmática de tener que partir de la norma positiva. Y la otra tiene que ver con las diversas consecuencias que las teorías ya señaladas traen, comparadas, obviamente, con las leyes locales. Todo ello envuelto en una abigarrada literatura que impide una deseada diafanidad y constituye una complejidad dogmática de pocos servicios.

Ello es así porque las normas sobre autoría y participación suelen ser distintas, según la teoría escogida. "Si se toma el concepto extensivo de autor y con él la teoría de la equivalencia de las condiciones (*condictio sine qua non*), todo sujeto que contribuya al hecho injusto, con la realización de cualquier aporte, sería autor, y las normas sobre las diversas formas de participación, cuando el legislador que adopta esa concepción no prescinde empero de ellas, serán disposiciones restrictivas de la punibilidad, según la opinión de la mayoría, con lo que el problema se traslada del tipo su sede natural, a la punibilidad, algo dogmáticamente inadmisibles, por salirse de la teoría del delito para ingresar en el campo de sus consecuencias. Si se acoge, en cambio, el concepto restrictivo del autor, las normas sobre

participación serían disposiciones "extensivas de la punibilidad", porque la actividad del partícipe es distinta de la del autor, puesto que no realiza el tipo y se ubica en la periferia de éste.

Ante el concepto "restrictivo" de autor la participación se estima como algo excepcional, y por ello las normas que la regulan simplemente "extienden" la punibilidad. Y frente al concepto "extensivo" de autor la participación se tiene también como algo excepcional, y por eso las normas que se refieren únicamente "restringen" la pena".⁽³³⁾

En otros términos, el parangón se clarifica así: cuando la doctrina restringe la autoría, la ley extiende la pena para el partícipe; y cuando la teoría extiende la autoría la ley restringe la pena para el partícipe.

2.8.-Elementos del Autor.

Los elementos propios de la autoría, pueden clasificarse, siguiendo a Bacigalupo y a Welsel, en generales y especiales.

2.9.-Generales.

Los escritores antes citados, coinciden en señalar que el elemento general que caracteriza a la autoría en todos los delitos, lo es el dominio del hecho, de la cual he hecho referencia en el apartado anterior.

⁽³³⁾ Zaffaroni Eugenio Raúl.

2.10.-Especiales

Los elementos especiales de la autoría, son divididos en calidades objetivas y subjetivas.

2.11.-Calidades Subjetivas

Algunos tipos penales requieren ciertos elementos subjetivos al autor, como lo son las tendencias, intenciones, ánimos, etc. En estos casos, para ser autor no basta con tener el dominio del hecho, sino que además deberá contarse con el elemento subjetivo requerido por el tipo penal.

2.12.-Calidades Objetivas

En otros casos para ser autor, además de contar con el dominio del hecho, deberán reunirse ciertas calidades, o bien que se ejecute el resultado típico en forma personal. En el primer caso estamos en presencia de los llamados delitos especiales o propios y en el segundo ante los delitos denominados de propia mano; cabe señalar que la autoría directa presenta una problemática en tratándose de delitos especiales, de propia mano, culposos y de comisión por omisión; por lo que es preciso referirse a ellos:

2.13.-Delitos Especiales

La mayoría de los tipos penales de la parte especial del Código Penal, describen hechos susceptibles de ser realizados por cualquier persona. Esta

generalidad se rompe con los llamados delitos propios, especiales o exclusivos, en los que el autor no puede ser cualquiera, sino sólo aquel que tenga las calidades exigidas por la descripción típica, es decir, "Se circunscribe la posibilidad de la autoría a un círculo de personas".⁽³⁴⁾

En los delitos especiales, afirma Maurach, "La posibilidad de autoría se limita a la esfera de las llamadas personas cualificadas o autores idóneos. Ello tiene como consecuencia que los terceros no pueden ser autores de estos hechos punibles".⁽³⁵⁾

Es oportuno el juicio que al respecto emite Jiménez Huerta, quien dice: "Para esclarecer si nos hallamos frente a un delito común o frente a un delito propio, no basta fijarse en la expresión de la ley y considerar de la primera especie todos los delitos cuya enunciación se inicie con las palabras (el que), necesitase hacer un cuidadoso examen de la norma incriminadora para afirmar si el delito puede efectivamente pueda ser cometido por cualquier persona o sólo por quien revista una correcta cualidad".⁽³⁶⁾

³⁴ Mezger Edmundo., Tratado de Derecho Penal, Traducción. José A. Rodríguez, Tomo. II, Editorial. Revista de Derecho Privado, 3ª. Editorial. Madrid España. . 1957, p.296.

³⁵ *Ibidem*. p. 311.

³⁶ *Ibidem*. p.97.

Las características que los diferentes delitos especiales requieren en el autor, suelen ser divididos en naturales y jurídicos: los primeros son aquellos que implican situaciones de hecho oriundas de la vida fisiológica, y jurídicas aquellas otras que presuponen una situación social creada por el derecho.

De suma importancia resulta establecer si el sujeto calificado debe tener conciencia de que en él concurren las características exigidas por el tipo penal, o bien basta su cualificación sin importar su conocimiento al respecto.

Armin Kaufmann, es partidario de la segunda hipótesis. Al afirmar que: "Igual que como ocurre en la capacidad de acción, en que la conciencia actual o actualizable del individuo de su propia capacidad de acción, no es requisito de ella, sucede también que el sujeto de la norma especial no necesita saber o poder saber que para él se han dado las circunstancias que fundamentan el puro elemento del deber. Para la concreción es suficiente con que el individuo de hecho este caracterizado por los elementos que definen al sujeto de la norma. Su conciencia actual o actualizable respecto de la existencia de estas circunstancias es totalmente indiferente para la cuestión de la concreción del deber emergente de la norma. Si fuera de otra manera, entonces el conocimiento del deber sería ya presupuesto del deber mismo; una imposibilidad lógica".⁽³⁷⁾

⁽³⁷⁾ Kaufmann Armin, Teoría de las Normas. Fundamentos de la Dogmática Penal Moderna, Ed. Depalma 1977, p.199.

De lo anterior se puede advertir que no resulta idónea esta postura, por que las calidades exigidas al sujeto activo del delito, pertenecen a los elementos del tipo y por ende deben incluirse en el elemento intelectual del dolo, pues al decir de nuestra legislación, para obrar intencionalmente, el sujeto debe conocer las circunstancias del hecho típico; de tal suerte, que su desconocimiento por error esencial invencible (error de tipo), borra la comisión dolosa.

En ocasiones, junto al autor idóneo (intrañeus), concurren en la comisión del delito propio, personas que carecen de la calidad exigida por el tipo (extrañeus), bien sea ejecutando la conducta descrita en la ley, o en su caso como instigador o bien como cómplice. Es preciso apuntar que la problemática doctrinal se inicia cuando se pretende establecer por qué tipo de delito responderán cada uno de los sujetos, por ejemplo:

Un granjero concursa en la lotería, logrando obtener un premio que resulta ser una cuantiosa fortuna, por ello, pensando en la ayuda que siempre le ha prestado su colaborador más cercano, lo incluye en su testamento; pero éste presuroso por poseer parte de la herencia, determina al hijo del granjero para que lo prive de la vida, para ello, le dice a la mayora que distraiga a la persona que se encuentra con su padre, para que en compañía del caballerango lo ejecuten.

Es indudable que el hijo responderá por el delito de homicidio en razón del parentesco, sin que sea discutible tal postura. No obstante, que el caballerango ha ejecutado también el núcleo del verbo típico (privar de la vida), no podrá responder de coautoría de homicidio en razón del

parentesco por no concurrir en él la calidad de descendiente, misma que por ser personal, no le es comunicable y en tal situación deberá ser sancionado por el tipo básico de homicidio, presentándose así el fenómeno de traslación del tipo.

Respecto del colaborador del granjero y la mayora, nadie objeta que sean instigador y cómplice respectivamente, la controversia inicia cuando se pretende establecer si son partícipes de homicidio en razón del parentesco (delito especial) de homicidio (tipo básico). Como seguidores de la primera hipótesis se encuentra Reyes Echendía y Fontan Balestra. Estos tratadistas mencionaban: "Que cuando en la comisión del delito especial concurren extraneus, éstos responden por el mismo delito imputable al autor (intraeus), condicionando que aquellos tengan conocimiento de la circunstancia personal que califica al autor Idóneo".⁽³⁸⁾

Como argumentos a favor de esta corriente se exclama: que es acorde con la teoría de la accesoriedad; que lo que la ley se propone no es la no realización del delito, ni por el cualificado a solas, ni por éste en colaboración de los no cualificados; que el resultado de la codelincuencia debe de ser un delito único y no varios; que los tipos exigen una característica al autor pero no así a los partícipes; que las únicas circunstancias incommunicables entre los hechos del delito lo son las personalísimas como la reincidencia, la habitualidad etc. que así no se corre el riesgo de dejar impunes las conductas de los partícipes.

(38) Reyes Echendía A. Tipicidad. 5ª. Ed., Editorial. Temis. Bogotá, 1989. p. 195

La corriente que considera que los no calificados no responden por el delito imputable al sujeto idóneo (homicidio en razón del parentesco), descansa en el principio de la comunicabilidad de las circunstancias personales.

Al respecto dice Puig Peña: "Las circunstancias personales no se extienden de uno a otro de las codelincuentes, es decir, son marcadamente subjetivas e intransferibles".⁽³⁹⁾ Hans Welzel, al comentar el Código Penal Alemán, refiere que "si un no funcionario ayuda a un funcionario a cometer una defraudación (funcionaria), el funcionario es punible de acuerdo al artículo 350 y el no funcionario por complicidad en relación al artículo 246".⁽⁴⁰⁾

Considero adecuada esta postura, porque además de lo mencionado, es claro que las circunstancias personales requeridas en los delitos de propia mano, hacen que en el autor calificado surja un deber especial, exclusivo de él; los no calificados no tienen ese deber especial atribuido al autor, porque es intransferible. Así, en el homicidio en razón del parentesco el deber especial para el descendiente es no matar a su ascendiente y este deber no opera para quienes no sean descendientes de la víctima; para éstos rige el deber general de no privar de la vida a otro (homicidio). Lo mismo en el delito de peculado, el deber especial del servidor público consiste en no disponer de los bienes que por lealtad el Estado le ha entregado para fines precisos; quien no sea servidor público, no tiene este deber especial frente

⁽³⁹⁾ Puig Peña Federico, Derecho Penal, T. II., Editorial. Neuta Barcelona, 1959, p. 266.

⁽⁴⁰⁾ Ibidem p. 268.

al Estado, para ellos rige el deber general de no disponer de las cosas de las que se les haya transmitido la tenencia mas no el dominio del numerario.

Así las cosas, las circunstancias personales son intransferibles a los extraños, porque en éstos jamás puede nacer el deber especial que caracteriza a los delitos especiales.

La afirmación de que los autores idóneos surge un deber especial y para los extraños rige un deber general, opera en el caso de que el tipo especial se integre a raíz de un tipo básico al que se agrega la circunstancia personal. Pero hay tipos también, que no obstante requerir una calidad en el sujeto activo, no parten de un tipo básico; en tal hipótesis encontramos la existencia del deber especial para el autor, pero no un deber general para los extraños, lo que concluye inevitablemente la impunidad de éstos últimos, dado que la calidad personal del autor no es comunicable a los demás partícipes.

Este criterio es el que considero adecuado y lo adopta nuestro ordenamiento punitivo: aún y cuando en su artículo 54 que establece únicamente la incomunicabilidad de las calidades y relaciones personales que tienen como objetivo aumentar o disminuir la sanción, una integración analógica *in bonam partem*, nos indica que el mismo sentido debe seguirse en tratándose de calidades y relaciones personales que funden la pena. Así quien ha determinado al abogado para que abandone el proceso que se le sigue a su defendido, no puede ser sancionado por ningún tipo de figura delictiva, dado que la calidad de abogado no es transferible a los sujetos que intervinieron en el delito. Cabe mencionar también, que el artículo 212 del

Código Sustantivo Penal, corrobora la tesis que se sustenta ahora, al determinar "que se impondrán las mismas sanciones previstas para el delito de que se trate a cualquier persona que participe en la preparación de alguno de los delitos previstos en este título o en el subsecuente"; esto es, si se trata de delitos cometidos por servidores públicos y de los cometidos contra la administración de justicia, las calidades de un partícipe son transferibles a los demás, pero exclusivamente en estos delitos.

A esta última conclusión llega el Código Penal Italiano, no obstante que reconoce la comunicabilidad de las circunstancias personales. Ciertamente el artículo 117 del citado Ordenamiento Penal, establece que si en razón de las condiciones o calidades personales del responsable o de las relaciones personales entre éste y el ofendido cambia el título del delito para algunos de los que en él han intervenido, también los demás responderán del mismo delito. Con ello el legislador Italo, reconoce, por un lado, la comunicabilidad de las circunstancias personales y por otro, decreta la absolución de los partícipes no calificados cuando estas circunstancias no varían el título del delito, esto es, cuando el tipo especial no proviene de un tipo básico.

Rainieri al comentar el precepto citado expresa que el extraño "Responde del delito atribuido al intraneus, pero como debe tenerse, para que esto ocurra, un cambio del título del delito por la calidad de intraneus, responderá (el extraneus) por el mismo título sólo cuando la acción que haya cometido constituya de por sí un delito, cuyo título cambie por el concurso del intraneus. Por el contrario, si la acción del extraneus no constituye por sí misma un delito, como no se puede verificar el cambio del título exigido por

el artículo 117, el precepto de este artículo no podrá encontrar aplicación y no habrá concurso del extraneus en el delito atribuido al intraneus".(41)

Por último, se colige que si el autor es inidóneo (no calificado), no podrá integrarse el delito especial, pero sí en cambio el tipo fundamental, si aquél se compone a raíz de éste, o bien una tentativa imposible (no punible) si no se da la traslación de tipos, por ejemplo: la madre que priva de la vida a un infante creyendo haber matado a su recién nacido, no comete tentativa de infanticidio, sino homicidio (traslación de un tipo a otro). Pero el sujeto que sin ser servidor público recibe una dádiva, no comete cohecho, sino una tentativa imposible de este delito.

2.14.-Delitos de Propia Mano.

Al parecer fue Binding, quien acuñó este vocablo de delito de propia mano, para identificar aquellos hechos punibles que por su singular naturaleza, sólo son susceptibles de realizarse personalmente por el autor, quedando excluida en consecuencia, la autoría mediata; por ello Zaffaroni señala que estos delitos de propia mano, sólo los puede cometer el autor realizando personalmente la conducta típica.

No debe de confundirse en el sentido de que todo delito perpetrado personalmente, es de propia mano, sino que este título lo adquiere en razón de que por esencia sólo admite la autoría material. La doctrina cita como

(41) Ranién, Silvio, Manual de Derecho Penal, Tomo. II, ed. Temis, Bogotá, 1975, p. 90

ejemplos el falso testimonio y los delitos carnales. Solo admiten la autoría inmediata en razón de que en ellos el injusto determinante no lo es la producción de un resultado, controlado por un actuar final, sino la ejecución corporal de un acto reprobable como tal.

En cuanto a la calidad del autor, en los delitos de propia mano la autoría es ilimitada, en tanto que limitada en los delitos especiales. En cuanto a la ejecución, los delitos de propia mano son limitados e ilimitados los especiales. Es posible sin embargo, que un delito especial, sea a la vez de propia mano, esto es, que sólo puede ser ejecutado por un determinado círculo de autores, y estos a su vez personalmente, no valiéndose de otro. Tal sería el caso del incesto, en el cual el tipo penal exige una calidad en los sujetos activos (ascendiente y descendiente) y por su naturaleza sólo es posible su comisión en forma personal por tales protagonistas. Por lo que todo delito de propia mano es de sujeto activo común o bien especial, más no todo delito de sujeto indiferente o especial, es de propia mano.

2.15.-Delitos Culposos.

De singular relevancia resulta el tema de la autoría y participación en los delitos de carácter culposo. Ante este problema que resulta un tanto áspero la doctrina se ve dividida en dos sectores, por un lado algunos aseveran la posibilidad de participar en un hecho culposo, en tanto que otros niegan esta posibilidad.

En la actualidad el terreno en el sentido de que se debe de negar la participación en los delitos de carácter culposo es amplia, criterio que se

advierte compatible con el sentido del presente trabajo. Ciertamente, cuando varios individuos producen un hecho sancionable de carácter culposo, no es posible encontrar en ellos autores y partícipes, sino que todos son autores materiales.

La razón por la cual no se pueden presentar formas de participación en hechos de carácter culposo, es que los causantes carecen de intención para producir el resultado, aunado a la circunstancia de que el partícipe (instigador ó cómplice) debe de representarse de que con su ayuda se comete un delito y esto sólo se presenta en la forma de comisión dolosa; para quienes son partidarios en la teoría del dominio del hecho, agregan: "Que el tipo culposo se integra con un resultado que no es perseguido por la finalidad, sino causado. . . no pudiéndose hablar de ningún dominio del hecho, puesto que no se condujo la causalidad finalmente hacia ese resultado, sino que sólo desembocó en él. . . por eso no puede haber autor ni partícipe sino sólo causante".⁽⁴²⁾

Sin embargo, el punto que determina la imposibilidad de una participación de tipo culposo, radica en que el incumplimiento del deber de cuidado es a título personalísimo, es decir, cada concurrente tiene su deber que las circunstancias y condiciones personales le imponían antes de que tuviera verificativo el acontecimiento culposo y en tal virtud, el disvalor de la acción es individual, esto es, que no se transmite de un causante a otro; el incumplimiento del deber de cuidado no es susceptible de división.

⁽⁴²⁾ Zaffaroni, Tratado de Derecho Penal, Tomo IV Editorial Ediar, Argentina 1987 p. 351.

Conformes con Jescheck, es de concluirse que "Autor del delito imprudente es todo aquel que, vulnerando el cuidado exigible en el tráfico, contribuye a realizar el tipo".⁽⁴³⁾

Por otra parte, se debe de descartar la idea de una posible participación dolosa en un delito culposo, pues este planteamiento desemboca necesariamente en una autoría mediata para quien actúa con dolo, y en un delito imprudente para quien actúa sin el debido cuidado, dado que el primero tiene el dominio de voluntad sobre el segundo. Así por ejemplo: el cazador que ha visto a su enemigo entre la maleza y aprovechando la poca visibilidad, indica a su acompañante y amigo que dispare sobre él, haciéndole creer que se trata de un animal; él responderá como autor mediato de homicidio y el cazador (acompañante), responderá de homicidio culposo.

De igual forma, no es posible una participación culposa en un delito doloso. En el trillado ejemplo del farmacéutico que se dedica a vender sin prescripción médica un veneno que posteriormente se utiliza para cometer un homicidio, lo que resulta es un homicidio de carácter doloso para quien lo ejecuta, y es posible uno culposo para el descuidado farmacéutico.

En estos casos cada uno de los sujetos responde no del mismo delito, sino de un delito distinto, según que su conducta sea dolosa o culposa.

⁽⁴³⁾ Jescheck Hans, Tratado de Derecho Penal, Parte General, Volumen. II, Editorial. BOSCH, Barcelona, 1979 p. 900.

2.16.-Delitos de Comisión por Omisión.

Los resultados que la norma penal prohíbe, no sólo son susceptibles de comisión mediante un hacer, sino también mediante un no hacer u omisión. Cuando el resultado es material ejecutado mediante una omisión, hablamos de un delito de comisión por omisión u omisión impropia. En esta clase de ilícitos, la autoría se ve restringida a un determinado círculo de personas, pues sólo pueden ser autores quienes tengan la "posición o el deber de garante".

De lo anterior se advierte que, lo importante es determinar cómo se llega a adquirir la calidad de garante. La doctrina tradicional ha determinado como fuentes de la calidad de garante a: la Ley, el contrato y la conducta precedente del autor.

2.17.-La Ley.

La posición de garante puede derivarse de algún precepto jurídico, el cual puede ser de índole penal o extrapenal. Dentro de este grupo cabe la posición de empleado de comunicaciones, prevista en el artículo 177 en relación con el 176 ambos del Código Sustantivo Penal, en que conscientemente deja de transmitir un mensaje y a causa de ello produce algún daño.

2.18.-El Contrato.

Cuando un sujeto a través de un convenio en el que se obliga a cumplir con un deber de obrar, adquiere por ese hecho la posición de garante. "El contrato como fuente de la posición de garante, refiere Zaffaroni, opera, por ejemplo, cuando se trata de un contrato que crea para una de las partes la obligación de garantía en forma muy particular".⁽⁴⁴⁾

2.19.-La Conducta Precedente del Sujeto Activo.

Cuando un sujeto con su actuar, crea una situación en que puede transgredir bienes jurídicos, está en la posición de garante y de ahí que tenga la obligación de ejecutar cuanto sea necesario para evitar ese resultado. "La actividad o hacer precedente adquiere, manifiesta Pavón Vasconcelos, para fundamentar el bien jurídico de obrar que pueda lesionar intereses jurídicos mediante la creación de una situación de peligro, pues sólo ante esa posibilidad tiene la obligación, el sujeto, de actuar para eludir la producción del resultado antijurídico".⁽⁴⁵⁾

Se debe agregar que la conducta precedente del autor ha de carecer del dolo, pues de lo contrario, se presentaría un delito de acción doloso.

⁽⁴⁴⁾ Ibidem, p.487

⁽⁴⁵⁾ Ibidem, p.203

Es importante la aclaración que respecto a la posición de garante emite Wessels, en el sentido de que: "Antes se reconocía que su origen lo constituía la ley, el contrato, (y) una acción precedente. . . la doctrina más moderna se empeña en clasificar conforme a criterios materiales, reduciendo la situación de garante a dos posiciones fundamentales: deberes especiales de protección respecto de bienes jurídicos determinados y responsabilidad por causas determinantes de peligro".⁽⁴⁶⁾

Bacigalupo, fiel a las teorías alemanas, explica respecto a la primera hipótesis que señala Wessels, que: "El deber de acción para la defensa del bien jurídico puede emanar simultáneamente de una ley o de un contrato y ello podrá serlo en forma expresa o tácita. Pero fundamentalmente lo que determina el deber de evitar el resultado, cuya infracción será el grado de intimidad de la relación del sujeto con el bien jurídico que le impondrá su tarea de defensa frente a cualquier amenaza de lesión".⁽⁴⁷⁾

Por lo que hace a la segunda hipótesis (a la que Bacigalupo llama posición de garante para la vigilancia de una fuente determinada de peligro), señala este autor: la posición de garante tiene aquí por contenido la dirección y el encauzamiento de algo que produce, por su utilización, peligro para bienes jurídicos en la vida social, por cuyo motivo un determinado sujeto o sujetos tienen como función el evitar y prevenir los daños.

Con la nueva clasificación doctrinal, lo único que ha variado es la nomenclatura y grupos de fuentes de la posición de garante, porque de tres,

⁽⁴⁶⁾ Ibidem, p. 215

⁽⁴⁷⁾ Bacigalupo Enrique, Delitos Impropios de Omisión, 2ª Ed., Editorial. Temis, 1983, p. 144 y 145

las han reducido a dos y dentro del rubro defensa de un determinado bien jurídico caben la ley y el contrato, y lo que antes era la conducta precedente del autor ahora se llama vigilancia de una fuente determinada de peligro.

2.20.-Autoría Mediata.

2.21.-Denominación.

Ahora toca el turno de abordar esta figura; se puede decir que en torno a ella se han elaborado una diversidad de conceptos, incluso hay autores que niegan su existencia; pues bien, para delimitar el concepto de la autoría mediata, se siguen dos criterios: la de los que enumeran los casos en que esta forma de autoría se presenta y los que adoptan una forma amplia que encierre todos los casos posibles.

Como partidarios de esta tesis se encuentran entre ellos Zaffaroni, quien sobre esta especie de autoría refiere que: "Es la que se realiza quien se vale de otro que no comete injusto, sea porque actúa sin dolo, atípicamente o justificadamente".⁽⁴⁸⁾

El grupo opuesto, establece una fórmula en la que se pretenda encerrar los casos en que se presenta la autoría mediata y así establecen que autor mediato es aquel que, para la ejecución de un hecho punible, se sirve de otro como instrumento, el cual no es responsable.

Al efecto es de destacarse que este criterio lo siguen, entre otros, Bacigalupo, Jescheck , Wessels.

(48) Ibidem, p. 146.

Don Celestino Porte Petit pone de relieve que con un texto así, se evita limitación alguna en cuanto a los sujetos que pueden ser instrumentos del autor mediato para realizar el ilícito, lo cual comparto, dado que enumerar en una definición los casos de autoría mediata, está contra toda técnica jurídica, por caer en un casuismo absurdo y por otra parte, puede llevar a confusiones. Las formas de autoría mediata, es un tema que debe de tratarse fuera de su concepto. Una fórmula general, sin embargo, puede pecar de amplitud, puesto que en el texto "que se sirve de otro como instrumento el que no es responsable", puede bien encuadrar una autoría material cuando se vale de otro que actúa sin voluntad.

2.22.-Origen de la Autoría Mediata.

El nacimiento de esta figura, según lo expresa Bacigalupo, "se ha ido desprendiendo de la figura del Mandato desarrollada a fines de la Edad Media por la ciencia del derecho italiano. Pero un concepto de autoría mediata, agrega el escritor argentino, no aparece hasta Stubel (1928) en reemplazo del concepto causante intelectual. El motivo que determinó el nacimiento de lo que ahora se conoce como autoría mediata, fue la creación de la extrema accesoriedad. En efecto, con esta teoría los que hoy en día son casos de autoría mediata, eran considerados hipótesis de instigación, de lo que resultaba que al hacer efectiva la accesoriedad extrema, en hechos cometidos por terceros carentes de dolo, los instigadores resultaban, contra toda lógica, impunes, puesto que contribuían en un hecho típico y antijurídico, más no culpable.

Con la introducción de la teoría de la accesoriedad limitada, la figura del autor mediato queda intacta, pues se llegó a la certera conclusión de que, si bien se había creado para no dejar impunes ciertas conductas, lo cierto era que en esencia encerraba una verdadera autoría. En cierta manera, se puede decir, que se creó la autoría mediata, sin tener la finalidad de hacerlo.

Un gran obstáculo que enfrentó la autoría mediata fueron los postulados establecidos por el concepto restrictivo de autor, pues en su inicio esta postura redujo la autoría a quien ejecutaba materialmente el delito; este tropiezo se ha superado con la introducción de la teoría del dominio del hecho, puesto que quien realmente tiene en sus manos el curso del acontecimiento, es el sujeto que dirige al intermediario.

Claus Roxin manifiesta que: "La autoría mediata tiene bajo el aspecto valorativo, que es aquí legalmente decisivo, la misma estructura óptica que la autoría inmediata, el dominio de la ejecución del hecho".⁽⁴⁹⁾

2.23.-Elementos de la Autoría Mediata.

Siendo el autor mediato una especie del género autor, deberá ser poseedor de los elementos que distinguen a éste del mero partícipe. Lo anterior se traduce en que deberá contar con los elementos subjetivos del injusto y con las calidades que en éste se exijan al sujeto activo.

⁽⁴⁹⁾ En Problemas Actuales de las Ciencias Penales y la Filosofía del Derecho (en Homenaje a Luis Jiménez de Asúa) Editorial. Pannedita, Buenos Aires Arg., 1970, p. 64.

El autor mediato ha de contar con el dominio del hecho, esto es, dirigir la totalidad del suceso hacia un fin determinado, utilizando como instrumento a un tercero. El autor mediato, aunque sin ser ejecutor del delito, es señor sobre su realización, pues tiene en sus manos el decurso del suceso típico abarcado por el dolo.

La teoría objetiva, al reducir la autoría a una ejecución material personal, sufre un descalabro al tratar de explicar la autoría mediata. Sólo a la luz de la teoría del dominio del hecho, puede concebirse a la autoría mediata, en la que el autor, sin ejecutar materialmente el hecho, tiene en sus manos el desarrollo de éste.

Es importante señalar que si el tipo exige algún elemento subjetivo del injusto o una calidad en el sujeto activo, estas deberán actualizarse en el autor mediato y no en el ejecutor.

En el robo, el ánimo de apropiación, deberá ser del autor mediato y en el homicidio en razón del parentesco el descendiente de la víctima deberá ser también el autor mediato, de ello se deduce que sólo quien pueda ser autor material podrá ponerse la investidura de autor mediato.

2.24.-Problemática de la Autoría Mediata.

La autoría mediata puede presentar diversos problemas como se puede observar a continuación:

2.25.-Autoría Mediata y Vis Absoluta.

Un sector doctrinal considera hipótesis de autoría mediata, cuando el intermediario que se utiliza obra sin voluntad, criterio que creo errado. El instrumento del que se vale el autor mediato obra con voluntad, desarrolla por ende, una conducta, sólo que ésta se encuentra amparada por una causa de licitud o por una de inculpabilidad, o bien por una atipicidad o inconfiguración, de seguir a la teoría finalista de la acción, en caso de faltar el dolo en el ejecutor. En cambio cuando se presenta la fuerza física irresistible, el sujeto que es usado obra sin voluntad, por lo que no actualiza, incluso, el elemento material objetivo y por ello adquiere la categoría de una masa material inanimada, como lo es algún objeto cualquiera que este sea.

En la autoría mediata, la responsabilidad por lo realizado, gravita sobre quien actúa a espaldas del ejecutor y éste en ocasiones, es responsable a título de culpa. En la vis absoluta, el individuo que es utilizado como objeto, en ningún caso es responsable de lo acaecido. La responsabilidad recae, en efecto, en el sujeto que imprime la fuerza física y a título de autor material, porque resulta lo mismo romper el cristal del aparador con un ladrillo, que empujando al descuidado observador.

2.26.-Autoría Mediata y Vis Compulsiva.

La vis compulsiva tiene la característica de dejar al sujeto que la resiente, en la libertad de realizar o no la conducta que se le pide; si opta por ejecutarla concurre en su favor una causa de inculpabilidad por no exigibilidad de otra conducta.

La doctrina se ve dividida cuando se discute si quien imprime la vis compulsiva es sólo instigador, o si por el contrario es autor mediato. En realidad, todo dependerá del sujeto a quien se otorgue el dominio del hecho.

Los seguidores de la primera postura, argumentan que si el pasivo actúa con dolo (puesto que tiene la libertad de actuar o no), en él recae el dominio del hecho y que por tanto quien coacciona adquiere el carácter de instigador. Esta postura llevaría a insólitas injusticias, cuando el supuesto instigado acepta un perjuicio en sus bienes o derechos disponibles, lo que acarrearía una impunidad del supuesto instigador, dado que tal instigación no es típica y no habiendo un hecho principal del cual ser instigador, éste resulta impune.

Considero que autor mediato a quien ejerce una vis compulsiva, no tanto por considerar que en efecto, es el sujeto que coacciona el poseedor del dominio del hecho. El sujeto oprimido por la fuerza moral, acertadamente actúa con dolo, por ello no determina necesariamente que sea el portador del dominio del hecho (con dolo actúan los partícipes y sin embargo, no son, autores), pues su libertad se ve restringida por la presión sobre él ejercida; no posee una libertad pura, sino viciada y con una libertad a medias, no se puede decir que una persona decida el sí y el como de la realización del hecho. De tal suerte que quien tiene en sus manos el curso del acontecimiento, es el autor que ordena se haga tal o cual cosa y por ello adquiere el rango de autor mediato.

2.27.-Autoría Mediata en Tentativa.

Quando algún sujeto pretende ser autor mediato y no lo logra por causas ajenas a su voluntad, estamos en presencia de una tentativa de autoría mediata, la cual no es punible, por ser a lo sumo sólo un acto preparatorio.

Para ser acreedor a una pena por la comisión de un delito de tentativa, se requiere como mínimo, un principio de ejecución de la conducta que debe de producir el resultado. Pretender valerse de otro para cometer un delito, no es, en estricto sentido, la conducta adecuada para cometerlo; por ello, la autoría mediata como tentativa llama a la puerta del límite mínimo de la tentativa punible, sin embargo se queda afuera.

2.28.-Tentativa en la Autoría Mediata.

Lo importante en este punto, resulta establecer el límite mínimo de la tentativa cuando el hecho se ejecuta mediante autoría mediata. Al respecto existen dos opiniones. La primera estima que la tentativa se actualiza desde el momento en que el autor mediato da inicio a determinar al intermediario. La segunda opina que habrá tentativa hasta en tanto el instrumento humano, da inicio a la ejecución del delito.

Zaffaroni es fiel defensor de la primera corriente y argumenta que "Hay comienzo de ejecución y por ende, acto ejecutivo o de tentativa, cuando el determinador que tiene el dominio del hecho inicia la determinación del

interpuesto, aunque no logre determinarlo, puesto que allí comienza la configuración del hecho".⁽⁵⁰⁾

Considero que la configuración del hecho no se inicia cuando el autor mediato determina al ejecutor, sino cuando éste último da un paso en la ejecución de la conducta que debe producir el resultado. Cuando el autor mediato determina al sujeto que realizará el hecho, lo que hace es preparar el camino por el cual consumará su propósito delictivo, lo cual no es punible de acuerdo a nuestra legislación. Zaffaroni extiende el amplificador de la tentativa incluso, para el caso en que el autor mediato fracase en su propósito de ser tal, lo cual constituye una autoría mediata en grado de tentativa, lo que de ninguna manera puede considerarse parte de la ejecución del delito. Concorre pues, tentativa en cuanto el intermediario da principio a la ejecución del hecho punible; dentro de esta fase externa del iter criminis, la tentativa es parte de la ejecución material del delito, por lo que el simple inicio de determinación no significa comenzar a ejecutar el hecho punible.

Debemos asentar, para el caso en que sí se establezca una tentativa, esto es, cuando el instrumento ha iniciado la ejecución del delito y éste no consuma por causas ajenas a la voluntad del autor mediato, la pena aplicable será para este último; al ejecutor por su parte,

⁽⁵⁰⁾ Eugenio Raúl Zaffaroni Op. cit. , p. 610

no se le aplicará sanción alguna, inclusive, cuando su conducta incumpla un deber de cuidado, dado que carece de dolo, que es elemento esencial en la tentativa punible.

2.29.-Desistimiento y Arrepentimiento del Autor Mediato.

Dado que el autor mediato es quien posee el dominio del hecho, sólo él puede desistirse o arrepentirse del hecho, esto es, evitar la prosecución de la ejecución del delito o evitar su consumación.

El desistimiento para que sea operante deberá revestir dos características: primero, que sea espontáneo, es decir, que el autor mediato sin influencia externa decida no proseguir con la ejecución del delito. Segundo su desistimiento ha de consistir en parar el proceso ejecutivo iniciado por el instrumento humano que usó; no basta con alejarse del lugar u otros actos análogos, es indispensable que la ejecución del delito se vea frustrado de forma total y no parcial.

Si el proceso ejecutivo se ha culminado y el autor mediato evita su consumación entonces se puede hablar de un arrepentimiento, que sólo le será favorable en cuanto que haya sido espontáneo, según lo exige el tercer párrafo del artículo 12 del Código Penal.

2.30.-Desistimiento y Arrepentimiento del Ejecutor.

En cuanto a este aspecto es preciso señalar previamente que no es posible un desistimiento por parte del sujeto intermediario; lo anterior se puede explicar básicamente por dos razones: La primera de ellas es que el

desistimiento ó bien el arrepentimiento, solo cobran vida durante la fase de tentativa, llámese esta inacabada o acabada, que requiere de un actuar doloso y como se ha dicho la persona a la que se utiliza como medio, carece de divalor de acción, y por lo tanto, no es susceptible de desistirse o arrepentirse.

La segunda razón estriba en que el desistimiento y el arrepentimiento, tienen como característica la de que el autor detenga el proceso ejecutivo ó evita su consumación, lo cual obviamente presupone, que sólo quien sea poseedor del dominio del hecho, estará en opción de hacerlo, dado que es dueño del curso del hecho, no lo es quien ejecuta el resultado, sino quien se vale de éste. Si por el contrario el intermediario no consuma el delito, se configura en la especie una tentativa punible en contra del autor mediato, en virtud de que por razones externas a su voluntad, no se actualizó el delito, como cuando, por ejemplo una persona que le sirve a otra un platillo con veneno, pero resulta que en el momento de servirle en la mesa, dicho platillo se le cae al piso.

2.31.-Exceso del Ejecutor.

El exceso del medio o instrumento humano, se actualiza cuando éste comete hechos que se encuentran fuera del dominio que tiene el autor mediato.

Por ello resulta adecuado establecer con exactitud cual va a ser la responsabilidad del autor mediato en este caso en particular; por ello Wessels señala que "El autor mediato no responde por un exceso al exclamar que "el

autor mediato no es responsable de la acción punible que el instrumento cometa excediéndose del plan de la acción por su propio impulso".⁽⁵¹⁾

En realidad, la responsabilidad del autor mediato se ve cortada al momento en que ya no tiene el dominio del hecho, puesto que ya no está en sus manos la decisión de continuar o desistirse de la concreción del nuevo hecho punible. Sin embargo tal regla no tiene aplicabilidad en el caso en que el autor mediato, previendo el posible exceso, lo haya abrigado con un dolo eventual, o para el caso en que el exceso sea una consecuencia necesaria del delito del cual es poseedor del dominio del hecho. El exceso, puede ser reprochado al autor mediato a título de culpa, ya sea con previsión o sin ella en el resultado.

2.32.-Autoría Mediata en Delitos Especiales.

Cuando el tipo requiere de una calidad en el sujeto activo del delito, no puede mas que existir un delito denominado especial, propio o exclusivo; y autor de éste, solo puede ser quien tenga esa calidad específica. Por lo que siendo la figura de la autoría mediata una especie del genero autor, en los delitos especiales tendrá que reunir los requisitos señalados por el tipo penal. De lo que se concluye que: "Autor mediato sólo puede ser en este tipo de delitos (especiales) quien también pudiera cometer el delito como autor inmediato".⁽⁵²⁾

⁽⁵¹⁾ Op. Cit. P. 931.

⁽⁵²⁾ Op. Cit. P. 932.

Debe de señalarse que la calidad exigida por la descripción legal, ineludiblemente ha de recaer en el autor mediato y no en la persona que ejecuta materialmente el verbo del núcleo típico, pero si este sujeto comete un hecho típico propio en virtud de contar con la calidad requerida por la descripción legal, el autor mediato responderá del tipo básico o fundamental, dado que conforme a lo dispuesto por el artículo 54 del Código Penal, las circunstancias subjetivas no son comunicables. Por ello el extraño no puede ser autor mediato del delito especial; el intraneus puede ser autor mediato con la sola excepción del supuesto de que el delito además de especial sea de propia mano.

2.33.-Autoría Mediata en los Delitos de Propia Mano.

Pocos son en verdad, los temas de Derecho Penal, en que la doctrina siga una misma línea. La negación de la autoría mediata en los delitos llamados de propia mano, es uno de ellos.

Por consiguiente: El resultado sino la acción corporal frívola o impuras, que lesiona una prohibición sagrada es el auténtico motivo y el objeto de la tipificación por ello requiere que el autor, personalmente cometa el hecho; y no podrá valerse, por lo tanto, de ningún instrumento; el padre no puede valerse de un inimputable para cometer el delito de incesto con su descendiente; el agente militar no puede desertar valiéndose de otro.

No hay autoría mediata, dice Porte Petit, cuando se requiere por la Ley la realización personal del sujeto, por tratarse de delitos de propia mano. Por ello la negativa de la autoría mediata en los delitos de propia mano es innegable,

porque si estos se cometen personalmente, es inconcluso que el autor mediato no lo puede realizar a través de otra persona.

Se concluye de lo anterior, que cuando la naturaleza del tipo, limita la autoría a una ejecución corporal por parte del activo, la autoría mediata está descartada de manera plena.

2.34.-Autoría Mediata en Delitos Culposos.

Cuando la fracción IV del artículo 13 del Código Penal Federal; responsabiliza de la comisión de un ilícito a quien lo lleve a cabo sirviéndose de otra persona, requisito desde luego que quien lo lleve a cabo sirviéndose de otro de manera dolosa se niega la posibilidad de una autoría mediata culposa, puesto que no es admisible dentro de la lógica penal que el servirse de otro para cometer un injusto y no tener la convicción de querer el resultado o a la vez cometerlo.

Se ha dejado asentado en líneas anteriores que el elemento de la autoría mediata, lo es el que el activo sea poseedor del dominio del hecho, o sea, que es él quien decide el sí y el como de la realización del hecho y por lo tanto voluntariamente dirige su comportamiento a un fin prefijado, por lo que la figura culposa se desvanece ante lo anterior.

Pero no se debe de confundir una autoría concomitante de forma culposa, con una autoría mediata. Existe autoría culposa concomitante, verbigracia, en el caso de que el doctor de manera totalmente descuidada y sin previsión alguna le solicita a la enfermera que le aplique un medicamento a un paciente y esta por falta de atención también le suministra el medicamento

equivocado causando con ello severos daños en su salud; en el caso anterior no habrá autoría mediata, dado que el medico no domina la voluntad de la enfermera, ni mucho menos subordina su actuar a algún fin delictuoso.

2.35.-Formas de Participación.

2.36.-Generalidades.

El derecho penal no se limita a castigar al autor de un delito sino que a través del dispositivo amplificador previsto en el artículo 22 del Código Penal, hace responsables a quien instiga en su comisión y quien ayuda en su realización. Estas conductas son de naturaleza secundaria y por ello los sujetos que las ejecutan, reciben el nombre de partícipes, término que por esencia encierra la idea de accesorio, dependencia o subordinación. De tal suerte que el instigador y el cómplice requieren de un hecho principal del cual resultan ser figuras accesorias; "No es posible la participación si no se le conecta a un hecho punible cuyo autor es otro, distinto del partícipe".⁽⁵³⁾

A esta naturaleza se le ha llamado teoría accesorio de la participación. Esta corriente sin embargo, no ha sido acogida unánimemente por la doctrina recuérdese que con el concepto extensivo de autor, se pretendió dar a los partícipes la categoría de autores, argumentándose una equivalencia de las condiciones ejecutadas en el hecho, lo cual como ya se hizo notar, no es satisfactorio.

⁽⁵³⁾ Bacigalupo Manual, Op. Cit., p. 200.

Otro sector en cuanto a la doctrina sostiene que tanto el instigador como el cómplice son figuras jurídicas de carácter autónomo que al cobrar vida dan como consecuencia un delito propio o independiente del realizado por el autor, a esta tesis se le ha denominado Teoría Pluralista de la Participación. Contra este sustento, Zaffaroni refiere: "Si la participación consistiese en tipos independientes, se admitirá la tentativa de participación, es decir, que sería punible la mera participación, es decir, que sería punible la mera proposición que se hiciere a alguien para decidir a otro a cometer un delito (tentativa de instigación) o el hecho de que alguien le preste a otro un cuchillo filoso para que mate a su mujer (tentativa de complicidad) aun y cuando el primer sujeto rechace la proposición y el segundo use el cuchillo para cortar un pollo".⁽⁵⁴⁾

Es la teoría de la accesoriedad la que hoy en día predomina en la literatura penal, por ser la que en efecto explica la naturaleza de la participación, puesto que ésta "tiene vida a través de la autoría; no tiene la participación ningún valor autónomo sino en vinculación con el autor del delito"

⁽⁵⁵⁾

2.37.-Accesoriedad de la Participación.

El instigador y el cómplice no tiene existencia autónoma, requieren por naturaleza propia, de un hecho en el cual participar, al cual estén subordinados.

⁽⁵⁴⁾ Manual, Op. Cit., p. 822.

⁽⁵⁵⁾ Ponte Petit, Programa, Op. Cit., p. 865.

Este hecho es la obra del autor. Los partícipes no cometen el delito, sino que contribuyen en su realización, esto es, participan en el hecho, no lo crean.

Esta accesoriidad de los partícipes, ha dado lugar a que la doctrina se cuestione si es necesario que el autor principal haya ejecutado todos los elementos del delito o si basta con algunos de ellos. Este grado de dependencia da lugar a cuatro posibilidades que se han denominado de la accesoriidad mínima, limitada, extrema y de la hiperaccesoriidad.

2.38.-Accesoriidad Mínima.

De acuerdo a esta postura, el partícipe es accesorio de una conducta típica, esto es, que basta que el sujeto activo del hecho principal, haya adecuado su hecho al tipo legal. Resulta insostenible esta tesis, dado que el hecho del autor principal puede estar ajustada a Derecho si concurre una causa de licitud, lo que da lugar a excluir toda consecuencia jurídica. No es posible participar en un hecho apegado al sistema jurídico. No merece castigo quien haya instigado a otro a defenderse legítimamente.

El nacimiento de esta corriente, se debe en gran medida a la pretensión de sobrevivencia de la teoría causalista, pues sus seguidores, ante la imposibilidad de fundar la punición del partícipe a raíz de una culpabilidad de autor (en lo subjetivo), no tuvieron otra alternativa que recurrir a lo objetivo y por ello manifestaban que bastaba un hecho típico, y era indiferente el aspecto interno del autor principal.

Sobre el particular expone Zaffaroni: "Para los que sostienen el criterio objetivo-subjetivo como sistemático del delito, no quedaba otra alternativa que renunciar a fundar la punición de la participación en lo subjetivo, para ensayar el camino de fundarla en la participación en lo objetivo, que tal como lo entendían, resultaba una participación en la causación del resultado. De allí surge la teoría de la accesoriedad mínima".⁽⁵⁶⁾

2.39.-Accesoriedad Limitada.

La postura hoy en día dominante, considera que el hecho principal ha de ser típico y antijurídico, o en otros términos, que el instigador y el cómplice participan en un injusto cuando se requiere que la realización del tipo por el autor sea antijurídica, dice Fontán Balestra, "La accesoriedad se manifiesta en forma limitada".

Esta tesis es del todo aceptable siempre que se adopte la teoría finalista de la acción y resultara un fracaso de seguir la teoría causalista. Esta discrepancia surge en virtud de que el autor principal necesariamente ha de actuar con dolo. "El carácter doloso del hecho principal está impuesto por la naturaleza misma de la participación. En primer lugar instigar es crear dolo en el autor. En segundo lugar, la complicidad presupone otro es el autor y por lo tanto, que este debe tener el dominio del hecho."⁽⁵⁷⁾

Lo que no es posible sin dolo.

⁽⁵⁶⁾ Manual. Op. Cit., p. 623.

⁽⁵⁷⁾ Manual Op. Cit., p. 430

Ahora bien, como la teoría finalista de la acción inserta el dolo en el injusto, es suficiente un hecho típico y antijurídico, para una posible participación en su comisión; esto es irrefutable. El problema se toma para los causalistas, que al colocar el dolo en la culpabilidad necesitan no solo de un injusto, sino que además ha de ser matizado de culpable, lo cual riñe con el principio de que la culpabilidad ha de ser individual entre los concurrentes en la comisión de un delito.

2.40.-Accesoriedad Extrema.

Como se ha visto en el punto anterior, para la teoría causalista no basta un hecho típico y antijurídico en el cual participen el instigador y el cómplice, sino que además debería ser culpable, pues los partícipes han de actuar en un hecho doloso, y con ello surge la teoría de la accesoriedad extrema. Condicionar la existencia de la participación a un hecho culpable, complica en gran medida la posición de la teoría causalista, puesto que, como ya se mencionó, pugna con el principio unánimemente aceptado de que la culpabilidad es personalísima, no comunicable entre los codeincentes. De seguirse esta postura, las causas de inculpabilidad del autor benefician a los partícipes en sentido estricto; así quien ayude a un inimputable a cometer el hecho punible, estará exento de responsabilidad, dado que participó en un hecho inculpable.

Ante el evidente fracaso, los causalistas volvieron su vista a la accesoriadad mínima, creyendo encontrar en ésta la solución, cosa que, como se hizo notar, también fracasa. De ello resulta que para los simpatizantes de la teoría causal, no hay postura alguna en la que puedan sustentar la accesoriadad de la participación, pues a veces conduce a absurdos (de aplicarse la accesoriadad mínima), y en otra a injusticias (de aplicarse la accesoriadad máxima).

2.41.-Hiperaccesoriadad.

La hiperaccesoriadad, extiende también a los participes las condiciones personales del autor, cuando estas tengan por objeto aumentar o disminuir la pena.

Con acertado juicio, Fontán Balestra afirma: "Estos principios que fijan el limite de la accesoriadad no pueden ser adoptados por el interprete según su convicción, sino deducidos del texto legal que se analiza".⁽⁵⁸⁾

En atención a ello, habremos de averiguar cuál postura adopta nuestro Código Penal.

Como aparece redactado el artículo 22 del Código punitivo, podría pensarse que sigue una teoría de la accesoriadad extrema. Con el enunciado "Son responsables del delito", aunado a que las fracciones V y VI del artículo mencionado requieren el inducir a otro a cometer "un delito", parecería que el texto legal exige una conducta típica, antijurídica y culpable, que son los

(58) Op. Cit., p. 431

elementos de todo delito. Hoy en día esta interpretación literal, no es del todo satisfactoria; es necesario hacer una interpretación teleológica".⁽⁵⁹⁾

Antes de ser reformado el artículo 54 del Código Penal, en el año de 1984, que reconocía la comunicabilidad de circunstancias subjetivas entre los codefincuentes, era creíble pensar que se seguía una accesoria extrema sujeta a que el partícipe tuviera conocimiento de esas circunstancias, y, por lo tanto, en relación con una hiperaccesoria. Sin embargo al ser reformado el mencionado precepto legal y reconocer la incomunicabilidad de las circunstancias subjetivas del autor a los partícipes, inclusive con el conocimiento que éstos tengan de aquellas, estableció la personalísima culpabilidad de los concurrentes, y por ende, cada uno de ellos será sancionado conforme a su propia culpabilidad; la culpabilidad de otros, es irrelevante, con lo cual se erige la acertada accesoria limitada en nuestro Código Penal, pese a la interpretación literal que del artículo 22 pudiera hacerse.

Los actos aportados por el partícipe, deberán contribuir en la realización del injusto. Esta aportación puede ser de naturaleza física o psíquica. Se instiga a cometer un delito, se ayuda a su realización; pero si el hecho se ha consumado sin que haya una relación con lo aportado por el partícipe, este último estará exento de responsabilidad. "No puede ser subsumida en el dispositivo del artículo 13, dice Jiménez Huerta, la acción accesoria subjetiva orientada a incidir en la principal, si es intrascendente desde el punto de vista

⁽⁵⁹⁾ Op. Cit. P 305

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

causal o de otra manera dicho, si es inidónea e ineficaz para contribuir a la perpetración del delito.⁽⁶⁰⁾

Para establecer la relación causal, no opera el razonamiento admitido en la teoría de la *condictio sine qua non*, en el sentido de que desaparece el resultado si *in mente* se suprime la contribución del partícipe. Lo anterior en virtud de que la participación es de naturaleza eminentemente accesoria del injusto, y por ello, este último puede presentarse de hecho sin que haya contribuido un instigador o bien un cómplice.

El hecho principal en el que se participa, ha de haber alcanzado como mínimo el grado de tentativa, y mientras ello no suceda, la conducta del instigador y del cómplice son atípicas. En general afirma Welzel, "Las acciones de participación son sólo punibles cuando el hecho principal es perpetrado realmente o por lo menos quedó en grado de tentativa punible".⁽⁶¹⁾

2.42.-Eficiencia Finalística del Partícipe.

El aporte causal del partícipe en el resultado principal no debe de verse desde el punto de vista meramente objetivo, es necesario que el cómplice o el instigador, en su caso, tengan conocimiento de que están contribuyendo en la realización de un delito, esto es, que en su ánimo esté latente el propósito de participar en el hecho delictuoso, sea auxiliando en su comisión o instigando a otro para que lo cometa.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

⁽⁶⁰⁾ Op. cit., T. I., p. 406

⁽⁶¹⁾ Op. Cit., p. 165

El elemento finalístico por sí solo es irrelevante para fundamentar una participación en el delito, y de igual forma, el aporte objetivo en sí mismo será irrelevante; una es complemento del otro y sólo en su conjunto podremos encontrar una fundamentación para la existencia de una complicidad o de una instigación. Este elemento finalístico se manifiesta por lo general en un acuerdo previo entre el autor y el partícipe; pero puede también manifestarse en cualquier otra forma que ponga de manifiesto la voluntad del partícipe de cooperar con acción conjunta e identidad de propósito en la producción de la conducta típica y principal.

2.43.-Concurrencia de Participaciones.

Puede acontecer que desde el punto de vista técnico, el partícipe no sólo instigue al autor a cometer el delito, sino que también lo ayude a realizarlo, caso en cual surge un concurso aparente de normas habrá de resolverse conforme al principio de consunción, y establecer que la conducta de mayor relevancia absorbe a la de menor grado, esto es, que la complicidad queda inmersa en la instigación, dice Maurach: "Así como la autoría absorbe toda forma de participación, en la participación variada en el mismo delito, la forma mas débil será absorbida por la más intensa: instigación precede a complicidad; el instigador que realiza actos de complicidad tan sólo será castigado por instigación".(62)

(62) Op. Cit., p. 367

2.44.-Instigación.

Instigación no es sino una forma de participar en un injusto. Lo importante resulta determinar qué debe entenderse por instigador o instigar. La persona que determina de manera dolosa a que otro cometa un injusto igualmente doloso, recibe el nombre de instigador.

Algunos autores consideran, desde la misma definición que el instigador debe determinar a otro para la comisión de un delito, lo cual es inexacto, puesto que de acuerdo a la teoría de la accesoriedad que se ha mencionado, basta un injusto para participar, independientemente de que éste sea matizado de culpable o no.

El Código Punitivo en la fracción V del artículo 13, establece que son responsables del delito, los que determinan intencionalmente a otro a cometerlo. Con esta redacción, aparentemente nuestra legislación penal requiere que se instigue a la comisión de un delito y no tan solo de una conducta típica y antijurídica, sin embargo, una interpretación teleológica de este precepto, en concordancia con el artículo 54 del mismo Código, conlleva a pensar que no es necesaria la culpabilidad del sujeto instigado, y por ello basta con instigar a la comisión de un injusto doloso.

"La esencia de la instigación, dice Guillermo Fierro, reside en el producir en otro que debe reunir todas las características y condiciones requeridas

para ser autor la resolución efectiva de cometer un hecho ilícito que, al menos debe ser tentado".⁽⁶³⁾

2.45.-Modos de Instigar.

Independientemente de que el número de formas en que se puede instigar, debemos afirmar que todas deben, al final, haber determinado al instigado, esto es, que la voluntad de éste hubo de verse movida para la comisión del injusto. Debemos afirmar con zaffaroni que: "La instigación debe cometerse mediante un medio psíquico".⁽⁶⁴⁾

Puesto que lo importante es despertar en el juicio que emite Jescheck al respecto: "En principio todos los medios de inducción son idóneos en la medida en que supongan un influjo psíquico".⁽⁶⁵⁾

Por otra parte, la actividad del instigador es solo factible en forma positiva, dado que por esencia, no puede determinarse a otro a la comisión de un hecho en forma omisiva. Siguiendo a Carrara, algunos autores consideran como formas de inducción al mandato, la orden, la coacción, el consejo y la asociación. "La nota característica de estas figuras, dice Carrara, se reconoce con facilidad. Se contrae a la utilidad del delito. Si el que va a cometerse redunda en pro de quien concurre a él comunicando tan solo su voluntad al autor físico del mismo, tendremos la orden, la violencia o el mandato. Si la

⁽⁶³⁾ Fierro Guillermo J., Teoría de la Participación Criminal, Editorial, EDIAR, Argentina, 1964, p. 246.

⁽⁶⁴⁾ Manual, op. Cit., p. 632.

⁽⁶⁵⁾ Op. Cit., p. 957.

utilidad recae únicamente sobre el autor físico, aparece el consejo. Si la utilidad resultante es común, se da la sociedad".⁽⁶⁶⁾

El mandato: Estamos frente a esta figura, cuando el instigador encarga al instigado la ejecución del injusto para su exclusiva utilidad y aprovechamiento.

La orden: Esta, expresa Castellanos Tena, "No es sino una forma del mandato y la impone el superior al inferior con abuso de su autoridad".⁽⁶⁷⁾

La coacción: Se dice que hay coacción, cuando un mandato se apoya en la amenaza; es preciso a este respecto aclarar que no se presenta la hipótesis de instigación, cuando a consecuencia de la amenaza, el coaccionado pierde su libertad de decisión a grado tal que no sabe lo que hace, porque entonces se entra en el campo de la autoría mediata cuando el supuesto instigador conserva el dominio del hecho, pues entonces, en sus manos está el curso causal de la realización del delito.

El consejo: Se está de acuerdo con Jiménez de Asúa, en el sentido de que el consejo no es una forma de instigar a la comisión de un hecho puesto que inducir va mas allá que simplemente aconsejar; el consejo como las instrucciones o reforzamientos de la voluntad ajena, son actos accesorios que no entran ni en actos ejecutivos del tipo ni en la consumación.

⁽⁶⁶⁾ Carrara Francisco, Teoría de la Tentativa y de la Complicidad, Editorial, F. Góngora y Compañía, Madrid, 1877, párrafo 244, p. 183.

⁽⁶⁷⁾ Op. Cit. p. 288.

A fin de descartar el consejo como forma de instigación, de gran utilidad resulta la teoría de la adecuación social impuesta por Welzel, en efecto, dentro del ámbito de la relación social, el consejo resulta adecuado a las normas de cultura de la sociedad; quien aconseja a otro, se mueve en un campo permitido socialmente, que en forma alguna puede constituirse en instigación.

La Asociación: Indebidamente se considera que hay instigación cuando un grupo de personas pactan realizar un delito para un común beneficio. En efecto puede acontecer que un grupo de individuos pacten la comisión de un hecho punible, y que todos ellos logren una utilidad, sin embargo ello no determina una necesaria instigación correlativa puede ser que todos los sujetos, antes de asociarse, hayan tenido la realización de cometer el delito con lo cual resulta imposible una instigación; por otra parte, al momento de la decisión del hecho, todos los activos pueden adquirir la calidad de coautores y así desaparece la instigación: Por ello no puede generalizarse y decir que la asociación conduce a una instigación.

A mayor abundamiento, me parece oportuno citar al efecto los siguientes criterios Jurisprudenciales sustentados por la Primera Sala Penal de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. al tenor de la siguiente:

"...PARTICIPACIÓN POR INDUCCIÓN INEXISTENCIA DE LA- Para considerar a un sujeto como inductor debe existir como requisito *sine qua non* la determinación, es decir la actividad del instigador debe ser tal que mueva la voluntad del ejecutor determinándolo de manera directa a la realización del hecho punible, por la orden dada al respecto, y si el acusado no hizo surgir en el autor material la resolución de cometer el ilícito porque éste ya estaba resuelto a ejecutarlo, y tan es así que había dado comienzo a su realización del injusto, porque aún cuando posteriormente el inculcado "la frase" si le vas a dar, dale rápido y vámonos", no fue su exteriorización verbal la que determino al autor a matar pues ya estaba decidido a delinquir. La doctrina ha considerado, como formas de instigación, entre otras: a) El mandato, que opera cuando se encarga a otro la ejecución del delito; b) La orden, cuando el mandato lo impone el superior al inferior con abuso de autoridad; c) La coacción, que es el mandato apoyado en la amenaza; d) El consejo, originado cuando la instigación que se hace a un sujeto, para inducirlo a cometer un delito, es para la exclusiva intensidad y provecho del instigador; y, e) La asociación, pacto realizado entre varias personas para consumar un delito para utilidad común o respectiva de todos los asociados. Ahora bien, de acuerdo a lo apreciado por el tribunal responsable, en la especie la forma de instigación más viable sería la que opera en vía de consejo, más no puede ubicarse al inculcado en tal situación, porque la frase que pronunció no fue determinante en la resolución del autor material del homicidio..".

**Amparo Directo 611/86 J. Ascención González Quiroz 11 de mayo de 1987
Cinco Votos. Ponente Francisco Pavón Vasconcelos. Secretaria Eugenia Martínez de Duarte. Primera Sala Penal.**

"...INSTIGACIÓN (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE GUANAJUATO)

Para que la instigación a que hace referencia el artículo 21 del Código Penal del Estado de Guanajuato de que se dé por comprobada, no necesariamente se requiere que quien haga uso de ella, tenga un dominio absoluto sobre la voluntad del instigado, pues sólo basta que lo determine a actuar de una manera que el instigador esté conciente de que en un momento impulsivo el agente activo no rehúse ejecutar el acto, máxime cuando conoce que en ese preciso instante cuenta con los medios para que actúe en la forma en que se desea; de tal manera que es correcta la aplicación del artículo citado, si la instigación que el inculcado ejerce sobre su coautor provoca precisamente la conducta que éste ejecute conforme a las instrucciones de aquél, siendo previsible el resultado...".

Volumen 181-186. Segunda Parte página 61 Tesis Aislada

Semanario Judicial de la Federación

Séptima Época

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

2.46.-La Complicidad.

2.47.-Denominación.

La Complicidad no es sino una forma de participar en la comisión de un hecho punible. doctrina no varía en demasía, cuando establece una definición del cómplice. Jescheck pone de manifiesto que la "complicidad es la cooperación dolosa con otro en la realización de un hecho de su hecho antijurídico dolosamente cometido".⁽⁶⁸⁾

Maurach por su parte afirma que la "complicidad es el auxilio doloso a un crimen o delito doloso, cometido por otro".⁽⁶⁹⁾

Como elementos de la complicidad se tienen: Un auxilio o ayuda a otro; que sea en forma dolosa; que ello se haga para cometer un delito; que este hecho principal sea también doloso.

La definición legal del cómplice se establece en la fracción VI del artículo 13 del Código Penal, que responsabiliza del delito, a quienes intencionalmente presten ayuda o auxilio a otro para su comisión. Nuestro Código Sustantivo, no exige expresamente que el hecho en el cual se ayuda o auxilia, sea cometido dolosamente, esto se desprende de la naturaleza misma de la autoría y participación. Acerca de una posible complicidad en un delito culposos.

⁽⁶⁸⁾ Op. Cit., p. 962.

⁽⁶⁹⁾ OP. Cit., p. 377.

CAPITULO III

PROBLEMÁTICA JURÍDICA

3.1.-Principio de Legalidad.

3.2.-Garantía de la Exacta Aplicación de la Ley en Materia Penal.

Este principio básicamente forma la estructura angular sobre la cual se asienta el derecho penal que nos rige y que podemos envidiar políticamente hablando dentro del derecho penal liberal.

Doctrinariamente el principio de legalidad señala que solo puede recibir pena el sujeto que haya realizado la conducta como merecedora de ella y su particular especie de sanción, por medio de una ley que es vigente en el momento de su realización y que como tal ha sido prevista por la ley penal al asignarle una forma de conducta y por ende una sanción. Modernamente, en virtud de tales construcciones que ponen el acento en el tipo, el principio de legalidad puede expresarse doctrinariamente afirmado *"no hay delito ni por consiguiente pena sin tipo penal legal"*, aunque se le suele mencionar haciendo referencia a su consecuencia (*nulla poena sine lege*), funcionalmente el principio de legalidad así formulado al requerir la existencia de una ley anterior al hecho que se juzga, como determinante de una particular consecuencia legal (la pena), para una conducta que es ilícita por haber transgredido los mandatos del ordenamiento jurídico, quita la potestad penal represiva (designación de los contenidos habilitantes del ius puniendi), del poder ejecutivo y del poder judicial

para dejarla en manos exclusivamente del poder legislativo: restringe pues, las fuentes de conocimiento del derecho penal a la ley. Lo cual implica una garantía para el gobernado, ya que le asegura que la actividad represiva de aplicación (poder judicial) y ejecución (poder ejecutivo) puesto que no va a recaer sobre las conductas suyas que no estén catalogadas como delitos por la ley.

Puesto que ese tipo de principio de superior orden constitucional se extiende a todas las manifestaciones del derecho penal a que antes se ha hecho referencia, en todas ellas debe de ser observado para que las reglas no sean inconstitucionales.

"Ello implica que la expresión "ley" tenga que ser tomada en el amplio sentido de ley material (Zaffaroni), pero tal significación sólo es admisible en situaciones particulares como serian las regulaciones contravencionales municipales (ordenanzas) ó los bandos militares en las cuales solo la ley en sentido formal puede operar como fuente de conocimiento, aunque a veces algunas hipótesis muy particulares se pueden presentar en nuestro derecho".

El principio de legalidad directamente dota de específicas características a la ley penal, las que deben de observarse en su formulación si no se los requiere desconocer. La experiencia doctrinaria de dichas exigencias suministran la formulación moderna del primero de esos principios: la ley tiene que ser escrita (*nulla poena sine lege scripta*) ya que es la única mancha que permite conocer con certidumbre lo prohibido y lo permitido; previa al hecho que se juzga (*nulla poena sine lege praevia*), es decir, encontrarse vigente

cuando el sujeto realizó la conducta; *stricta (nulla poena sine lege stricta)*, lo cual requiere tanto de la descripción de la conducta como la pena asignada a ella, se encuentran expuestas en la ley sin ambigüedades que entorpezcan su conocimiento por parte de los destinatarios de ella (tanto individuos como órganos de aplicación).

La exigencia de que la ley penal sea estricta en cuanto a la descripción del hecho, incluye en nuestro derecho penal los tipos penales que no están debidamente circunscriptos en la descripción que traen de la conducta merecedora de pena y que por tanto, liberan a la mera interpretación lo que es merecedor de pena o que no se refieran a hechos (conductas), sino a "personalidades de autor", que dejen de lado la determinación de la especie y medida de la pena o la libren a la determinación de cualquier otro poder que no sea el legislativo.

En cuanto a la actividad de los organismos jurisdiccionales, los principios fijan un límite insuperable a la tarea interpretativa, que no puede adquirir características de creatividad, prohibiendo la consagración de delitos por analogía.

Algunos agregan a estos requisitos, la exigencia de que la ley sea general, o sea, aplicable a todos aquellos que se encuentren bajo los límites formales de la potestad punitiva del estado, cuando se den las mismas

circunstancias y condiciones, sin embargo, tratándose de una consecuencia que procede el principio de igualdad (artículo 16 Constitucional).

De conformidad con lo que se acaba de expresar, el principio de legalidad entraña un límite para el poder judicial y una exigencia para el poder legislativo; este obrara anticonstitucionalmente cuando formule tipos que "no contengan todos los presupuestos que condicionan la pena y determinan la especie de pena" (Bacigalupo). Pero no obstante, esta estrictez del tipo no es absoluta en tanto que permite delimitar fehacientemente la conducta merecedora de pena, es admisible que alguno de sus elementos no estén expresados taxativamente sino contenidos por una interpretación que no supone los límites de tal o que otros queden librados a una actividad del magistrado (elementos normativos, deber de cuidado) hasta se ha llegado a admitir en la doctrina moderna "cierto grado de generalización", en la expresión legislativa siempre que no convierta el tipo en "cláusula general" (Bacigalupo) aunque no parece que esa flexibilización generalizante puede traspasar los hitos precedentemente indicados. El principio de legalidad en materia penal se circunscribe a la ley puesto que para considerar punible una conducta el juez no puede acudir, ni a los principios generales del derecho. Ni a la costumbre etcétera ya que estas funcionarían como fuentes mediatas ó secundarias.

El principio de legalidad establece que todo acto de los órganos del Estado debe encontrarse fundado y motivado por el derecho en vigor, esto es, el principio de legalidad demanda la sujeción de todos los órganos estatales al

derecho; en otros términos: todo acto o procedimiento jurídico llevado a cabo por las autoridades estatales debe tener su apoyo estricto en una norma legal (en sentido material), la que a su vez debe estar conforme a las disposiciones de fondo y forma consignadas en la Constitución. En este sentido, el principio de legalidad constituye la primordial exigencia de todo "Estado de Derecho" en sentido técnico.

Se debe señalar que los antecedentes inmediatos del principio de legalidad se encuentran en la Constitución de 1857, la cual se inspiró en la institución del "debido proceso legal", (*due process of law*), prevista en la enmienda V y, posteriormente, la XIV sección I de la Constitución de los Estados Unidos, con una cierta influencia también a la antigua audiencia judicial hispánica.

Así pues los artículos 14 y 16 Constitucionales particularmente por el desarrollo jurisprudencial que han tenido, mismo del que proviene del que se le dio a sus equivalentes durante la vigencia de la Constitución de 1857 proporcionan la protección del orden jurídico total del Estado Mexicano, por lo que el principio de legalidad en ellos contenido representa una de las instituciones mas relevantes y amplias de todo régimen de derecho.

En relación primeramente con el párrafo segundo del artículo 14 de la Constitución, del mismo expresamente establece: "Nadie podrá ser privado de la vida, de la libertad o de sus propiedades, posesiones o derechos, sino

mediante juicio seguido ante los tribunales previamente establecidos, en el que se cumplan las formalidades esenciales del procedimiento y conforme a las leyes expedidas con anterioridad al hecho” .

La anterior disposición constitucional corresponde a la fórmula angloamericana del “debido proceso legal”, tal y como ha sido interpretada por la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de los Estados Unidos, y contiene cuatro derechos fundamentales a la seguridad jurídica que concurren con el de audiencia : a) el de que a ninguna persona podrá imponerse sanción alguna (*consistente en la privación de un bien jurídico como la vida, la libertad, sus posesiones, propiedades o derechos*), sino mediante juicio o proceso jurisdiccional, b) que tal juicio se substancie ante tribunales previamente establecidos; c) que en el mismo se observen las formalidades del procedimiento y, d) que el fallo respectivo se dicte conforme a las leyes existentes con antelación al hecho o circunstancias que hubiese dado motivo al juicio.

La primera parte del artículo 16 constitucional a su vez establece: *“Nadie puede ser molestado en su persona, si no en virtud de mandamiento escrito por autoridad competente que funde y motive la causa legal del procedimiento”*. Como se observa, en tanto que el artículo 14 de la misma ley regula constitucionalmente los requisitos generales que deben satisfacer los actos de autoridad al seguir los procedimientos encaminados a la imposición de algún acto o bien sanción, los cuales

siempre deben de estar previstos en una norma legal en sentido material, proporcionando así la protección del orden jurídico.

Por otra parte es preciso mencionar como otro aspecto del principio de legalidad, el derecho a la exacta aplicación de la ley, previstos por los parágrafos tercero y cuarto del artículo 14 Constitucional, referido a los juicios mentales establece el conocido principio de *nulla poena sine lege* al prohibir que se imponga "por simple analogía y aun mas por mayoría de razón o pena que no este decretada por una ley aplicable al caso concreto.

Esta garantía esta concebida en los siguientes términos:

"En los juicios del orden criminal queda prohibido imponer por simple analogía y aun por mayoría de razón, pena alguna que no esté decretada por una ley exactamente aplicable al delito de que se trate".

3.3.-Extensión de la Garantía.

Dicha garantía tiene como campo de vigencia la materia procesal penal e implica el tradicional principio de legalidad que se enuncia *nulla poena, nullum delictum sine lege*. Este postulado establece la bifurcación de la legalidad sobre dos elementos: los delitos y las penas. A virtud de él, por consiguiente, un hecho cualquiera, que no esté reputado por la ley en su sentido material como delito, no será delictuoso, o sea, susceptible de engendrar una penalidad para el que lo comete. En el párrafo tercero del artículo 14 Constitucional, dicho principio de legalidad, en la estimación delictiva de un hecho humano, no se contiene expresa y directamente. Sin embargo, por indiferencia jurídica, a través de la interpretación del concepto legal de "delito", se puede involucrar en

la mencionada disposición constitucional. En efecto, de acuerdo con lo que prevé el artículo 7° del Código Penal para el Distrito Federal, que tiene el carácter de ordenamiento federal para los delitos de este orden, *"delito es todo acto u omisión que sancionan las leyes penales"*. Por ende, para que un hecho *lato sensu* (acto positivo u omisión) constituya un delito, es menester que exista una disposición legal que establezca una pena para su autor, por lo que cuando no exista aquélla, el acto o la omisión no tiene el carácter delictivo. El artículo 14 Constitucional en su tercer párrafo, remite, a través del término *"delito"*, al concepto legal de hecho delictivo contenido en el referido artículo 7° de la Ley Sustantiva Penal así como a los ordenamientos penales materiales de índole local, según el caso. En consecuencia, para que un hecho determinado sea considerado como delito y como motivo de aplicación de una pena a la luz del precepto constitucional, es necesario que exista una ley que repunte aquél como tal, o sea, que haya una disposición legal para que le atribuya una penalidad correspondiente o respectiva. Se violará entonces, el mencionado artículo de la Ley suprema en su tercer párrafo, cuando se pretenda aplicar una sanción penal a un hecho que no esté legalmente considerado como delito en los términos del artículo 7° del ordenamiento penal sustantivo o de los códigos penales de los estados (*principio nullum crimen, nulla pena sine lege*).

Pero además, el principio de legalidad en materia penal no sólo ostenta el aspecto indicado en cuanto a la concepción delictiva de un hecho, sino que se refiere también a las penas. De conformidad con tal postulado, bajo este segundo carácter, está prohibida la aplicación de una sanción penal si no existe

alguna disposición legal que expresamente la imponga por la comisión de un hecho determinado. En otras palabras, para todo delito la ley debe expresamente señalar la penalidad correspondiente, principio que se encuentra consagrado en el artículo 14 Constitucional. Por ende, se infringirá este precepto, cuando se aplique a una persona una pena que no se atribuya por la ley directa y expresamente a un delito determinado. Puede suceder, por ejemplo, que un hecho esté catalogado o tipificado por una disposición legal como delito; no obstante ello, si dicha disposición legal no consigna la pena que ha de imponerse a su autor, la autoridad correspondiente no puede aplicar ninguna sanción penal, ya que, mediante dicha aplicación se infringirá el mencionado precepto de la Constitución. Éste es el sentido en que debe tomarse el adverbio "exactamente" empleado en la disposición constitucional que comentamos, es decir, como indicativo de la expresa correspondencia fijada por una disposición legal entre un hecho delictivo y una determinada penalidad.

3.4.-Interpretación Analógica y por Mayoría de Razón.

Para asegurar la garantía de la "exacta aplicación de la ley" en materia penal, el párrafo tercero del artículo 14 constitucional prohíbe la imposición de penalidad por *analogía* y por *mayoría de razón*. En este sentido por imposición analógica se debe entender el producto de la aplicación por analogía de una cierta penalidad legal. Dado que toda ley tiene un determinado objeto de regulación, el cual está constituido por el hecho, acto o situación jurídica que norma. Por virtud del carácter de generalidad de una regla de derecho en

sentido material, la normación que está establece se extiende a todos aquellos casos concretos entre los cuales exista una relación de identidad, o dicho de otra forma de semejanza absoluta. Una ley se aplica a dos o mas hechos o actos relacionados en situaciones exactamente iguales en substancia, sin que en esta aplicación pueda hablarse de analogía.

Ahora bien, la regulación analógica que una ley establece, se traduce en la circunstancia de que está se hace extensiva a aquellos casos concretos que no están en ella previstos, pero que presentan con la hipótesis expresamente reguladas cierta similitud. Esta no debe ser absoluta, porque si así fuere la ley que normara los actos, hechos o situaciones respectivas, no se aplicaría analógicamente, sino de manera exacta. La semejanza que debe existir entre un caso expresamente regulado por una norma jurídica y otro u otros que no estén previstos en ésta, es de índole relativa, dicho de otra forma la similitud entre dos casos reales debe existir en cuanto a ciertas y determinadas modalidades comunes a ambos: estas modalidades pueden consistir bien sea, por causas, efectos formalidades capacidad de los sujetos etcétera. Por lo que la aplicación analógica de la ley tiene lugar cuando a ésta se atribuyen efectos normativos sobre casos en particular, que no están precisamente previstos en la ley, pero que guardan no una semejanza absoluta (identidad) sino una similitud relativa en cuanto a ciertos aspectos o elementos comunes.

La semejanza o similitud que sirve de base a la aplicación analógica de una ley, se encuentra en dos o mas casos reales, o dicho de otra forma, trascendentes a la norma aplicada. Consecuentemente para poder aplicar

analógicamente la ley se debe constatar previamente de la similitud entre la hipótesis y el caso no previsto bajo diversos aspectos que se establecen a posteriori.

3.5.-Comunicabilidad y Accesoriadad.

Con el efecto de la identidad del tipo y de la coincidencia de culpabilidad es la comunicabilidad de la responsabilidad; pero precisamente, la convergencia fáctica y la individualización de la intención hacen que la responsabilidad esté guiada por el conocimiento que cada uno tiene de la naturaleza del hecho y de las circunstancias.

Muchos códigos y sobre todo el español, y cuantos de él derivan, resuelven el asunto distinguiendo las circunstancias personales y también fácticas o instrumentales.

La circunstancias agravantes o atenuantes inherentes a la persona del delincuente o que consistieren en sus relaciones particulares con el ofendido o con otra causa personal, servirán para agravar o atenuar la responsabilidad únicamente sólo de aquellos en quienes concurren.

Las que consistieren en la ejecución material del hecho en los medios empleados para realizarlo, servirán para agravar o atenuar la responsabilidad únicamente de los que tuvieron conocimiento de ellas en el momento de la acción o de su cooperación para perpetrar el delito.

3.6.-La Accesoriedad.

Puesto que hemos aceptado la teoría tradicional del delito único, al que causalmente se ligan las actividades de todos los que participan, es evidente que ha de imperar el principio de accesoriidad.

Se coopera al acto principal: Esta doctrina ha tenido una importancia enorme en Alemania, donde los autores la consideran irrefragable. En cambio la ha controvertido hasta negarla en España José Arturo Rodríguez Muñoz, al menos considero que el principio de accesoriidad es indispensable, aunque no con el fervor de la doctrina Alemana.

La accesoriidad se deduce de la identidad el tipo y de la cooperación en un mismo injusto, que sirve de limite, pero claro aplicando la culpa de manera individual: por eso a fin de fijar la accesoriidad y sus limites y resolver los problemas que presenta la divisibilidad del título formado por agravantes calificativas por un delito complejo. Por ello se establece que la participación es accesoria de un acto principal, pero sin lugar a dudas responsable de la propia culpabilidad.

3.7.- Tipos Abiertos.

Según la Teoría de los Tipos abiertos, hay tipos en los que las características del injusto sólo están recogidos en ellos debiendo ser complementados con otros caracteres positivos de la antijuridicidad que se halla fuera de ellos.

Serán tipos abiertos aquellos en que concurren elementos que impliquen la antijuridicidad de la acción típica, y carecerán de aquel carácter los tipos portadores de elementos valorativos de la figura legal cuya apreciación no implique la antijuridicidad de la conducta.

3.8.-Tipos abiertos y concepto personal del injusto.

Al concluir el dolo en el tipo, Welzel dio un nuevo señalamiento a la teoría del injusto. Desarrolló el concepto personal del injusto. La lesión del bien jurídico llevada a cabo por el autor, el disvalor del resultado, constituye sin duda un factor esencial para la determinación del injusto.

Los tipos abiertos contradicen el concepto personal del injusto, dado que en la mayoría de los casos nada pueden decir sobre la actividad final y actitud del delincuente respecto del hecho.

3.9.-Tipos abiertos y el contenido valorativo del tipo penal.

Los tipos abiertos contradicen la teoría del Contenido del Valor del Tipo, en ellos el dolo no depende de la valoración paralela en la conciencia del autor. (Roxin)

3.10 -Tipos abiertos y la materia de la prohibición.

Los tipos abiertos contradicen la esencia de la materia de prohibición, pues no expresan al autor una norma clara y utilizable (Roxin).

En resumen: En el tipo se incluyen todas las características de la acción prohibida que fundamentan positivamente su antijuridicidad.

Existen tipos llamados abiertos, en los cuales la ley sólo describe una parte de esas características, dejando al criterio del juez las características que faltan. Podemos ejemplificar estos Tipos Abiertos con los delitos culposos, en los cuales la acción prohibida tiene que ser establecida por el juez con la ayuda del criterio de la diligencia debida, o en los delitos de comisión por omisión, en el ámbito de la autoría tienen que ser complementados por el criterio de la calidad de garante. En nuestro país, ya se limita la calidad de garante, pues solo puede ser por: La ley, contractual o el actuar precedente.

Actualmente la opinión dominante rechaza la teoría de los tipos abiertos, porque el tipo de injusto debe ser siempre cerrado, ya que ha de contener todas las características determinantes del injusto.

3.11.-Tipos Abiertos y Cerrados.

Si el legislador argentino sancionase una ley que dijese: "Quedan prohibidas todas las conductas que afecten los intereses comunes", esa ley sería inconstitucional, porque violaría de mala forma el principio de legalidad. El juez sería quien realmente tendría que individualizar la conducta prohibida que no lo les estaría dada por el legislador.

No obstante, hay casos en que el tipo no individualizara totalmente la conducta prohibida, sino que exige que el juez lo haga, para lo cual deberá acudir a pautas o reglas generales, que no estén fuera del tipo penal. Cuando el artículo 84 del Código Penal (homicidio culposo dice: "Será responsable el que por omisión el que por imprudencia, negligencia, impericia en su arte o

profesión o inobservancia de los reglamentos o deberes a su cargo, causare a otro la muerte"; está exigiéndole al juez que frente al caso concreto determine cual era el deber de cuidado que tenía a su cargo el autor y en base al mismo, "cierre" el tipo, pasando después a averiguar si la conducta concreta es típica de ese carácter general de cuidado que tuvo que "atraer" al tipo de otro lado (a veces de pautas del mismo ordenamiento jurídico y a veces de pautas ética cuando no se trata de una actividad reglamentada encender un fósforo, hachar árboles correr por una acera, etcétera, estos tipos que como el artículo necesitaban acudir a una norma de carácter general, que los tipos abiertos, por oposición a los elementos de la propia ley penal en el tipo, puede individualizarse perfectamente la conducta prohibida.

¿por qué es inconstitucional el desatinado ejemplo de ley que pusimos al comienzo y no lo son los tipos abiertos como el artículo 84 del Código Penal?. La respuesta se da por tratarse de un sistema de tipos legales, si bien el sistema en comento es una ideal, no cabe duda que el legislador está obligado a extremar los recaudos para avecinarse lo más posible a ese ideal. En el ejemplo de la imaginaria ley que sancionare "otras las conductas es obvio que no se esta haciendo el menor cuidado en precisar íntimamente a las conductas que se quieren prohibir. En lugar, en el caso del artículo 84, el mínimo de variables de conductas que por violar un deber de cuidado pueden causar la muerte de alguien, es innegable, siendo por ende, imprevisibles para el legislador, por extremado que fue el empeño puesto en la fajina de la elaboración del tipo. De ahí que en este último caso el tipo abierto sea inconstitucional.

CAPITULO IV

TEORIAS PARA DETERMINAR LA CALIDAD DE AUTOR

4.1.-Causalismo

El sistema causalista aparece históricamente en forma posterior al sistema dual de la escuela clásica, este sistema se puede dividir en dos principales vertientes: El Causalismo Naturalista y el Causalismo Valorativo.

El sistema causalista se apoya en la filosofía positivista que proclama que lo fundamental en la vida es el conocimiento científico, lo importante es llegar a penetrar en la esencia real, material de las cosas, a lo positivo, a lo físico; así lo positivo resulta opuesto a lo metafísico, a lo ideal, que no es un verdadero conocimiento. Lo que debe de importar es el saber científico fundado en lo positivo; de ahí que se debe de atender a la naturaleza y al conocimiento de los fenómenos naturales, los que se producen por relaciones de causa a efecto. Cualquier transformación del mundo físico ente ellos, los que produce el delito, se presentan como relaciones de causa a efecto.

El hecho delictivo se plantea en dos aspectos; uno objetivo o externo que es de carácter naturalístico, que corresponde a la acción humana que como cual produce un resultado, reprobado por la ley, es decir, antijurídico y otro subjetivo o interno que se establece por medio de una relación psicológica del sujeto en la producción del hecho, en la voluntad de obtener el resultado lesivo.

A fines del siglo XIX, Franz Von Liszt expone en forma sistemática la concepción de la Teoría del Delito apoyada en la filosofía positivista y de esa

sistemática se le conoce como sistema causalista-naturalista, cuyos principales postulados se pueden resumir como sigue: "El delito se integra por elementos objetivos, en los cuales ubica la conducta y la antijuridicidad y como elemento subjetivo la culpabilidad, apareciendo la punibilidad como elemento normativo que distingue las conductas penales de otras conductas sancionadas por el derecho. Las relaciones entre los elementos objetivos y subjetivos son relaciones de causalidad, tal como aparecen en la naturaleza, relaciones de causa efecto. Para Liszt el delito es la conducta en sentido naturalístico que produce un resultado socialmente dañoso (antijuridicidad material) y que se estima culpable, en la medida en que implica la presencia de una relación psicológica entre la conducta del agente y el resultado producido, sea a título de dolo o de culpa y que, por lo mismo se hace merecedor de una pena que debe de ser aplicada por el Estado.

El causalismo no ha tenido una única base filosófica, sino que durante su evolución, pueden distinguirse principalmente dos momentos filosóficos, es decir, dos posturas filosóficas en que apoyarse.

En un principio el concepto causalista de conducta fue apoyado sobre la base del positivismo mecanicista, heredado de las concepciones de la ilustración y, por ende tributario de las concepciones físicas de Isaac Newton. Todos son causas y efectos, esta idea filosófica la sostienen: Franz Von Liszt y Ernest Von Beling.

El segundo momento filosófico da lugar cuando no se acepta la filosofía positivista, lo que ocasionaba la destrucción del sistema en el caso de no

reemplazarse rápidamente su base filosófica de sustentación. Esta segunda base filosófica la merece el Neo-Kantismo; a la primera se le llamó estructura "Clásica" del delito, a la segunda se le suele llamar "Neoclásica" representada por Edmundo Mezger.

Para el concepto positivista de la teoría causal de la acción, esta es una "inervación muscular", es decir, un movimiento voluntario no reflejo pero en el carece de importancia o se prescinde del fin a que esa voluntad se dirige. Dentro de este concepto había una acción homicida si un sujeto disparaba sobre otro con voluntad de presionar el gatillo, sin que este fuese necesario tener en cuenta la finalidad que se proponía al hacerlo, porque esa finalidad no pertenecía a la conducta. Dicho de otra forma, acción era un movimiento hecho con voluntad de moverse que causaba un resultado.

Según este mismo concepto, la omisión era un "no hacer" caracterizado exteriormente por la "distensión muscular", e interiormente por la voluntad de distender los músculos.

El mismo Beling caracterizaba a la conducta con estos términos debe entenderse por acción un comportamiento corporal (fase externa, objetiva de la acción); ello es, un comportamiento corporal.

4.2.-Finalismo.

El finalismo no es de hecho una teoría novedosa, puesto que Hans Welzel afirma haberlo concebido por primera vez desde 1928 y si bien de inicio no se le concedió mayor mérito, ya que incluso causalitas de esa época de la

talla de Grispigni pretendieron ignorarla, considerándola incluso como una cosa trivial y sobreentendida, que sin embargo hoy por hoy ha cobrado mayor número de seguidores o adeptos, llamando la atención de un mayor número de juristas que se avocaron a su conocimiento y análisis, considerando al causalismo como algo totalmente superado, reflejado en la frase "el causalismo es ciego, la finalidad es vidente".

4.3.-Postulados Finalistas.

A través de sus postulados, la teoría de la acción finalista pretende demostrar que la acción humana es el ejercicio de la actividad finalista, basada en que el hombre sobre la base de su conocimiento causal puede prever en determinada escala las consecuencias posibles de una actividad, proponerse objetivos de distinta índole y dirigir su actividad según un plan tendiente a la obtención de esos objetivos; encontrando divergencias con el causalismo fundamentalmente en los siguientes rubros:

1.- La misión principal del Derecho Penal no es de índole preventivo, sino ético-social en cuanto rechaza y castiga la transgresión realmente cometida de los valores fundamentales del sentir legal-jurídico.

2.- Presupuesto de la pena debe ser solamente la culpa y no la peligrosidad.

3.- La pena debe de ser solamente la retribución, medida según la magnitud de la culpabilidad.

4.- La finalidad o actividad finalista es un actuar dirigido conscientemente desde el objetivo, mientras que la pura causalidad no está dirigida desde el objeto.

5.- Una acción es finalista sólo en relación a los resultados propuestos por la voluntad y en los referentes a otros resultados no propuestos por la voluntad de concreción es sólo causal.

Desde mi punto de vista es concluyente que no existe una negación absoluta de las ideas causalistas por el finalismo, sino mas bien se trata de un aspecto valorativo que asigna a cada actuación un rol mas acorde a su finalidad basado en una experiencia causal y, consecuentemente, traspolando esta pequeña referencia del finalismo a nuestra legislación, se advierte que cualquier conducta humana de naturaleza dolosa lleva implícita la finalidad, por ello no basta el pretender identificar únicamente el origen o motivo del acto, sino sus efectos y consecuencias (relación de causa a efecto), ya que precisamente en ello se basa la determinación de la culpabilidad de un sujeto, siendo lógico como consecuencia que al abordar el campo practico, el legislador considere indispensable que se acrediten todos y cada uno de los elementos que se señalan como partes integrantes del tipo y que van mas allá de lo que anteriormente se conocía como elementos objetivos y subjetivos.

Análisis del artículo 13 del Código Penal para el Distrito Federal. Antes de entrar al análisis del mencionado dispositivo penal es preciso advertir como ya se ha hecho al inicio del presente trabajo; que por decreto de fecha 11 once de julio del 2002 dos mil dos, publicado en la Gaceta Oficial del Distrito Federal, en fecha 16 dieciséis del mes y año mencionado, se abrogó el Código Penal de 1931 mil novecientos treinta y uno, entrando en vigor un nuevo Código Penal para el Distrito Federal, que inicio su vigencia el día 12 doce de noviembre del mismo año; haciendo la precisión de que el numeral 13 cuyo análisis es motivo del presente trabajo, paso a ser actualmente el artículo 22, por lo que se establecerá la respectiva congruencia u homologación entre estos dispositivos legales, no sin dejar en claro que el actual artículo 22 se integra de seis fracciones y dos párrafos anexos y no de ocho como el anterior dispositivo legal; ello en razón de que nuestra legislación se acoge a la teoría final de la acción, por lo cual esta teoría no admite la existencia de la figura de la autoría intelectual; pues bien, hecho lo anterior, procederé a elaborar el análisis respectivo, enunciando al dispositivo legal como el que actualmente es aplicable, es decir, como el artículo 22.

El artículo motivo de este estudio señala:

"Artículo 13.- Son responsables del delito:

- I.- Los que acuerden o preparen su realización;*
- II.- Los que lo realicen por sí;*
- III.- Los que lo realicen conjuntamente;*

IV.- Los que lo lleven a cabo sirviéndose de otro;

V.- Los que determinen intencionalmente a otro a cometerlo;

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

VII.- Los que con posterioridad a su ejecución auxilien al delincuente, en cumplimiento de una promesa anterior al delito y ;

VIII.- Los que intervengan con otros en su comisión, aunque no conste quien de ellos produjo el resultado.

En la misma tesitura el actual artículo 22 del Código Penal para el Distrito Federal, está estructurado de la forma siguiente:

CAPITULO III

AUTORÍA Y PARTICIPACIÓN

Artículo 22. (Formas de autoría y participación)

Son responsables del delito, quienes:

I.- Lo realicen por sí;

II.- Lo realicen conjuntamente con uno u otros autores;

III.- Lo lleven a cabo sirviéndose de otro como instrumento;

IV.- Determinen dolosamente al autor a cometerlo;

V.- Dolosamente presten ayuda o auxilio al autor para su comisión; y

VI.- Con posterioridad a su ejecución auxilien al autor en cumplimiento de una promesa anterior al delito.

Quienes únicamente intervengan en la planeación o preparación del delito, así como quienes determinen a otro o le presten ayuda o auxilio, sólo responderán si el hecho anterior del autor alcanza al menos el grado de tentativa del delito que se quiso cometer.

La instigación y la complicidad a que se refieren las fracciones IV y V respectivamente sólo son admisibles en los delitos dolosos. Para las hipótesis previstas en las fracciones V y VI se impondrá punibilidad dispuesta en el artículo 81 de este Código.

El análisis de los verbos usados en el artículo 13 revela que la fracción I es vacía y, por lo mismo, inaplicable. Acordar la realización de un delito es algo que no tiene relevancia en tanto no se ejecute ese delito. El mero acuerdo no puede punirse. Si alguien acuerda cometer un delito y luego lo ejecuta, será sancionado por la ejecución, no por acordar. Igualmente, cuando un sujeto acuerda la realización de un delito y posteriormente lo lleva a cabo sirviéndose de otro, la sanción se aplica no por el acuerdo sino por la ejecución a través de otro. Asimismo, la persona que después de acordar la realización del delito y luego ayude o auxilie a otro en la ejecución, es sancionado no por el acuerdo sino por la ayuda o el auxilio.

Por la misma razón es irrelevante la preparación del delito. El solo acuerdo o preparación, sin la ejecución es, también, irrelevante porque no hay

lesión ni puesta en peligro del bien jurídico. En esta forma, sancionar el acuerdo o la preparación resultaría contrario al artículo 17 Constitucional.

En la fracción II, el verbo realizar es innecesario, pues la realización o ejecución ya está prevista en cada tipo legal: Realiza el delito quien concretiza el verbo del tipo legal, integrándose así la figura del autor material.

En cuanto a la fracción III, el verbo es el mismo: realizar; sólo que ahora se trata de la realización o concretización conjunta del tipo, esto es, realizar en común un mismo tipo, por dos o mas personas. Se trata, por consiguiente, de una regulación, innecesaria por reiterativa, de la autoría material múltiple, es decir de la coautoría. Recuérdese que, en cada tipo, el verbo descriptivo de la conducta se refiere tanto a la autoría material unitaria como a la autoría material múltiple.

En cambio, el "servirse", "determinar" y ayudar o "auxiliar" de las fracciones IV, V, VI, y VII, sí tienen contenido y son, además, necesarias.

El servirse de otro para llevar a cabo el delito consagrado en la fracción IV, es precisamente lo que la doctrina tradicional denomina "autoría mediata".

El determinar intencionalmente a otro a cometer un delito es tradicionalmente considerado "autoría intelectual".

Por cuanto al "ayudar" o "auxiliar" a otro para la realización del delito se le identifica en la doctrina tradicional, con el nombre de "complicidad"; asimismo

para la doctrina tradicional será complicidad el "auxilio" al delincuente, después de la ejecución del delito, en el cumplimiento de una promesa anterior.

En resumen: de todo lo dispuesto en el artículo 13, únicamente los verbos "servirse", "determinar", "ayudar" y "auxiliar" tienen contenido.

Ahora bien, los juristas, para poder hablar de la "autoría intelectual", de la "autoría mediata" y de la "complicidad", asocian el artículo 13 con algunos de los tipos legales el Código Penal o de las leyes especiales. Con esto hacen una amalgama incongruente semántica propia de los verbos del artículo 13 y de la semántica del tipo específico que entra en juego; en esta amalgama predomina obviamente, la semántica del tipo legal.

La determinación es inadecuada para lesionar (destruir), el bien de la vida humana.

La conducta de determinar no recae en el cuerpo del sujeto pasivo del homicidio.

La conducta de determinar es inidónea para violar la prohibición de privar de la vida a otro, etcétera.

Estas incongruencias, insuperables para las teorías tradicionales, derivan precisamente de la mezcla de semánticas resultante de la sustitución no válida que hacen de los elementos del tipo específico. El principio de sustitución

opera sólo cuando, al aplicarlo, no se altera el esquema ni sintáctica ni semánticamente.

Por otra parte, la sustitución inválida es contraria al principio *nullum crimen nulla pena sine lege*, establecido en los artículos 14 Constitucional y 7º del Código Penal. Para fijar una punición es menester la presencia de un delito; por lo tanto, la existencia, primero, de un tipo legal, y segundo de un hecho que satisfaga plenamente el contenido de ese tipo. Sin tipicidad no hay delito y, por ende, tampoco punición ni pena.

En resumen: el "homicidio por determinación", por ser un pseudotipo, no es concretizable. De aquí una generalización: ningún tipo legal es concretizable por el "autor intelectual"; éste, en consecuencia, no es sujeto activo. Estos mismos razonamientos son aplicables al "autor mediato" y al "cómplice"; por ende, tampoco son sujetos activos. El único sujeto activo es el autor material.

De todo lo expuesto se concluye que el artículo 13 no es una norma jurídica accesoria de otras normas jurídicas. Es un artículo que describe cuatro tipos autónomos: a).- Servirse de otro para llevar a cabo el delito; b).- Determinar a otro intencionalmente a otro para cometer un delito; c) Ayudar o auxiliar a otro intencionalmente para la comisión del delito; d) Auxiliar al delincuente, con posterioridad a la ejecución del delito en cumplimiento de una promesa anterior.

En consecuencia, al que determina se le sanciona por su propia conducta; igualmente al que sirve ayuda o auxilia.

Ahora bien, así como en el homicidio por ejemplo del sólo enunciado "privar de la vida a otro", se deducen todos los elementos típicos en la determinación el tipo se configura a partir de la frase "determinar a otro a cometer un delito".

Las figuras de servirse, o ayudar o auxiliar tienen también sus propias estructuras típicas congruentes y autónomas.

Finalmente la fracción VIII del artículo 13, por una parte, es una regla procesal dirigida al juez para el acceso de insuficiencia de pruebas sobre la autoría; por otra parte; es una regla metalingüística de contenido sustantivo mediante la cual a todos se les considera autores materiales. Precisamente por ser metalingüística está fuera de lugar en el artículo 13 y, además, introduce una inconsistencia en dicho precepto, ya que según este. A todos los sujetos en las distintas fracciones, incluida la fracción VIII se les debe aplicar la misma punibilidad del delito cometido; en cambio, según el artículo 64 bis que textualmente dispone: "En el caso previsto por la fracción VIII del artículo 13, se impondrá como pena hasta las tres cuartas partes de la correspondiente al delito de que se trate y de acuerdo con la modalidad respectiva, en su caso", la regla cambia radicalmente no resulta ocioso agregar que la misma materia se encuentra regulada en los artículos: 309, en relación a los homicidios, y 296, en torno a las lesiones.

Una vez que se ha efectuado el respectivo análisis del dispositivo legal antes de la entrada en vigor del Ordenamiento Sustantivo Penal vigente; es preciso reiterar que la abrogación del Código Penal de 1931, que regulaba lo referente a la autoría y participación en su artículo 13 a la entrada en vigor del Nuevo Código Penal para el Distrito Federal, en fecha 12 de noviembre del 2002 dos mil dos, tales reglas quedaron previstas en el artículo 22, encontrando una similitud con la disposición anterior; dado que la fracción II del artículo 13 (los que lo realicen por sí), quedo establecida en la fracción I del actual dispositivo legal; sin modificación alguna o agregado; por lo que respecta a la fracción III de la Ley Sustantiva anterior (los que lo realicen conjuntamente), quedo incluida en la fracción II del Código Actual, haciendo la salvedad de que lo único que se le agregó a esta fracción fue "con uno u otros autores"; asimismo en cuanto a la fracción IV (los que lo lleven a cabo sirviéndose de otro); esta fracción quedo incluida en la fracción III del Código actual, agregándosele "como instrumento"; en el mismo orden de ideas y por lo que respecta a la fracción V (los que determinen intencionalmente a otro a cometerlo); se incluyo en la fracción IV del actual, agregándosele "al autor"; en la misma tesitura en cuanto a la fracción VI (los que intencionalmente presten ayuda o auxilien a otro para su comisión), se regulo en la fracción V del ordenamiento vigente, añadiéndosele "al autor"; en la misma tónica en cuanto hace a la fracción VII del Código anterior (los que con posterioridad a su ejecución auxilien al delincuente en cumplimiento de una promesa anterior al delito), dicha fracción quedo regulada en la fracción VI del Dispositivo vigente solo con el agregado "al autor". Por ello, se reproducen los argumentos que en

el análisis del dispositivo 13 del Código Anterior se efectuaron, ya que no se altero su sintaxis ni mucho menos su semántica, amén de referir el término autor, que a mi juicio es plausible.

Ahora bien en cuanto a la fracción I del dispositivo legal anterior (los que acuerden o preparen su realización), esta fracción quedo incluida en el primer párrafo del citado ordenamiento vigente, estableciendo que tales figuras alcancen en grado de tentativa del delito que se quiso cometer; razón por la cual como y se ha dicho el mero acuerdo o preparación no son punibles sino hasta cuando el delito se consume. Por otra parte, en relación al último párrafo del artículo 22 del Código Sustantivo Penal, al mencionar lo inherente a la instigación y la complicidad previstas en las fracciones IV y V del numeral antes citado, en el que establece que estas solo son admisibles en los delitos dolosos. Cabe mencionar a este respecto, que este tipo de conductas son punibles en tratándose de la forma de comisión que se señala; a mi juicio considero que esta de mas tal agregado, puesto que como quedo establecido durante el desarrollo del presente trabajo, las figuras de instigación y complicidad no pueden darse nunca en delitos de carácter culposo, luego entonces, resulta ocioso establecer tales señalamientos en el dispositivo que se comenta, basta y sobra con establecer que se prevea que también son responsables de los delitos el que instigue ó sea cómplice del autor principal.

CONCLUSIONES

PRIMERA.

Como se ha visto en el desarrollo del presente trabajo, la autoría y la participación a través de su evolución, no tenían una sistemática adecuada para su delimitación, verbigracia, al encubridor se le estimó participe del hecho punible, no obstante a no haber contribuido en su realización.

SEGUNDA.

Como ha quedado precisado, el estudio de la autoría y participación corresponde ineludiblemente a la teoría del delito.

TERCERA.

El causalismo y el finalismo deben complementarse uno a otro para resolver la problemática de la autoría y participación, puesto que se ha dejado precisado que ni la teoría final de la acción ni el causalismo definen o solucionan el problema en comento.

CUARTA.

En la autoría existe siempre un elemento general independientemente de las formas en que puede manifestarse, es decir, como dominio de la acción (autor material); como dominio de la voluntad (autor mediato) y como dominio funcional (en la coautoría).

QUINTA.

En los delitos de propia mano, por lo que queda excluida la coautoría y la autoría mediata sin dejar la posibilidad de la existencia de la participación.

SEXTA.

Los elementos de la coautoría son: un acuerdo común del hecho y la ejecución común del injusto.

SÉPTIMA.

La responsabilidad del coautor de rige por la extensión de su dolo los hechos ajenos a este no le son reprochables.

OCTAVA.

La naturaleza de la participación siempre será accesoria y se rige por los principios de la accesoriidad limitada y no se admite una participación culposa.

NOVENA.

Los medios o formas de la instigación son limitados, siempre y cuando no despierten en otra persona la resolución de cometer un injusto, en tanto que en la complicidad se puede ayudar ya sea psíquica o materialmente excluye la posibilidad de perpetrar mediante la forma de omisión.

DECIMA.

La instigación tiene su origen ó génesis siempre antes de que el autor principal resuelva cometer el injusto, en cambio en la complicidad puede darse de manera previa concomitante o posterior al delito.

BIBLIOGRAFÍA

- 1.- Almaraz José, Exposición de Motivos del Código del 29.
- 2.- Angelo Latagliata Rafaelo. El Concurso de Personas en el Delito cuarta Edición .Editorial De Palma, buenos Aires, 1967.
- 3.- Antolisei Francisco, Manual de Derecho Penal. Octava Edición, Editorial Temis, Bogotá, Colombia 1988.
- 4.- Bacigalupo Enrique, Manual de Derecho Penal. Parte General. Bogotá, Temis-Ilanud, 1984.
- 5.- Bacigalupo Enrique, Delitos Impropios de Omisión, Editorial. Temis, 2ª Edición, Bogotá Col. , 1983,
- 6.- Bacigalupo Enrique, Delitos Impropios de Omisión, Editorial. Temis, 2ª.
- 7.- Bacigalupo Enrique, Lineamientos.
- 8.-Carrara Francisco, Teoría de la Tentativa y de la Complicidad, Ed. F. Góngora y Compañía, Madrid, 1877,
- 9.-Carranca y Trujillo R., Derecho Penal Mexicano. Editorial. Porrúa, 13 Edición., México, 1980.

- 10.- Carrancá y Trujillo Raúl; Derecho Penal. Parte General. Décima Edición. Editorial Porrúa S.A. México 1986.
- 11.-Castellanos Tena Fernando., Lineamientos Elementales de Derecho Penal Editorial. Porrúa 9° Edición, México., Méx., 975.
- 12.- Ceniceros y Garrido, La ley Penal Mexicana.
- 13.- Demetrio Sodi, Nuestra Ley Penal.
- 14.- Fierro Guillermo J., Teoría de la Participación Criminal. Editorial, EDIAR. Argentina , 1964.
- 15.- Floris Margadan G. , Derecho Romano. Editorial. Eafinge, 11°. Edición, México., 1962..
- 16.- Fontain Balestra Carlos, Tratado de Derecho Penal. Tomo II Décima Edición. Editorial Casa Bosch S.A.
- 17.- Hans Weizel, Derecho Penal Alemán. 11° de. , traducc. De Juan Bustos Ramírez y Sergio Yáñez Pérez, Santiago Editorial. Jurídica de Chile.
- 18.- Jescheck Heinrich Hans, Tratado de Derecho Penal. Parte General. Vol.II. 3° de. Traducc. De Santiago Mir Puig y Francisco Muñoz Conde, Barcelona. Bosch, Casa Editorial, 1961.
- 19.- Jescheck Heinrich Hans, Tratado de Derecho Penal. Parte General. Vol. II. editorial BOSCH, Barcelona, 1978..
- 20.-Jiménez de Asúa Luis. Art. Publicado en el Universal. Hemeroteca Febrero
- 21.- Jiménez de Asúa Luis. El Criminalista. T. IV, De. Victor P. de Zavalla, 2° serie, Arg., 1960..

- 22.- Jiménez de Asúa Luis, Tratado de Derecho Penal, T. I. Ed. Lozada, 2° Edición, Buenos Aires, 1956.
- 23.- Jiménez de Asúa Luis, La Ley y el Delito, Cuarta Edición. Editorial Abeledo-Perrot. Sudamérica Buenos Aires.
- 24.-Johannes Wessels, Derecho Penal. Parte General, 6° de. Traducc. de Conrado Finzi, Buenos Aires, Editorial. De Palma, 1976.
- 25.-Kaufmann Armin, Teoría de las Normas. Fundamentos de la Doctrina Penal Moderna, Editorial. De Palma, Buenos Aires, 1977.
- 26.- Latagliata Raffaele A. El Concurso de Personas en el Delito, Editorial. De Palma, Buenos Aires, 1967.
- 27.- Mezger E., Tratado de Derecho Penal, Traducción de José A. Rodríguez, T. II, Editorial. Revista de Derecho Privado 3° Edición, Madrid España 1957.
- 28.- Mezger Edmundo, Derecho Penal Parte General tercera Edición, Editorial Abeledo-Perrot Buenos Aires.
- 29.- Mommsen, Teodoro, Derecho Penal Romano, Traduc. P. Dorado, Editorial La España Moderna, Madrid, 1978.
- 30.- Puig Peña F., Derecho Penal, T. II. , Editorial. Nauta Barcelona, 1969.
- 31.- Reinhart Maurach, Tratado de Derecho Penal, T. II, Traducc. De Juan Córdoba Roda; Barcelona, De. Ariel, 1962..
- 32.- Ranieri, Silvio, Manual de Derecho Penal, T. II, De. Temis, Bogotá Colombia, 1975.
- 33.- Reyes Echendía A. Tipicidad, editorial. Temis, 8°. Edición Bogotá, 1969. Colombia, 1975.

34.- Sauer Guillermo, Derecho Penal, Traducc. Juan del Rosal, Editorial. BOSCH, Barcelona, 1956

35.- Soler Sebastián Derecho Penal Argentino Parte General Vol. II, Tercera Edición. Editorial Buenos Aires, 1978

36.- Wessels H., Derecho Penal, Editorial. De Palma, Arg., 1960.

37.- Zaffaroni Eugenio Raúl. Tratado de Derecho Penal T. IV. Editorial. Ediar, Argentina, 1967.

LEGISLACIÓN

- 1.- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos
Onceava Edición, Editorial Porrúa S.A. México 1991.**

- 2.- Código Penal para el Distrito Federal, en Materia del Fuero Común
y para toda la República en Materia del Fuero Federal
Editorial Porrúa S.A. Cuadragésima Novena Edición México 1991.**

- 3.- Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal en
Materia del Fuero Común y para toda la República en Materia
Del Fuero Federal, Cuarta Edición. Editorial Andrade. México 1990.**

- 4.- Códigos Españoles, Editorial la Publicidad.**

- 5- Código Penal Anotado, Editorial Porrúa , Décima Cuarta Edición 1989.**