

UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO

FACULTAD DE DERECHO

DIVISIÓN DE ESTUDIOS DE POSGRADO

**EL CONCEPTO DE AUTOR. SU ORIENTACIÓN
EN LA LEGISLACIÓN, JURISPRUDENCIA
Y DOCTRINA PENAL MEXICANAS**

TESIS

**QUE PARA OBTENER EL GRADO DE MAESTRO EN
DERECHO CON ESPECIALIDAD EN CIENCIAS PENALES**

PRESENTA

FRANCISCO GALVÁN GONZÁLEZ

ASESOR

DR. MOISÉS MORENO HERNÁNDEZ

México, D.F., agosto del 2006.



Universidad Nacional
Autónoma de México



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

Todo el material contenido en esta tesis 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.

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN	7
CAPÍTULO 1. AUTORÍA Y PARTICIPACIÓN. PARTICIPACIÓN NECESARIA Y DELITOS PLURISUBJETIVOS	17
<i>1.1. Autoría y participación</i>	19
<i>1.1.1. Denominación</i>	20
<i>1.1.1.1. Situación en México</i>	24
<i>1.1.1.1.1. Legislación</i>	24
<i>1.1.1.1.2. Jurisprudencia</i>	26
<i>1.1.1.1.3. Doctrina jurídico penal</i>	31
<i>1.1.1.2. Nuestra opinión</i>	33
<i>1.1.2. Concepto</i>	33
<i>1.1.2.1. Situación en México</i>	34
<i>1.1.2.1.1. Legislación</i>	34
<i>1.1.2.1.2. Jurisprudencia</i>	35
<i>1.1.2.1.3. Doctrina jurídico penal</i>	36
<i>1.1.2.2. Nuestra opinión</i>	38
<i>1.1.3. Ubicación sistemática</i>	39
<i>1.1.3.1. Por fuera de la estructura del concepto de delito</i>	39
<i>1.1.3.1.1. Como forma especial de aparición del delito</i>	39
<i>1.1.3.1.2. En la teoría del delincuente</i>	42
<i>1.1.3.2. Formando parte de la estructura del concepto de delito</i>	42
<i>1.1.3.2.1. En la acción</i>	42
<i>1.1.3.2.2. En la tipicidad</i>	43
<i>1.1.3.2.3. Entre el injusto y la culpabilidad</i>	44
<i>1.1.3.3. Situación en México</i>	46
<i>1.1.3.3.1. Legislación</i>	46
<i>1.1.3.3.2. Jurisprudencia</i>	49
<i>1.1.3.3.3. Doctrina jurídico penal</i>	51
<i>1.1.3.3.3.1. Por fuera de la estructura del concepto de delito</i>	51
<i>1.1.3.3.3.1.1. Como forma especial de aparición del delito</i>	51
<i>1.1.3.3.3.1.2. Como técnica sobre atribuibilidad</i>	52
<i>1.1.3.3.3.1.3. En la teoría del delincuente</i>	53
<i>1.1.3.3.3.1.4. En relación con la punibilidad</i>	54
<i>1.1.3.3.3.1.5. En la teoría de la parte especial</i>	55
<i>1.1.3.3.3.2. En la estructura del concepto de delito</i>	56
<i>1.1.3.3.3.2.1. En la tipicidad</i>	56
<i>1.1.3.3.3.2.2. Entre el injusto y la culpabilidad</i>	58
<i>1.1.3.3.3.2.3. En el sujeto activo del delito</i>	58
<i>1.1.3.4. Nuestra opinión</i>	59
<i>1.2. Participación necesaria y delitos plurisubjetivos</i>	60
<i>1.2.1. Participación necesaria</i>	61
<i>1.2.1.1. Origen</i>	61
<i>1.2.1.2. Desarrollo</i>	63

1.2.1.3. Supuestos	66
1.2.2. Delitos plurisubjetivos.....	67
1.2.2.1. Origen.....	68
1.2.2.2. Desarrollo.....	69
1.2.2.3. Supuestos	70
1.2.3. Situación en México	78
1.2.3.1. Legislación	78
1.2.3.2. Jurisprudencia.....	80
1.2.3.3. Doctrina jurídico penal	85
1.2.4. Nuestra opinión	88
CAPÍTULO 2. CLASES DE CONCEPTO DE AUTOR	93
2.1. Clases de concepto de autor.....	94
2.1.1. Concepto unitario de autor	95
2.1.1.1. Concepto unitario formal de autor.....	99
2.1.1.2. Concepto unitario funcional de autor	101
2.1.1.3. Técnica de tipificación	103
2.1.1.3.1. Parte especial	103
2.1.1.3.2. Parte general.....	104
2.1.1.4. Semejanzas y diferencias entre el concepto unitario formal de autor y el concepto unitario funcional de autor	105
2.1.1.5. Teoría de la asociación criminal.....	105
2.1.1.6. Situación en México.....	109
2.1.1.6.1. Legislación	109
2.1.1.6.2. Jurisprudencia.....	119
2.1.1.6.3. Doctrina jurídico penal	126
2.1.2. Concepto diferenciador de autor.....	129
2.1.2.1. Concepto restrictivo de autor.....	132
2.1.2.2. Concepto extensivo de autor.....	134
2.1.2.3. Situación en México.....	143
2.1.2.3.1. Concepto diferenciador de autor.....	143
2.1.2.3.1.1. Legislación	143
2.1.2.3.1.2. Jurisprudencia.....	159
2.1.2.3.1.3. Doctrina jurídico penal	168
2.1.2.3.2. Concepto restrictivo de autor.....	170
2.1.2.3.2.1. Legislación	170
2.1.2.3.2.2. Jurisprudencia.....	172
2.1.2.3.2.3. Doctrina jurídico penal	172
2.1.2.3.3. Concepto extensivo de autor.....	173
2.1.2.3.3.1. Legislación	173
2.1.2.3.3.2. Jurisprudencia.....	175
2.1.2.3.3.3. Doctrina jurídico penal	176
2.1.3. Concepto secundario o negativo de autor.....	178
2.1.4. Nuestra opinión	179

CAPÍTULO 3. TEORÍAS DE DELIMITACIÓN ENTRE AUTORES Y PARTICIPES.....	183
3.1. Concepto de autor	185
3.2. Teorías para determinar al autor del delito.....	194
3.2.1. Teorías objetivas	194
3.2.1.1. Teorías material–objetivas.....	195
3.2.1.1.1. Teoría de la temporalidad.....	195
3.2.1.1.2. Teoría de la causalidad.....	203
3.2.1.1.2.1. Paul Johan Anselm Ritter von Feuerbach.....	205
3.2.1.1.2.2. Reinhard Frank	207
3.2.1.1.3. Teoría de la supremacía.....	209
3.2.1.1.4. Situación en México	212
3.2.1.1.4.1. Legislación	212
3.2.1.1.4.2. Jurisprudencia.....	215
3.2.1.1.4.3. Doctrina jurídico penal.....	223
3.2.1.2. Teoría formal objetiva.....	227
3.2.1.2.1. Origen.....	228
3.2.1.2.2. La influencia de Ernst Beling.....	229
3.2.1.2.3. Su desarrollo	230
3.2.1.2.4. Su cuestionamiento.....	231
3.2.1.2.5. Su reconocimiento de hoy.....	233
3.2.1.2.6. Situación en México	237
3.2.1.2.6.1. Legislación	237
3.2.1.2.6.2. Jurisprudencia.....	238
3.2.1.2.6.3. Doctrina jurídico penal.....	245
3.2.2. Teorías subjetivas.....	249
3.2.2.1. Teoría subjetiva extrema.....	249
3.2.2.1.1. Teoría del dolo	251
3.2.2.1.2. Teoría del interés.....	252
3.2.2.2. Teoría subjetiva restringida	253
3.2.2.3. Teoría del acuerdo previo	255
3.2.2.4. Situación en México.....	260
3.2.2.4.1. Legislación	260
3.2.2.4.2. Jurisprudencia.....	261
3.2.2.4.3. Doctrina jurídico penal.....	269
3.2.3. Teoría del dominio del hecho	273
3.2.3.1. Su denominación	275
3.2.3.2. Precursores.....	276
3.2.3.3. Propuesta de Hans Welzel.....	277
3.2.3.4. Propuesta de Claus Roxin	281
3.2.3.4.1. Delitos de dominio.....	283
3.2.3.4.2. Delitos de infracción de deber	286
3.2.3.5. Propuesta de Günther Jakobs	289
3.2.3.5.1. Planteamiento inicial.....	289
3.2.3.5.1.1. Delitos de dominio.....	290
3.2.3.5.1.2. Delitos de infracción de deber.....	291
3.2.3.5.2. Desarrollo.....	292

3.2.3.5.3. <<La intervención delictiva>> y la propuesta del <<trabajo vinculante>>.....	295
3.2.3.5.4. Derecho penal del enemigo y concepto de autor	301
3.2.3.5.4.1. 1985	303
3.2.3.5.4.2. 1999	306
3.2.3.5.4.3. 2003	309
3.2.3.6. Situación de hoy	311
3.2.3.6.1. Alemania.....	312
3.2.3.6.2. España	314
3.2.3.6.2.1. Diego-Manuel Luzón Peña.....	314
3.2.3.6.2.2. Miguel Díaz y García Conlledo	317
3.2.3.6.3. Alemania.....	318
3.2.3.6.3.1. Eberhard Schmidhäuser	318
3.2.3.6.3.2. Ulrich Stein.....	320
3.2.3.6.4. España	322
3.2.3.6.4.1. Santiago Mir Puig	322
3.2.3.6.4.2. Tomás Salvador Vives Antón.....	323
3.2.3.7. Situación en México.....	328
3.2.3.7.1. Legislación	328
3.2.3.7.2. Jurisprudencia.....	330
3.2.3.7.3. Doctrina jurídico penal	333
3.2.4. Nuestra opinión	338
CAPÍTULO 4. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES PARA SU TRATAMIENTO FUTURO	341
4.1. Conclusiones.....	341
4.2. Recomendaciones	349
BIBLIOGRAFÍA	355

INTRODUCCIÓN

«La teoría de la participación es el capítulo más oscuro y confuso de la ciencia jurídico penal alemana». Estas palabras escritas por *Hermann KANTOROWICZ* en 1910¹, que en países como Alemania y España han dejado de tener vigencia plena, son las que decidieron realizar este trabajo de investigación para confirmar si, después de casi un siglo, tienen o no aplicación en México². Esta investigación no desarrolla de manera exhaustiva todos los problemas relacionados con la intervención de las personas en la realización de un delito, pues sólo se busca saber *cuál es el concepto de autor del delito que puede aplicarse al derecho penal mexicano*. Para encontrar esta respuesta y toda vez que la ciencia del derecho penal debe ser *realista*³, el contenido de los tres primeros capítulos de este trabajo, se estructura: (1) análisis de la información que existe en cada uno de los temas; (2) comentarios de doctrina jurídico penal comparada; (3) se revisa el contenido de la legislación (*legis*), de la jurisprudencia (*jurispr*) y de la doctrina jurídico penal (*doc jur pen*) mexicanas. Con la información del inciso (3) el intérprete y el aplicador de la ley al caso concreto podrá saber cuál es el *concepto de autor del delito* que en ellas se dice y decidir con criterios científicos el porqué se aplica dicho concepto de autor y no otro.

¹ Miguel DÍAZ y GARCÍA CONLLEDO, *La autoría en el derecho penal*, 1991, p. 29.

² No desconocemos que el nombre oficial de nuestro país es *Estados Unidos Mexicanos*. Utilizamos la palabra *México* porque, también, tiene reconocimiento.

³ [En este sentido] José Antonio SAINZ CANTERO, *La ciencia del derecho penal y su evolución*, 1969, p. 19: Si se quiere lograr el acercamiento propugnado [*se refiere a teoría – práctica*], el dogmático ha de operar sin perder de vista estas dos verdades: que el Derecho tiene una función prevalentemente práctica y que es preciso que la Ciencia sea útil al aplicador de la norma. Lo primero exige que la ciencia suministre al juzgador los criterios precisos para una correcta interpretación de la ley. Lorenzo MORILLAS CUEVA, *Metodología y ciencia penal*, 1991, p. 44: Además, una Ciencia del Derecho que aspire a ser realista ha de tener en cuenta en su actuar que el Derecho tiene una función primordialmente práctica y en consecuencia aquélla no puede ser concebida de una forma puramente teórica, en cuanto la propia naturaleza de su objeto le impone ese carácter práctico.

El estudio de la *legis* hoy no debe justificarse porque la *ciencia del derecho penal* si no la explica, no es tal⁴. Y esta vinculación del trabajo científico a la *legis*, en México⁵, es más obligada por la existencia de treinta y dos códigos penales, una legislación penal⁶, un Código de Justicia Militar y un Código Fiscal de la Federación, textos en los que existen disposiciones relacionadas con el concepto de autor y que son analizados en este trabajo, superándose la idea en el sentido de que para estudiar cualesquier tema de teoría del delito es suficiente la revisión solamente del Código Penal Federal⁷.

⁴ Enrique GIMBERNAT ORDEIG, *Concepto y método de la ciencia del derecho penal*, 1999, p. 36: El objeto de la ciencia del Derecho penal es la ley positiva juridicopenal, esto es: determinar cuál es el contenido del Derecho penal, qué es lo que dice el Derecho penal: <<La problemática auténtica del “descubrimiento de la verdad” sólo empieza en el pensamiento jurídico cuando de lo que se trata es de la explicación del Derecho expuesto en los datos positivos prescritos a la multitud de datos de la vida>>. Con otras palabras: Lo que el dogmático tiene que averiguar es ver si – y cómo – está regulado un supuesto de hecho concreto por el Derecho penal. Al hacerlo hace la ciencia del Derecho penal. [*El entrecomillado se refiere a la cita núm. 39: ENGISCH, <<Wahrheit und Richtigkeit im juristischen Denken>>, Münchener Universitätsreden, Neue Folge, tomo 35, 1963, p.7.*].

⁵ Esta idea que no tiene discusión, en México, pareciera no interesar; como ejemplo: <<Enrique Cáceres Nieto, Doctor en Derecho, presente en Sinaloa para participar en un ciclo de conferencia de la PGJE, anunció que el proyecto se diseña en esa entidad [*se refiere al Estado de Tabasco*], que cuenta con el sistema judicial más avanzado del país. “La idea del sistema es que tratamos de simular los procesos de razonamiento de un experto para que personas con menos grado de pericia puedan resolver orientados por el sistema”, explicó, “entra en un proceso de interacción con el sistema de tal suerte que lo que él dice lo procesa el sistema y da respuestas. “Buscamos que jueces que no tienen el mismo grado de pericia que otros, *puedan resolver con una orientación no basada en artículos de la ley sino en el modelado del razonamiento que los expertos tienen*”>>. [*Entrevista publicada en el periódico Noroeste, Culiacán, Sinaloa, viernes 11 de noviembre de 2005, sección: Seguridad y Justicia, p. 2H*]; *sin cursivas en el texto original.*

⁶ <<Legislación Penal para el Estado de Aguascalientes>>. En vigor a partir del día 1 de enero del 2004. En ella se encuentran los <<Libro primero: De las figuras típicas>>; <<Libro segundo: Del procedimiento penal>>; <<Libro tercero: Ejecución de penas y medidas de seguridad>>. En el libro primero se regula casi todo lo que se contenía en el código penal. Digo casi todo porque algunos contenidos se ubicaron en los otros dos libros, por ejemplo: la prescripción de la pretensión punitiva en el libro segundo, y la prescripción de la potestad de ejecutar las penas y medidas de seguridad, en el libro tercero.

⁷ Así Enrique DÍAZ – ARANDA, *Teoría del delito. (Doctrina, jurisprudencia y casos prácticos)*, México, 2006, p. 291: Se debe tomar en cuenta que la República Mexicana está conformada por 31 Estados y un Distrito Federal, y que cada una de esas entidades cuenta con un Código Penal propio al que se le debe sumar un Código Penal Federal. En este sentido, existen materias cuya regulación penal está reservada a la Federación y residualmente lo no reservado a ésta se entiende que es competencia de los Estados. De cualquier forma y pese a lo antiguo del Código Penal Federal de 1931 con múltiples reformas, la mayoría de las legislaciones penales locales se inspiran en el modelo Federal sin ser la excepción las reglas de la autoría y la participación. Por ello sólo me referiré a la normatividad penal federal.

El análisis de los criterios de *jurispr*⁸ permite revisar si las orientaciones de la teoría se utilizan en las resoluciones de los tribunales y así constatar si existe o no separación entre la teoría y la práctica, porque en ello están comprometidos el teórico, el práctico y el legislador, según lo explica *José Antonio SAINZ CANTERO*:

B) De propósito venimos insistiendo desde el comienzo de este capítulo, en que el penalista, al estudiar el ordenamiento jurídico, no debe contemplar sólo la envoltura formal de la norma, sino penetrar en su contenido, planteándose la realidad social que la norma regula, los intereses que tutela y los fines que persigue. La insistencia es necesaria porque si se olvida esa doble contemplación se contribuirá a ahondar la zanja que separa la teoría de la práctica, corruptela que hace mucho tiempo se viene denunciando, desde distintos sectores.

La denuncia no carece de base. Para cualquiera que se haya movido al mismo tiempo en el mundo de la práctica jurídica y en el de la ciencia, no ha podido pasar desapercibido que el aplicador de la norma ha perdido la fe en los estudios dogmáticos y que existe una separación, difícil de salvar, entre la teoría y la práctica. Al reproche de haber creado esta situación no puede hurtarse ni una ni otra. Cabe al científico, por haber olvidado que hay una práctica, en contacto inmediato con la realidad, a la cual hay que aplicar las leyes, a veces de dudosa y difícil interpretación. Comprende al práctico, porque ha adoptado una postura de desprecio por los estudios dogmáticos y se esfuerza en exagerar el divorcio entre teoría y práctica, sin confesar que en ese pleito ha sido precisamente él quien ha instado la demanda de separación. Recae incluso sobre el legislador y su ordenamiento, porque a la ley penal vigente le falta realismo y ductilidad⁹.

La revisión de las opiniones de la *doc jur pen* extranjera y mexicana se hace no sólo con la idea de presentar lectura de libros o artículos sino para que el lector pueda decidir si las ideas que se exponen están relacionadas con la *legis penal mexicana*¹⁰ y están pensadas para que puedan ser útiles a quienes su

⁸ En éstos se corrigieron las faltas de ortografía y de acentuación que se encontraron en el texto original tomado del disco compacto editado por la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

⁹ *La ciencia...*, pp. 18 y 19.

¹⁰ Rafael ÁLCACER GUIRAO, «Cómo cometer delitos con el silencio. Notas para un análisis del lenguaje de la responsabilidad», 2004, p. 21: «El Derecho es lenguaje y sólo lenguaje». Sin necesidad de asegurar a este postulado una pretensión omniabarcadora de todo lo que podemos definir como «Derecho», o «ciencia del Derecho» como labor del jurista, lo cierto es que, en el ámbito de la dogmática jurídica, tanto el objeto como el instrumento de trabajo es el lenguaje, y la labor del jurista «teórico» no es sino –y ello con todas las

actividad cotidiana es la aplicación de la ley al caso concreto y que ésta sea en beneficio de los integrantes del grupo social¹¹. Para esto debe hacerse un trabajo científico. Porque si no es así, sucederá con éste lo que señala *José Antonio SAINZ CANTERO*:

La causa principal de esta separación [*se refiere a la teoría y a la práctica*] no reside tanto en que el científico elabora el Derecho vuelto de espaldas a la realidad, como en que los temas que trata no son los que interesan al práctico, o por lo menos, no llega en ellos hasta donde la práctica obliga a llegar al juez y al abogado. Si además las cuestiones se tratan desde las nubes de la más extrema abstracción, se ejemplifica sobre leyes extrañas¹², y se prefiere el término o el adjetivo oscuro y equívoco, construyendo una jerga poco inteligible, no debe sorprender que, como denunció ANTOLISEI, “el profesor de Derecho parezca al práctico como un erudito que trata una

matizaciones que quieran hacerse– <<decir lo que dice la ley>>, no reiterando sino interpretando: concretando y, hasta cierto punto, decidiendo su significado.

¹¹ Alfonso SERRANO MAÍLLO, *Ensayo sobre el derecho penal como ciencia. Acerca de su construcción*, 1999, p. 75: 2. *La ciencia tiene un carácter instrumental*. Su interés sólo tiene sentido si y en cuanto sirve para hacer algo. No es su finalidad, pues, incrementar nuestro conocimiento, descubrir leyes inmutables o explicarnos cómo es el mundo... sino precisamente alcanzar resultados beneficiosos para el ser humano – desde un punto de vista ético. La búsqueda del bienestar del hombre es no sólo el fin de la ciencia, sino su seña de identidad.

¹² [*O leyes sin vigencia en el tiempo de publicación del trabajo de investigación; como ejemplo:*] Raúl GONZÁLEZ – SALAS CAMPOS, <<El tipo de autor y el tipo de participación>>, 1998, pp. 170 y 171: 5. *La cooperación necesaria*. Se da la figura de la cooperación necesaria cuando alguien se haya en una situación tal que su contribución por favorecimiento resulta necesaria para la consumación del delito por el autor. Se trata de una figura meramente doctrinal que nuestro Código Penal no la contempla como sí sucede en otros países como en España. [*Y en la cita que se refiere al Cp español, se dice:*] Art. 14.- *Se consideran autores: fracc. 3. Los que cooperan a la ejecución del hecho con un acto sin el cual no se hubiere efectuado. [Para el año de 1998 ya tenía vigencia el llamado código penal de 1995, la cooperación necesaria se regula en el art. 28, inciso b) Los que cooperan a su ejecución con un acto sin el cual no se habría efectuado. Este error se repitió en la publicación del mismo trabajo en la misma revista en 1999]. [Igual] Rodolfo GARCÍA GARCÍA, Tratado sobre la tentativa. La tentativa de delito imposible*, 2001, p. 105: 66. II.- LEGISLACIÓN ESPAÑOLA.- CAVALLERO explica que el Código Penal español de 1944 se refiere en el artículo 52, parágrafo 2, genéricamente, sancionado “... los casos de imposibilidad de ejecución o de producción de delitos”. [*En el 2001 ya existía en España el Cp de 1995! Y lo que se dice en este libro no tiene sustento en él.*][*También lo hace*] Miguel Angel AGUILAR LÓPEZ, *El delito y la responsabilidad penal. Teoría, jurisprudencia y práctica*, 2006, p. 449: En la dogmática mexicana, el concurso de delitos, que origina el problema de aplicación de sanciones, se resuelve conforme a las reglas establecidas en el artículo 64 del Código Penal para el Distrito Federal, que dispone: “ARTÍCULO 64.- En caso de concurso ideal, se aplicará la pena correspondiente al delito que merezca la mayor, la cual se podrá aumentar hasta en una mitad más del máximo de duración, sin que pueda exceder de las máximas señaladas en el Título Segundo del Libro Primero”. “En caso de concurso real, se impondrá la pena del delito que merezca la mayor, la cual podrá aumentarse con las penas que la ley contempla para cada uno de los delitos restantes, sin que exceda del máximo señalado en el Título Segundo del Libro Primero. Cuando el concurso real se integre por lo menos con un delito grave, la autoridad judicial impondrá la pena del delito que merezca la mayor, la cual deberá aumentarse con cada una de las penas de los delitos restantes, sin que exceda del máximo señalado antes mencionado...”. [*El texto de este artículo 64 fue derogado en el mes de mayo de 2004, y el libro, como se ve, es del 2006. Además el artículo no es del Código Penal para el Distrito Federal sino del Código Penal Federal*].

ciencia que bien poco tiene que ver con la ley que se aplica en los Tribunales”.

Para evitar esto, debe el científico trabajar pensando siempre en el momento de aplicación de la ley y en el orden vital sobre el que ella se proyecta. Mientras el jurista no acepte su misión de orientador de la práctica, mientras no se convenza de que sus libros han de ser la lámpara que el juzgador encienda para ver más claro, cuando estudia un supuesto de hecho, no podrá sorprenderse de que los aplicadores del Derecho no lean “siquiera una línea de su producción” como, no sin exageración, pero tampoco falto de base, escribiera ANTOLISEI¹³.

Estas exigencias de una ciencia del derecho penal *realista* determinaron la estructura y el contenido de este trabajo en cuanto a la información relacionada con la *legis*, la *jurispr* y la *doc jur pen*, lo cual se reflejó al momento de la transcripción del pensamiento de los autores y del texto de los artículos.

La transcripción del pensamiento de los autores no se hace con la idea de ocupar espacio y aumentar número de páginas sino para que el lector tenga acceso a dicha información pues, casi siempre, en las obras sólo se dice lo que el autor piensa o se le señala como partícipe de esa idea, y muchas otras veces las ideas se exponen como propias, según lo reconoce *Manuel COBO DEL ROSAL*:

(...) Es mucho más noble realizar una traducción al español, que no <<tijeretear>> obras de idioma extranjero, haciendo como si fueran suyas las ideas desarrolladas en aquéllas. La actividad de traducción la he calificado de noble y la segunda es, desde luego, como mínimo, indecente¹⁴.

Un ejemplo de lo que dice *Manuel COBO DEL ROSAL* puede leerse en los siguientes textos:

Como he dicho antes, el concepto unitario de autor se caracteriza por una renuncia a la distinción entre autor y partícipe (en el sentido que a esta

¹³ *La ciencia...*, p. 19.

¹⁴ En <<Prólogo>> del libro de Claus Roxin, *Autoría y dominio del hecho en derecho penal*, Madrid, 1998.

palabra se le da como intervención en el hecho de otro) y por el encuadramiento de todas las formas de intervención en el delito bajo una única figura de autoría, aunque sea con la denominación general de participación, intervención, colaboración, codelincuencia o expresiones similares¹⁵.

El concepto unitario de autor se caracteriza por una renuncia a la distinción entre autor y partícipe (en el sentido que a esta palabra se le da como intervención en el hecho de otro), y por la introducción de todas las formas de intervención en el delito bajo una única figura de autoría, aunque sea con la denominación general de participación, intervención, colaboración u otras acepciones similares¹⁶.

Véase la similitud entre los dos textos. El autor del último texto no hace mención de *GARCÍA CONLLEDO* quien es el autor del primero.

(...) No obstante, se suele considerar como fundador de la teoría del dominio del hecho a WELZEL y no a LOBE, lo cual obedece a razones históricas. Y es que WELZEL fue el primero en otorgar efectividad a esta teoría, coadyuvando a que finalmente se impusiere, mientras que la aportación de LOBE, en su tiempo, no llegó a ejercer influencia alguna¹⁷.

No obstante se considera a Welzel, y no a Lobe, como fundador de la teoría, ya que Welzel fue el primero en otorgar efectividad a esta teoría, haciendo así que se impusiera, mientras que Lobe no ejerció ninguna influencia en su época¹⁸.

El primer texto corresponde a *Claus ROXIN*, a quien *Nimrod Mihael CHAMPO SÁNCHEZ* no lo cita aún y cuando en el texto por él presentado sólo se omiten y se cambian algunas palabras.

Además, el transcribir íntegra la idea del autor que se menciona evita que se haga una interpretación equivocada y se diga lo contrario de lo que el autor piensa. Como ejemplo de este error, el siguiente:

¹⁵ Miguel DÍAZ y GARCÍA CONLLEDO, *La autoría en derecho penal*, Madrid, 1991, p. 47.

¹⁶ Orlando T. GÓMEZ GONZÁLEZ, *Participación criminal: análisis doctrinal y jurisprudencial*, Madrid, 2001, p. 39.

¹⁷ Claus ROXIN, *Autoría y dominio del hecho en derecho penal*, Madrid, 1998, pp. 84 y 85.

¹⁸ Nimrod Mihael CHAMPO SÁNCHEZ, *El dominio del hecho. Formas de autoría en el delito*, México, 2005, p. 54.

Como lo advierte Arteaga Sánchez, el Código Penal Venezolano sigue el modelo de Zanardelli (Código italiano de 1889), el cual abandonó las distinciones entre autoría y participación y acogió el criterio mediante el cual los partícipes en un hecho punible tienen igual responsabilidad, cuestión que obedece a la postura causalista que rige en la legislación italiana¹⁹.

Al leer este texto, la idea es que el código Zanardelli se orientó por un concepto unitario de autor según la opinión de ARTEAGA SÁNCHEZ. Pero al leer al autor *Alberto ARTEAGA SÁNCHEZ*, él señaló:

(...) Aquí hacemos referencia a la primera forma de concurso, por el cual intervienen en el hecho algunas personas con aportaciones no requeridas por el tipo legal y que la ley expresamente regula en la parte general de nuestro Código Penal (Arts. 83 y 85). Con estas disposiciones, nuestra legislación fija un régimen para graduar la responsabilidad de las diversas personas intervinientes en el hecho, y que contribuyen a su realización de diversa manera, con modalidades no especificadas en cada tipo legal. Esta participación o cooperación, precisamente, en la realidad, y ello trata de ser recogido por la ley, puede ser de diverso grado e intensidad: se puede prestar cooperación en la fase interna de un delito, por ejemplo, determinando o instigando a un sujeto a cometerlo, o se puede cooperar en la ejecución, por ejemplo, facilitando la acción del autor; asimismo, la intervención del partícipe puede ser primaria o secundaria, de acuerdo con su importancia o influencia en la realización del hecho, lo cual determina la diversa penalidad de los partícipes: quienes cooperan en forma primaria o principal, se hacen acreedores a la totalidad de la pena correspondiente al hecho, y quienes lo hacen en forma secundaria, merecen una menor pena. *Este es el régimen que sigue nuestro Código, según el modelo de Zanardelli, modificado por el Código italiano de 1930, el cual, como lo señala Antolissei, abandonó tales distinciones y acogió el criterio según el cual todos los partícipes tienen la misma responsabilidad, principio que obedece, según este autor, a la orientación acogida por el Código italiano en materia de relación de causalidad y a las dificultades prácticas para establecer distinciones entre los partícipes*²⁰.

Este error de interpretación que, sin duda, habrán muchos en la literatura jurídica y el hecho de que en nuestro ámbito de cultura no existan bibliotecas especializadas o la posibilidad de contar con la bibliografía necesaria cada vez que se lee un libro, y para que el lector pueda interpretar el pensamiento del

¹⁹ Ricardo COLMENARES OLIVAR, <<Deslinde teórico de la autoría y la participación criminal>>, 1992.

²⁰ *Derecho penal venezolano*, 1997, pp. 249 y 250. [Sin cursivas en el texto original].

autor que se cita y no lo que interpreta quien escribe, fue lo que decidió a, en vez de explicar el pensamiento del autor analizado, mejor transcribir íntegramente la parte del texto en el que se encuentra la idea que se explica. Por ello, la cantidad y extensión de las citas no las vimos como contrarias al desarrollo del trabajo de investigación sino como apoyo del mismo para darle certeza y claridad en la comprensión de los temas tratados. Esta misma idea orientó la transcripción de los artículos de los textos legales, porque muchas veces el autor se olvida que el lector, al momento de hacer la lectura, puede no tener el o los artículos que se señalan, convirtiéndose esto en un obstáculo para la comprensión plena de las ideas que se exponen.

En las citas de pie de página en las que se hace transcripción de las ideas de autores o del contenido de algún texto legal o documento se respeta lo allí dicho pero no la redacción relacionada con el punto y aparte, pues cuando existe alguno o algunos la redacción se hace como si fuese punto y seguido; ejemplo:

Artículo 2º.- No podrá aplicarse pena alguna, si la acción u omisión no han sido realizadas culpablemente. La medida de la pena no excederá de la medida de la culpabilidad del agente.

Tampoco podrá la autoridad judicial aplicar medida de seguridad alguna, sino por la realización de un hecho previsto como delito. Las autoridades administrativas podrán decretar medidas de seguridad tendientes a proteger a los inimputables, en los casos y con los requisitos establecidos en las leyes y reglamentos respectivos, aunque no hayan realizado conductas antisociales.

En el texto de la cita de pie de página, se escribe:

Artículo 2º.- No podrá aplicarse pena alguna, si la acción u omisión no han sido realizadas culpablemente. La medida de la pena no excederá de la medida de la culpabilidad del agente. Tampoco podrá la autoridad judicial aplicar medida de seguridad alguna, sino por la realización de un hecho previsto como delito. Las autoridades administrativas podrán decretar medidas de seguridad tendientes a proteger a los inimputables, en los casos y

con los requisitos establecidos en las leyes y reglamentos respectivos, aunque no hayan realizado conductas antisociales.

Creemos que esta decisión no altera las formas de un trabajo de investigación y sí evita el aumento de las páginas de éste.

Con estas orientaciones, sin decir qué es lo que se trata en cada uno de los capítulos que integran este trabajo de investigación, lo cual creemos no debe resumirse en una introducción, y sin adelantar el resultado de la investigación esperamos que el lector pueda obtener la respuesta a la frase inicial de *Hermann KANTOROWICZ* y determinar cuál es *concepto de autor del delito* en relación con la *legis*, la *juris* y la *doc jur pen* mexicanas.

Francisco Galván González

Culiacán Rosales, Sinaloa, agosto del 2006.

CAPÍTULO 1

AUTORÍA Y PARTICIPACIÓN. PARTICIPACIÓN NECESARIA Y DELITOS PLURISUBJETIVOS

SUMARIO: 1.1. Autoría y participación. 1.1.1. Denominación. 1.1.1.1. Situación en México. 1.1.1.1.1. Legislación. 1.1.1.1.2. Jurisprudencia. 1.1.1.1.3. Doctrina jurídico penal. 1.1.1.2. Nuestra opinión. 1.1.2. Concepto. 1.1.2.1. Situación en México. 1.1.2.1.1. Legislación. 1.1.2.1.2. Jurisprudencia. 1.1.2.1.3. Doctrina jurídico penal. 1.1.2.2. Nuestra opinión. 1.1.3. Ubicación sistemática. 1.1.3.1. Por fuera de la estructura del concepto de delito. 1.1.3.1.1. Como forma especial de aparición del delito. 1.1.3.1.2. En la teoría del delincuente. 1.1.3.2. Formando parte de la estructura del concepto de delito. 1.1.3.2.1. En la acción. 1.1.3.2.2. En la tipicidad. 1.1.3.2.3. Entre el injusto y la culpabilidad. 1.1.3.3. Situación en México. 1.1.3.3.1. Legislación. 1.1.3.3.2. Jurisprudencia. 1.1.3.3.3. Doctrina jurídico penal. 1.1.3.3.3.1. Por fuera de la estructura del concepto de delito. 1.1.3.3.3.1.1. Como forma especial de aparición del delito. 1.1.3.3.3.1.2. Como «técnica sobre atribuibilidad». 1.1.3.3.3.1.3. En la teoría del delincuente 1.1.3.3.3.1.4. En relación con la punibilidad 1.1.3.3.3.1.5. En la teoría de la parte especial. 1.1.3.3.3.2. En la estructura del concepto de delito. 1.1.3.3.3.2.1. En la tipicidad. 1.1.3.3.3.2.2. Entre el injusto y la culpabilidad. 1.1.3.3.3.2.3. En el sujeto activo del delito. 1.1.3.4. Nuestra opinión. 1.2. Participación necesaria y delitos plurisubjetivos. 1.2.1. Participación necesaria. 1.2.1.1. Origen. 1.2.1.2. Desarrollo. 1.2.1.3. Supuestos. 1.2.2. Delitos plurisubjetivos. 1.2.2.1. Origen. 1.2.2.2. Desarrollo. 1.2.2.3. Supuestos. 1.2.3. Situación en México. 1.2.3.1. Legislación. 1.2.3.2. Jurisprudencia. 1.2.3.3. Doctrina jurídico penal. 1.2.4. Nuestra opinión.

BIBLIOGRAFÍA: Abanto Vásquez, Manuel A., «Delitos especiales y participación necesaria: dos contribuciones de la ciencia penal alemana», 2003. Amaya García, Víctor Manuel, *Coautoría y complicidad: estudio histórico y jurisprudencial*, 1993. Amuchategui Requena, Irma Griselda, *Derecho penal*, 2001. Antolisei, Francesco, *Manual de derecho penal, parte general*, 1988. Aránguez Sánchez, Carlos/Alarcón Navío, Esperanza, *El código penal francés*, 2000. Arilla Bas, Fernando, *Derecho penal, parte general*, 2001. Ávalos Sandoval, Salvador, «Comentarios sobre autoría y participación en el proyecto del Código Penal para el Distrito Federal», 2003. Azzolini Brincaz, Alicia Beatriz, «La autoría en el sistema penal mexicano», 2001. Bacigalupo Zapater, Enrique, *Principios de derecho penal, parte general*, 1998. Berchemmann Arizpe, Antonio, *Derecho penal mexicano, parte general*, 2004. Berdugo Gómez de la Torre, Ignacio/Arroyo Zapatero, Luis/García Rivas, Nicolás/Ferré Olivé, Juan Carlos/Serrano Piedecabras, José Ramón, *Lecciones de derecho penal, parte general*, 1999. Bolea Bardón, Carolina, *Autoría mediata en derecho penal*, 2000. Búnster Briceño, Álvaro, *Escritos de derecho penal y política criminal*, 1994. Bustos Ramírez, Juan, *Manual de derecho penal español*, 1984. Bustos Ramírez, Juan J./Hormazábal Malarée, Hernán, *Lecciones de derecho penal, v. II*, 1999. Carnelutti, Francesco, *Teoría general del delito*, s.f.; *Lecciones de derecho penal. El delito*, 1952. Carrancá y Trujillo, Raúl/Carrancá y Rivas, Raúl, *Derecho penal mexicano, parte general*, 1999. Carrasco Andrino, María del Mar, *Los delitos plurisubjetivos y la participación necesaria*, 2002. Castellanos Tena, Fernando, *Lineamientos elementales de derecho penal*, 2000. Castillo González, Francisco, *La participación criminal en el derecho penal costarricense*, 1993. Cerezo Mir, José, *Derecho penal, parte general – Lecciones*, 2000. Cobo del Rosal, Manuel/Vives Antón, Tomás Salvador, *Derecho penal, parte general*, 1999. Cortés Ibarra, Miguel Angel, *Derecho penal mexicano, parte general*, 1971. Creus, Carlos, *Derecho penal, parte general*, 1988. Choclán Montalvo, Antonio, *Derecho penal, parte general, t. I*. 2001. Daza Gómez, Carlos Juan Manuel, *Teoría general del delito*, 1998. Díaz de León, Marco Antonio, *Código Federal de Procedimientos Penales comentado*, 2003. Díaz y García Conlledo, Miguel, *La autoría en derecho penal*, 1991. Espínola, Julio César, *Código penal alemán, parte general*, 1976. Fernández Doblado, Luis, «La participación y el encubrimiento», 1959. Fernández Madrazo, Alberto, *Derecho penal, parte general, (teoría del delito). Tema: acción*, 1997. Fierro, Guillermo Julio, *Teoría de la participación criminal*, 2001. Fontán Balestra, Carlos, *Derecho penal, introducción y parte general*, 3ª. ed. s. f. Franco Guzmán, Ricardo, «El concurso de personas en el delito», 1962. Frías Caballero, Jorge/Codino, Diego/Codino, Rodrigo, *Teoría del delito*, 1993. García Ramírez, Sergio, *Derecho penal*, 1998. García Ramírez Sergio/Islands de González Mariscal, Olga/Vargas Casillas, Leticia A., *Nuevo Código Penal para el Distrito Federal*

comentado. Libro primero (artículos 1º. al 122), t. I, 2006. Goldstein, Raúl, *Diccionario de derecho penal y criminología*, 1993. Gómez Benítez, José Manuel, *Teoría jurídica del delito. Derecho penal, parte general*, 1992. González de la Vega, Francisco, *El código penal comentado*, 2002. González Quintanilla, Arturo, *Derecho penal mexicano*, 1999. González – Salas Campos, Raúl, «El tipo de autor y el tipo de participación», 1998; «El tipo de autor y el tipo de participación», 1999 [*Estos dos trabajos no son diferentes. Es el mismo texto publicado en la misma revista en los años señalados*]. Islas de González Mariscal, Olga, *Análisis lógico de los delitos contra la vida*, 2004. Islas de González Mariscal, Olga/Ramírez Hernández Elpidio/Karp S., Lian/Zaffaroni, Eugenio Raúl, «Notas preliminares sobre un modelo lógico matemático del derecho penal», 1966. Jakobs, Günther, *Derecho penal, parte general. Fundamentos y teoría de la imputación*, 1995. Jescheck, Hans–Heinrich, *Tratado de derecho penal, parte general*, vol. segundo, 1981. Jescheck, Hans–Heinrich/Weigen, Thomas, *Tratado de derecho penal, parte general*, 2002. Jiménez de Asúa, Luis, *Tratado de derecho penal, t. VII, El delito y su exteriorización*, 1970; *La ley y el delito*, 1978. Jiménez Huerta, Mariano, *Derecho penal mexicano, t. I*, 1985. Liszt, Franz von, *Tratado de derecho penal, t. II, s.f.; Tratado de derecho penal, t. III, s/f. López Betancourt, Eduardo, Teoría del delito*, 1994; *Introducción al derecho penal*, 1995. Luzón Peña, Diego – Manuel, *Curso de derecho penal, parte general I*, 1999. Madrazo, Carlos A., *La reforma penal (1983-1985)*, 1989. Maggiore, Giuseppe, *Derecho penal. Volumen I: El derecho penal – el delito*, 2000; *Derecho penal. Volumen II: El delito. La pena. Medidas de seguridad y sanciones civiles*, 2000. Malo Camacho, Gustavo, *Derecho penal mexicano*, 1997. Maurach, Reinhart, *Tratado de derecho penal, t. II*, 1962. Maurach, Reinhart/Heinz Gössel, Karl/Heinz, Zipf, *Derecho penal, parte general, 2. Formas de aparición del delito y las consecuencias jurídicas del hecho*, 1995. Mezger, Edmundo, *Tratado de derecho penal*, 1957; *Derecho penal, parte general. Libro de estudio*, 1985. Mir Puig, Santiago, *Derecho penal, parte general*, 1996. Mommsen, Teodoro, *Derecho penal romano*, 1991. Monarque Ureña, Rodolfo, *Lineamientos elementales de la teoría general del delito*, 2002. Moreno Hernández, Moisés, «Participación criminal», 1993. Muñoz, Luis, *Comentarios al Código Penal para el Distrito y Territorios Federales y el anteproyecto elaborado para reemplazarlo*, 1951. Muñoz Conde, Francisco/García Arán, Mercedes, *Derecho penal, parte general*, 1996. Novoa Monreal, Eduardo, «Algunas consideraciones acerca del concurso de personas en un hecho punible», 1968. Ojeda Velázquez, Jorge, «Hacia una nueva concepción de la teoría del delito», 1988; «Tesis para una teoría pura del delito y de las sanciones», 2005. Oneca, José Antón, *Derecho penal*, 1986. Orellana Wiarco, Octavio Alberto, *Curso de derecho penal, parte general*, 1999. Ortolán, M., *Tratado de derecho penal*, 1878. Osorio y Nieto, César Augusto, *Síntesis de derecho penal, parte general*, 1996. Pacheco y Gutiérrez Calderón, Joaquín Francisco, *El código penal. Concordado y comentado*, 2000. Pavón Vasconcelos, Francisco, *Derecho penal mexicano*, 1994; *Diccionario de derecho penal*, 1999. Pavón Vasconcelos, Francisco/Vargas López, Gilberto, *Código penal de Michoacán comentado (parte general)*, 1976. Pérez Alonso, Juan Esteban, *La coautoría y la complicidad (necesaria) en derecho penal*, 1998. Plascencia Villanueva, Raúl, *Teoría del delito*, 1998. Polaino Navarrete, Miguel, *Derecho penal, parte general, t. II, v. I. Teoría jurídica del delito*, 2000. Porte Petit Candaudap, Celestino, *Programa de derecho penal, parte general*, 1990; *Apuntamientos de la parte general de derecho penal*, 1999. Quintano Ripollés, Antonio, *Curso de derecho penal, t. I*, 1963. Quintero Olivares, Gonzalo, *Manual de derecho penal, parte general*, 2000. Ramírez Hernández, Elpidio, «Autoría y participación», 1985. Ranieri, Silvio, *Manual de derecho penal, parte general, t. II. El delito. Los sujetos. Los medios de defensa del derecho*, 2000. Reyes Calderón, José Adolfo, *Tratado de la teoría del delito*, 2002. Reyes Echandía, Alfonso, «La complicidad en los delitos de sujeto activo cualificado», 1971; *Derecho penal, parte general*, 1990. Reynoso Dávila, Roberto, *Teoría general del delito*, 1995. Rivacoba y Rivacoba, Manuel, «Pensamiento penal y criminológico del Código Penal Tipo para Iberoamérica», 1987. Rodríguez Manzanera, Luis, «El concurso de personas en el delito, en el derecho penal italiano», 1968. Rodríguez Mourullo, Gonzalo, «El autor mediato en derecho penal español», 1970. Sainz Cantero, José Antonio, *La ciencia del derecho penal y su evolución*, 1969; *Lecciones de derecho penal, parte general, t. III. Culpabilidad, punibilidad, formas de aparición*, 1983. Salazar Marín, Mario, «Autoría y participación», 1987. Sauer, Guillermo, *Derecho penal, parte general*, 1956. Stratenwert, Günter, *Derecho penal, parte general, I. El hecho punible*, 1982. Vega, Dante Marcelo, *El exceso en la participación criminal. Alcance de la responsabilidad en la intervención criminal*, 2003. Velásquez Velásquez, Fernando, *Manual de derecho penal, parte general*, 2002. Vergara Tejada, José Moisés, *Manual de derecho penal, parte general*, 2002. Villalobos, Ignacio, *Derecho penal mexicano, parte general*, 1983. Welzel, Hans, *Derecho penal alemán*, 1987. Wessels, Johannes, *Derecho penal, parte general*, 1980. Zaffaroni, Eugenio Raúl, *Tratado de derecho penal, parte general, t. III*, 1981. Zaffaroni, Eugenio Raúl/Alagia, Alejandro/Slokar, Alejandro, *Derecho penal, parte general*, 2001. Zamora Jiménez, Arturo, *Cuerpo del delito y tipo penal*, 2001.

1.1. Autoría y participación

La realización del delito con la intervención de dos o más personas tiene reconocimiento desde antiguo²¹. Quizás por la influencia del pensamiento de los romanos en el sentido de considerar a todos los que intervenían en el delito como iguales fue que, inicialmente, las denominaciones que se utilizaron para referirse a la pluralidad de intervinientes en el delito fueron generalizadoras y sin buscar distinciones, sino sólo referirse a pluralidad de personas²². Después,

²¹ Así opina Teodoro MOMMSEN, *Derecho penal romano*, p. 68: La participación de varias personas en un mismo delito, o sea la codelinuencia, como aquí debemos denominarla, podía tener lugar de diversas maneras, a saber: en forma de coparticipación igual a la de otros individuos que cooperasen al delito, en forma de instigación y en forma de ayuda antes o después del hecho. En el caso de igual coparticipación, a los copartícipes del delito se les llamaba *socii*, lo propio que a los copartícipes en el derecho patrimonial, y se les llamaba así no pocas veces en oposición al jefe, que solía ser designado con las denominaciones de *princeps scularis*, *princeps delicti*. Sobre todo los escritores no juristas denominaban no pocas veces *consciis*, esto es, cosabedor del delito a aquel coautor del mismo que resultaba haber tenido poca intervención activa en él, y, excepto en aquellos delitos en que existía la obligación de denunciar, el *consciis*, como tal, estaba libre de responsabilidad jurídica. Al instigador se le designaba como *auctor*, pero es de advertir que no se consideraba como instigación cualquier simple recomendación de cometer delito, sino que se necesitaba para ello intervenir e influir de un modo decisivo en la resolución de otras personas. Cuando se trataba de un auxiliador, de un *minister*, lo que se contraponía no era, de un lado, la ejecución inmediata del delito, y de otro, la actividad auxiliadora, sino que más bien lo que se contraponía era la actividad ejecutora, o sea la ejecución material del delito y la actividad espiritual, la incitación por parte del autor verdadero. Pero todas estas denominaciones de las diferentes formas de cooperación para el delito carecían de una determinación precisa, como carecían también de aplicación en el terreno jurídico, y el principal valor que las mismas tenían era el de que se empleaban en el modo corriente de hablar.

²² En este sentido Giuseppe MAGGIORE, *Derecho penal. Volumen II: El delito. La pena. Medidas de seguridad y sanciones civiles*, 2000, pp. 93 y 94: También en este campo corresponde a los prácticos italianos el mérito de haber intentado dicha sistematización, por vez primera. Los romanos no conocieron un régimen general del concurso de personas para un delito, pero dictaron reglas según los diversos tipos de delito. Así, al tratar de homicidio, establecieron la responsabilidad, no sólo del autor material, sino de todo el que hubiera sido también causa del delito: *nil interest an quis occidat vel causam mortis preaebeat* [no importa que uno haya dado muerte o que haya sido causa de esa muerte]. Teodoro MOMMSEN, *Derecho...*, pp. 69 y 70: El derecho romano no apreciaba las diferentes clases de cooperación para el delito que hemos mencionado, para tratarlas de distinto modo; lo único que apreciaba en el caso de delitos cometidos por varias personas era la codelinuencia. (...) Acerca de los límites de la codelinuencia es poco lo que podemos deducir de las fuentes, y esto poco no puede ser estudiado sino al tratar de cada uno de los delitos en particular. En términos generales, podemos decir que todo acto realizado con el malicioso propósito de contribuir a la comisión de un delito debía ser considerado como acto de codelinuencia. (...) Las penas correspondientes a los delitos se imponían por regla general en la misma cualidad y cantidad a todos los participantes en ellos, como si cada participante hubiera cometido el delito por sí solo. Francisco CASTILLO GONZÁLEZ, *La participación criminal en el derecho penal costarricense*, p. 12, cita número 5: No fue así en el Derecho Romano de los primeros tiempos, que no hizo una clara distinción entre las formas de autoría y las formas de participación, puesto que tenía como responsable, en calidad de autor, a cualquiera que hubiera contribuido, con su acción, a la causación del hecho punible. Así, Mommsen, págs. 97 ss.; Kellner, pág. 6; Meyer, pág. 36; Weber, pág. 31. Guillermo Julio FIERRO, *Teoría de la participación criminal*, p. 153: (...) Con respecto a la “teoría de la participación criminal” legislaron [*se refiere a los romanos*] algunos aspectos con un enfoque muy superior a las concepciones primitivas que hemos tratado de mostrar con anterioridad (una hipótesis de participación nos

y hasta el siglo XVIII la caracterización de los que intervenían en el delito se hizo con expresiones relacionadas con el derecho civil: *auxilio*, *consejo*, *mandato*. Será el siglo XIX el que marque el origen del análisis científico de lo que hoy se reconoce como la *teoría de la autoría y participación*, a decir de Dante Marcelo VEGA:

b) Será entonces el siglo XIX el que marcará el comienzo cronológico de los estudios científicos de la participación criminal al reemplazarse definitivamente las viejas categorías medievales por la distinción entre autor y cómplice que dominará de allí en más la discusión científica. Pronto se instaló entre los tratadistas la disputa central de si debían considerarse autores todos los intervinientes en el hecho común o si correspondía hacer distinciones según el aporte de cada uno. Si esta controversia doctrinaria influyó en la configuración de los códigos del siglo XIX o, a la inversa, fue el legislador el que inclinó la balanza en uno u otro sentido, es algo a lo que difícilmente se pueda responder en forma terminante. Todo parece indicar que fue el Código Penal francés de 1810 el que influyó determinadamente en la opinión doctrinaria a favor de una autoría única con marcos de punición muy rígidos entre los intervinientes. La concepción opuesta basada en la necesidad de distinguir entre autoría y complicidad y de imponerles penas distintas fue consagrada por el Código de Baviera de 1813, el gran rival del Código Napoleón en orientación e influencia²³.

1.1.1. *Denominación*. De entre las denominaciones que se han usado para hacer referencia a este fenómeno jurídico penal se encuentran, entre otras²⁴, las de *complicity* (complicidad²⁵) en el sistema jurídico anglosajón,

la da el *Digesto* con aquellos que transportan una pesada viga robada), pero no sobresalieron en aquellos puntos esenciales de ella que recién se han ido perfilando en los últimos siglos y que la doctrina antigua ignoró por completo. Víctor Manuel AMAYA GARCÍA, *Coautoría y complicidad: estudio histórico y jurisprudencial*, 1993, p. 15: (...) un autor de tanta relevancia en este tema como LONGO ya nos advierte que las modernas teorías sobre la participación plural, que pueden distinguir claramente entre los distintos grados de cooperación y participación, no parece que puedan ser transportadas dentro del pensamiento romano, y nos asegura que se trata de una materia muy compleja y que seguramente nos harían falta más textos para que el examen resultase factible, aunque la cuestión le parece muy atractiva y desde su punto de vista el estudio resulta evidentemente útil.

²³ *El exceso en...*, p. 28.

²⁴ Carlos A. MADRAZO, *La reforma penal (1983 – 1985)*, 1989, p. 221: En épocas anteriores al desarrollo de la dogmática penal moderna, han sido utilizadas indistintamente la voces “participación criminal”, “coparticipación”, “codelinuencia”, “concurso de personas en el delito”, etc.; expresiones que se siguen usando en la actualidad.

²⁵ M. ORTOLAN, *Tratado de derecho penal*, 1878, p. 198: 570. Sabemos cómo se ha formado la palabra *cómplice*, conforme en su origen filológico á la doble idea de *enlazado con*, *castigado con*, y reservada, por esa razón para ser aplicada á las personas. De ahí podemos sacar las definiciones siguientes: *La complicidad*

*teilnahme*²⁶ (participación) en Alemania, *complicitá* (complicidad) en Italia²⁷, *concursum delinquentium*²⁸ (concurso de delincuentes) derivada del latín. Estas denominaciones tuvieron vigencia hasta en tanto no se hicieron o se buscaron establecer diferencias entre los aportes que cada persona realizaba pues, cuando esta idea fue la que se impuso, se consideró que de estas denominaciones, las tres primeras sólo hacían referencia a una parte de lo que hoy se corresponde con la *teoría de la autoría y participación*, lo que les significó cuestionamientos. De allí que se consideró más apropiada la de *concursum delinquentium*, pues con ella se englobaba a todos los que intervenían en el delito. Por eso, hoy la denominación que se acepta es la de *autoría y participación*. Esta expresión es, digamos, nueva, y es la que se utiliza en los *Cps* y en los trabajos que se refieren o tratan este tema cuando se acepta *a priori* diferencias cualitativas y cuantitativas en los distintos intervinientes en el delito, y porque, además, al no encontrarse un solo término

es la existencia del lazo que une á muchos agentes en un mismo delito. *Los cómplices* (tomando la palabra *lato sensu*), son todos los que de ese modo se encuentran enlazados en un mismo delito, y que deben estarlo también en el castigo. En la derivación germánica la raíz es diferente, pero el procedimiento de formación es el mismo: adjetivo *mit-schuldig*, ó sustantivo *mit-shuldige* (culpable con), por cómplice en general *mit-schuld* (culpabilidad con) por complicidad. [*Se respetó la acentuación del texto*].

²⁶ Miguel DÍAZ y GARCÍA CONLLEDO, *La autoría...*, p. 47, cita número 1: (...) en un sentido amplio distinto a *Teilnahme*, participación en sentido estricto, contrapuesto a autoría, si bien a menudo, independientemente del concepto de autor que se siga, la expresión *Teilnahme* se aplica para hablar de todo el fenómeno del delito en que intervienen varias personas y la *Teilnahmelehre* o teoría de la participación ha sido tradicionalmente el epígrafe bajo el que se han encuadrado los distintos problemas de la intervención de varias personas en el delito, incluido el de la distinción entre autor y partícipe (*Teilnehmer*) en sentido estricto.

²⁷ Francesco CARRARA, *Programa de derecho criminal, parte general*, v. I., 1977, p. 267: § 426. En un delito pueden tomar parte varias personas. La justicia exige que se llame a todas a dar cuenta de la parte que tomaron en la infracción de la ley; pero exige asimismo que cada una responda de su papel, en proporción al *influjo* que haya ejercido en la infracción. De aquí la importancia de la doctrina de la *complicitad*.

²⁸ Alvaro BUNSTER BRICEÑO, «El autor mediato», en *Escritos de derecho penal y política criminal*, 1994, p. 152: 2. El concepto de autor mediato parece haberse hallado latente, si no en el derecho romano, del cual la ciencia moderna suele invocar para estos fines el aserto de que también quiere el que ha cometido el hecho por coacción, *coactus voluit*, en la elaboración jurídica de los comentaristas italianos que, como se sabe, construyeron un verdadero sistema del *concursum delinquentium*.

que englobe a autores y partícipes²⁹, se ha decidido la denominación compuesta: *autoría y participación*.

En la *legis penal comparada* se utilizan las siguientes denominaciones: *Cp Alemania* («Autoría y participación³⁰»). *Cp Argentina* («Participación criminal»). *Cp Bolivia* («Participación criminal»). *Cp Brasil* («Do concurso de pessoas»). *Del concurso de personas*. *Cp Colombia* («Concurso de personas en la conducta punible»). *Cp Costa Rica* («Autores y cómplices»). *Cp Cuba* («La participación»). *Cp Chile* («De las personas responsables de los delitos»). *Cp Ecuador* («De las personas responsables de las infracciones»). *Cp El Salvador* («De los autores y partícipes»). *Cp España* («De las personas criminalmente responsables de los delitos y faltas»). *Cp Francia* («De la responsabilidad penal»)³¹. *Cp Guatemala* («De la participación en el delito»). *Cp Haití* («Sur les personnes, excusables, ou responsables pour crimes et délits»). *De las personas punibles, excusables o responsables de los crímenes o delitos*. *Cp Honduras* («Participación en el delito»). *Cp Italia* («Del concurso di persone nel reato»: *Del concurso de personas en el delito*). *Cp Nicaragua* («De la responsabilidad criminal»). *Cp Panamá* («Autoría y participación»). *Cp Paraguay* («Pluralidad de participantes»). *Cp Perú* («Autoría y participación»). *Cp Puerto Rico* («De la participación»). *Cp República Dominicana* («De las personas punibles, excusables o responsables de los crímenes o delitos»). *Cp Uruguay* («Del concurso de delincuentes»). *Cp Venezuela* («De la concurrencia de varias personas en un mismo hecho punible»).

En la *doc jur pen comparada* las denominaciones que se utilizan en el apartado en el que se trata el tema, se refieren a: (1) «participación»: Hans WELZEL (p. 160): a) La participación en sentido estricto sólo comprende la instigación y la complicidad; en sentido amplio también la coautoría (p. ej., para el § 50). Edmund MEZGER (1957, pp. 285 y 286): (...) En principio hará ciertamente responsable a todo el que haya contribuido al resultado, ya por el mero hecho de esta colaboración, pero *graduará* dicha responsabilidad; con otras palabras, distinguirá, en orden al enjuiciamiento jurídico – penal, *distintas formas de participación en el delito*; (1985, p. 297): I. *En un hecho punible pueden haber participado varias personas*. Este concepto, simple e inteligible para todos, contiene una teoría difícil, pero también especialmente importante e interesante de la Parte general – *la teoría de la participación*. Günther JAKOBS (p. 718): A. En la determinación de autoría y participación se trata de comprobar en qué relación se encuentran las responsabilidades de varios intervinientes por un suceso delictivo. Para ello hay dos modelos de regulación, el modelo para los delitos de infracción de deber y el modelo para los delitos de dominio. Enrique BACIGALUPO ZAPATER, (p. 352): Todas las cuestiones que se estudian aquí, en la medida en que se refieren a la participación de más de una persona en uno o más hechos punibles, pueden ser consideradas como formando parte del concepto amplio y general de participación, pues tanto participan o toman parte en el hecho los que son autores como los que ayudan a éstos. Guillermo Julio FIERRO (p. 1): (...) No siempre la producción de un hecho delictivo es la obra de un solo delincuente. Cuando esta clase de hechos se consuma mediante la actividad deliberada y consciente de dos o más personas nos encontramos frente a un supuesto de participación criminal. Carlos CREUS (p. 319): § 348. PARTICIPACIÓN Y TENTATIVA COMO EXTENSIONES DEL TIPO.- En rigor la materia de la participación y tentativa podrían formar parte de la teoría positiva del delito, pero por la circunstancia de que este tema incluye también problemas de teoría negativa, parece más conveniente independizar su tratamiento, siguiendo así una posición bastante común en la doctrina. (2) «autoría y participación»: Günter STRATENWERT (p. 227): Hasta ahora la presente exposición ha presupuesto, sin explicitarlo, la existencia de un “autor” que realiza la ilicitud adecuada al supuesto de hecho, sólo [*sic*; ¿solo?] y por propia mano. Sin embargo, esta constelación no es la única posible. Por el contrario, en el resultado delictivo pueden obrar conjuntamente varias personas que, de esta manera,

²⁹ Así opina Celestino PORTE PETIT CANDAUDAP, *Programa de derecho penal, parte general*, p. 857: El nombre que debe llevar este instituto jurídico penal ha sido motivo de opiniones muy diversas, pues las denominaciones, entre otras que se han dado, son *participación* (...) *Concurso de personas en el delito*, *pluralidad de delincuentes*, *autoría y participación* y *codelinquencia*, pero nosotros consideramos que resulta difícil encontrar un término genérico que englobe a la *autoría y participación*. Mario SALAZAR MARÍN, «Autoría y participación», 1987, p. 19: No estuvieron asistidos por la fortuna estos nomencladores [*se refiere a quienes proponen el nombre de participación*], decíamos, porque siendo tan rico nuestro lenguaje no era absolutamente necesario utilizar un mismo término para expresar conceptos distintos, aunque complementarios, surgiendo entonces la necesidad de ampliarlo o restringirlo.

³⁰ Tomado de Julio César ESPÍNOLA, *Código penal alemán, parte general*, 1976, p. 19.

³¹ Tomado de Carlos ARANGUZ SÁNCHEZ/Esperanza ALARCÓN NAVÍO, *El código penal francés. Traducido y anotado*, 2000, p. 28.

“toman parte” en el más amplio sentido, en la realización. Esto hace necesario una más precisa determinación de los diferentes roles de quienes participan en el delito y también la delimitación de unos con respecto a los otros, dado que el derecho vigente no amenaza con pena toda colaboración *dolosa* y no sanciona toda colaboración punible con la misma pena. En primer lugar, trataremos de la autoría (infra A) para abordar luego las otras formas de participación (infra B). *Johannes WESSELS* (p. 148): I. El derecho penal alemán distingue, cuando varias personas participan en un hecho punible, entre autoría y participación. Las formas de manifestación de la *autoría* son la autoría directa y mediata (§ 25, I), la coautoría (§ 25, II) y la autoría accesoria no reglamentada legalmente. Las formas de la *participación* son la instigación (§ 26) y la complicidad (§ 27). Esta distinción posibilita concebir cada contribución al hecho según corresponde a su importancia concreta y a su especial desvalor de conducta. *José CEREZO MIR, Lecciones...: [en la lección 35 trata <<la autoría>>, y en la lección 36, lo relacionado con <<formas de participación>>, sin utilizar una expresión para englobar ambas]. Manuel COBO DEL ROSAL/Tomás Salvador VIVES ANTÓN* (p. 733 y 734): El problema de la naturaleza de la aportación al delito estriba en la determinación de si la conducta del concurrente lo realiza de *manera directa*, de modo que el hecho típico cometido aparezca como *su propio hecho*, o si, por el contrario, su acción produce el delito *sólo de manera indirecta*, esto es, a través de la conducta de un tercero, de forma que el hecho típico aparecerá como *un hecho ajeno* en el que el concurrente, de uno u otro modo, se ha limitado a colaborar. En el primer caso estaremos ante un supuesto de *autoría*, en el segundo, ante un supuesto de *participación*. La distinción entre autor y partícipe, de la que inmediatamente hemos de ocuparnos, es una distinción *material*, y es independiente de que la Ley decida castigarles del mismo modo o, por el contrario, establezca una penalidad diferente para unos y otros pues, en cualquier caso, subsiste el hecho de que la conducta del partícipe solamente constituye realización del delito a través y por medio de la conducta del autor, de suerte que *el injusto típico no puede imputarse al partícipe sino se imputa previamente al autor*. *Francisco MUÑOZ CONDE/Mercedes GARCÍA ARÁN* (p. 448): Este diverso tratamiento penal de las distintas personas responsables y las importantes particularidades de cada una de ellas obliga a estudiarlas separadamente, pero dentro de unas categorías dogmáticas básicas, como son los conceptos de autoría y participación, que no coinciden exactamente con las legales. Desde el primer momento conviene dejar establecido con claridad que una cosa es lo que, a efectos de pena, el Código penal considera autores, y otra cosa es lo que desde un punto de vista conceptual pueda entenderse como tales. No toda conducta de participación en el delito puede considerarse como autoría del mismo, aunque sí pueda castigarse con la misma pena, en los casos en que la participación tenga la misma gravedad, aunque distinta entidad conceptual que la autoría. La complicidad no solo [*sic; ¿sólo?*] es una forma de intervención en el delito menos grave que la autoría, sino también conceptualmente distinta. La inducción también es conceptualmente distinta de la autoría aunque pueda tener la misma gravedad. Ambas son formas de participación que deben diferenciarse de la verdadera y auténtica autoría³². *Ignacio BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE/Luís ARROYO ZAPATERO/Nicolás GARCÍA RIVAS/Juan Carlos FERRÉ OLIVÉ/José Ramón SERRANO PIEDECASAS* (p. 287): La problemática de la autoría y participación no es nada pacífica en la doctrina penalista. Por ese motivo, expondremos muy brevemente los aspectos esenciales de la evolución del concepto de autor, para intentar comprender de esa manera la regulación actual. *Gonzalo QUINTERO OLIVARES* (p. 607): Pero las dificultades que entraña el precisar <<quién>> ha sido el que ha matado, o robado, o estafado, aparecen cuando comprobamos, de una parte, que el derecho positivo tratará como autores a diferentes personas cuya intervención en el hecho no es igual, y, sobre todo, cuando en un solo hecho concurren las conductas de diferentes personas, con aportaciones de diferente entidad. Y es lógico que el problema penal de la autoría y la participación crezca en cuanto se da la presencia de varios intervinientes, de los cuales unos eran considerados *autores* y otros *partícipes*. *José Antonio CHOCLÁN MONTALVO* (p. 384): Como pone de manifiesto STRATENWERT, la teoría jurídico – penal de la autoría, en principio, trata la muy sencilla cuestión de quién se puede decir que ha realizado la acción adecuada al supuesto de hecho típico; por ello, con respecto a la autoría no es necesario gastar una palabra cuando solo [*sic; ¿sólo?*] una persona aparece como causante del suceso, pues, en este caso, será autor y resultaría tautológico nombrarlo expresamente. En consecuencia, el verdadero problema de la teoría jurídico – penal de la autoría surge cuando sean varios los que han participado en el hecho típico en cuanto se hace necesaria la delimitación entre autoría y participación, adquiriendo el concepto de autoría su función propia. (3) <<Acto y pluralidad de autores>>: *Reinhart MAURACH*, (p. 300): (...) La regulación legal, al reunir la coautoría junto con la instigación y la complicidad, bajo el superior concepto de la participación, resulta sin embargo desgraciada. [*Esta idea de Reinhart Maurach se define en Reinhart Maurach/Karl Heinz Gössel/ Heinz Zipf, al señalarse apartados diferentes a la autoría y participación sin que formen parte de una unidad con denominación abarcativa de ambas; por ello, se dice en la p. 400:*

³² Esta explicación de la diferenciación conceptual y a efectos de pena, es por el contenido del art. 28 del código penal español: Art. 28. Son autores quienes realizan el hecho por sí solos, conjuntamente o por medio de otro del que se sirven como instrumento. También serán considerados autores: a) Los que inducen directamente a otro u otros a ejecutarlo. b) Los que cooperan a su ejecución con un acto sin el cual no se habría efectuado.

1. La participación y la intervención de varias personas en un hecho no son idénticas; empero, la participación representa una subcategoría de la intervención (más detalles en § 47, n:35). [En el párrafo §47, II, pp. 295 y 296, se dice]: (...) Sin embargo, la ley va aún más lejos en la medida que crea un concepto superior para la autoría, la participación y todas otras formas de colaboración en un hecho punible, es decir, el de la *intervención* (§ 28, inc. 2º.), con lo cual al mismo tiempo deja impunes todas las restantes formas imaginables de colaboración, en tanto la descripción de la lesión de un bien jurídico en los tipos de la Parte Especial no disponga otra cosa. (4) <<Codelincuencia>>: Luis JIMÉNEZ DE ASÚA (p. 495): El delito suele ser conducta de un solo hombre, mas, con frecuencia aparecen varios cooperando a la ejecución de acciones criminales que el tipo legal no requiere. A esta codelincuencia es a la que vamos a referirnos, no a la de índole necesaria; es decir, a la requerida por la definición legal de ciertas figuras delictivas. José ANTÓN ONECA (p. 453): La tendencia humana a la asociación se manifiesta también en el delito. Al fenómeno de la pluralidad de sujetos en el delito se llama codelincuencia o concurso de delincuentes. José Antonio SAINZ CANTERO (p. 175): El tipo penal puede ser realizado por una sola persona, que lo lleva a cabo sin colaboración de ninguna otra, o por varias que se ponen de acuerdo para realizarlo en común. Cuando se da esta segunda posibilidad estamos ante el fenómeno criminal que llamamos: *codelincuencia*: intervención de varias personas en un mismo delito. (5) <<El acto principal y la participación>>: Franz von LISZT (p. 71): El vigente Derecho imperial alemán no ha sacado estas consecuencias. *Presenta, frecuentemente, en abierta oposición esencial, los actos del autor, de una parte, y, de otra, la instigación y la complicidad*; sólo considera los actos del autor como causantes del resultado, y la instigación y la complicidad únicamente como PARTICIPACIÓN EN LA CAUSACIÓN DEL RESULTADO ORIGINADA POR EL AUTOR (<<naturaleza accesoría de la participación>>). (6) <<Concurso de personas en el delito>>: Eugenio Raúl ZAFFARONI (p.735): 1. Como en cualquier obra humana, en el delito pueden intervenir varias personas desempeñando roles parecidos o diferentes, lo que da lugar a los problemas de la llamada *participación (conurrencia o concurso) de personas en el delito*, como complejo de cuestiones especiales de la tipicidad³³. (7) <<Pluralidad de delincuentes>>: Guillermo SAUER (p. 300): Estos "conceptos naturales" [se refiere a los de autor y partícipe] se incluyen fundamentalmente en la estructuración y construcción de la teoría de la participación de varios en un delito, debiendo, por tanto, quedar dicha teoría natural, sencilla y carente de artificios. (8) <<Tipos de autoría y tipos de participación>>: Santiago MIR PUIG (p. 357): Hasta ahora hemos contemplado varias clases de tipos legales con independencia de los sujetos que en ellos intervienen. En esta Lección y en la siguiente consideraremos, en cambio, distintas clases de tipos determinadas por la posición de sus *sujetos*. Por de pronto se partirá de la distinción de tipos de autoría y tipos de participación. Precisar en qué consiste la diferencia entre ambas clases de tipos constituirá el primer objetivo de este Capítulo, pero ya ahora cabe plantear los términos del problema: son **tipos de autoría** aquéllos cuyo sujeto recibe el nombre de **autor**, son **tipos de participación** aquéllos cuyo sujeto se considera **partícipe** de un tipo de autoría. Todo depende, pues, de la delimitación de los conceptos de autor y partícipe, delimitación que ha de partir de la noción de autor. [Y en la p. 390, dice]: A) Se habla de <<participación>> en dos sentidos distintos. En sentido amplio se emplea a veces esta palabra para referirse a todas las formas de intervención en el hecho –incluyendo la autoría–. Más en sentido estricto la <<participación>> se contraponen a la autoría. Es en este sentido en el que utilizamos el término en esta exposición. Como palabras capaces de abarcar tanto la autoría como la participación utilizamos las de <<intervención>> y, cuando existe pluralidad de sujetos, <<codelincuencia>>. (9) <<La coparticipación en el delito>>: Giuseppe MAGGIORE (p. 97): (...) *Hay coparticipación cuando, fuera de los casos de concurso necesario, concurren varias personas para la producción de un delito*. Alfonso REYES ECHANDÍA (p. 9) Para un mejor entendimiento del problema a que se refiere el título de este ensayo, recordemos brevemente algunos conceptos básicos del fenómeno genéricamente conocido como coparticipación.

1.1.1.1. Situación en México

1.1.1.1.1. *Legislación*. En los Cps de nuestro país las denominaciones que se utilizan para el apartado en el que se regula lo relacionado con la *autoría y participación*, son: *Cp Baja California* (<<Autoría y participación>>); *Cp Baja California Sur* (<<Autoría y participación>>); *Cp Campeche* (<<Personas

³³ En la denominación de ZAFFARONI está la influencia del Cp y de la *doc jur pen* italianos, según lo acepta en la p. 735, cita número 1: <<Fattispecie eventuali>> las llama Nuvolone, Pietro, p. 349; La denominación *concurso de personas* es propia de la doctrina italiana, v. Montovani F., p. 485; Fiandaca – Musco, p. 436.

responsables de los delitos»); *Cp Coahuila* («Intervención típica»); *Cp Colima* («Autoría y participación»); *Cp Chihuahua* («Autoría y participación»); *Cp Chiapas* («Personas responsables de los delitos»); *Ncp Distrito Federal*³⁴ («Autoría y participación»); *Cp Durango* («Personas responsables de los delitos»); *Cp Estado de México* («Responsables de los delitos»); *Cp Federal* («Personas responsables de los delitos»); *Cp Guanajuato* («Autoría y participación»); *Cp Guerrero* («Personas responsables de los delitos»); *Cp Hidalgo* («Autoría y participación»); *Cp Jalisco* («Personas responsables de los delitos»); *Cp Michoacán* («Participación en el delito»); *Cp Morelos* («Responsables del delito»); *Cp Nayarit* («Personas responsables de los delitos»); *Cp Nuevo León* («Autores o participantes»); *Cp Oaxaca* («De la autoría y participación»); *Cds Puebla*³⁵ («Personas responsables de los delitos»); *Cp Quintana Roo* («Autoría y participación»); *Cp Querétaro* («Personas responsables de los delitos»); *Cp Sinaloa* («Autoría y participación»); *Cp San Luis Potosí* («Responsabilidad penal»); *Cp Sonora* («Personas responsables de los delitos»); *Cp Tamaulipas* («Autores o partícipes»); *Cp Tlaxcala* («Personas responsables de los delitos»); *Cp Veracruz* («Autores, partícipes, pandilleros y asociación delictuosa»); *Cp Yucatán* («Personas responsables de los delitos»); *Cp Zacatecas* («Personas responsables de los delitos»).

De los treinta y dos *Cps mexicanos*, el de Tabasco no cuentan con un apartado destinado exclusivamente para la *autoría y participación*. En este *Cp* al aceptarse sólo la existencia de autores su regulación se hace en la parte especial, de inicio, en cada uno de los tipos penales, completándose con los

³⁴ Nuevo Código Penal para el Distrito Federal.

³⁵ Código de Defensa Social para el Estado de Puebla.

arts. del 223 al 229 que se encuentra en la «Sección tercera: Delitos contra la sociedad» en el «Título primero: Delitos contra la seguridad de los bienes jurídicos». En la *Lp Aguascalientes* tampoco existe un apartado sólo para la *autoría y participación*, regulándose en el art. 127 que se encuentra en el «Libro primero, Título cuarto: De las normas ampliadoras o delimitadoras de las figuras típicas».

1.1.1.1.2. *Jurisprudencia*. En los criterios de *jurispr* las denominaciones que se han señalado, entre otras: «coparticipación», «coparticipación delictiva», «participación en el delito», «pluralidad de sujetos activos», «participación delictuosa», «participación», «complicidad» «participación criminal» «codelinquencia», «concurso de agentes en el delito», «concurso eventual de agentes», «participación múltiple», «concurso eventual», «participación propia» (sin cursivas en el original):

ACUERDO PREVIO. NO ES REQUISITO INDISPENSABLE PARA QUE SE ACTUALICE LA *COPARTICIPACIÓN DELICTIVA*. La *participación delictiva*, por autoría intelectual o determinación dolosa a delinquir, no necesariamente requiere de la existencia de un acuerdo anterior a la comisión del ilícito, ni siquiera que sea expreso, pues tal concierto puede ser concomitante al hecho y de naturaleza tácita entre los participantes, o bien, a través de una autoría por instigación o determinación dolosa a la comisión del delito, dado que el nexo psíquico causal entre el inductor con el autor material del antisocial se traduce, en una instigación o determinación que con plena conciencia de su acción, mueve el ánimo del ejecutante para concretar el resultado típico y reprochable, que es lo que se requiere para punir el hecho. Consecuentemente no constituye condición sine qua non el acuerdo previo entre el inductor y el autor material del delito para que pueda actualizarse la *coparticipación delictiva*.

SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA PENAL DEL TERCER CIRCUITO.

Amparo en revisión 12/93. Segunda Sala Penal del Supremo Tribunal de Justicia del Estado de Colima. 24 de febrero de 1993. Unanimidad de votos. Ponente: Hugo Ricardo Ramos Carreón. Secretario: Daniel Castañeda Grey.

ASOCIACIÓN DELICTUOSA Y *PARTICIPACIÓN MÚLTIPLE* O *COPARTICIPACIÓN*. DIFERENCIAS. La asociación delictuosa difiere de la *participación múltiple* o *coparticipación* en la realización de un hecho antijurídico, porque en este último supuesto, aunque las infracciones se repiten, surgen de momento a momento pero quedan aisladas unas de otras, y en el caso de la asociación el propósito de delinquir indeterminadamente persiste en los miembros de la banda que se pliegan a las decisiones del jefe.

TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA PENAL DEL SÉPTIMO CIRCUITO.

Amparo en revisión 174/92. Laurentino Barradas Yépez. 9 de diciembre de 1992. Unanimidad de votos. Ponente: Luis Alfonso Pérez y Pérez. Secretario: Lucio Marín Rodríguez.

Amparo en revisión 180/92. Alfonso Juárez Castillo. 9 de diciembre de 1992. Unanimidad de votos. Ponente: Luis Alfonso Pérez y Pérez. Secretario: Lucio Marín Rodríguez.
Amparo en revisión 211/92. Gabino López Gómez. 9 de diciembre de 1992. Unanimidad de votos. Ponente: Luis Alfonso Pérez y Pérez. Secretario: Lucio Marín Rodríguez.
Amparo directo 404/93. Benito Reyes Fernández o Hernández. 27 de enero de 1994. Unanimidad de votos. Ponente: Gilberto González Bozziere. Secretaria: Aída García Franco.
Amparo directo 405/93. Sergio Juárez Quiroz. 27 de enero de 1994. Unanimidad de votos. Ponente: Gilberto González Bozziere. Secretaria: Aída García Franco.

BANCOS. DELITOS COMETIDOS POR FUNCIONARIOS BANCARIOS. COPARTICIPACIÓN. Si está comprobado que el gerente de un banco realizó, en combinación con un cuentahabiente, diversos actos que redundaron en perjuicio patrimonial de la institución, el segundo de éstos debe considerarse coautor del delito cometido por el primero, aunque no tenga el carácter de funcionario bancario, puesto que es jurídicamente lógico concluir que si son los mismos hechos, obviamente ambos cometieron el mismo delito.

TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA PENAL DEL TERCER CIRCUITO.

Amparo directo 324/88. Julián Romero González. 19 de enero de 1990. Unanimidad de votos. Ponente: J. Guadalupe Torres Morales. Secretario: Oscar Rogelio Valdivia Cárdenas.

COAUTORÍA, CASO EN QUE SE CONFIGURA, AUNQUE EL DELITO RESULTANTE LO REALICE PERSONA DIVERSA. (LEGISLACIÓN DE JALISCO). Aun cuando el acusado no haya sido el autor del disparo que lesionó y después causó la muerte del pasivo, si intervino en el acuerdo voluntario y consciente celebrado entre los intervinientes, para causar en común, un mal o un daño a las víctimas, es claro que debe ser inculcado en el ámbito punitivo en los términos que dispone el artículo 12 del Código Penal de Jalisco, aunque el resultado típico producido no hubiera sido el acordado, expresamente porque tal ilícito le es penalmente reprochable a través de la figura de la *participación criminal*.

PRIMER TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA PENAL DEL TERCER CIRCUITO.

Amparo directo 133/91. Everardo Velázquez Castañeda. 7 de enero de 1992. Unanimidad de votos. Ponente: Lucio Lira Martínez. Secretario: Arturo Ramírez Pérez.

COMPLICIDAD NO ACREDITADA. Si no quedó debidamente demostrada la participación del quejoso en la ejecución y consumación del robo, que denote la existencia de un acuerdo previo entre éste y su coacusado para apoderarse de un objeto, la responsabilidad del quejoso como coautor no queda acreditada.

TERCER TRIBUNAL COLEGIADO DEL SEGUNDO CIRCUITO.

Amparo directo 673/91. José Luis Iglesias Calderón. 23 de octubre de 1991. Unanimidad de votos. Ponente: José Angel Mandujano Gordillo. Secretario: Pedro A. Rodríguez Díaz.

COPARTICIPACIÓN DELICTIVA. SU EXISTENCIA REQUIERE ACUERDO ENTRE LOS PARTÍCIPES. Para que se acredite la coparticipación delictiva en un *concurso eventual de agentes*, es menester que exista consenso en todos los individuos que tomarán parte en la perpetración del injusto, evidenciándose de esta manera su deseo de delinquir y, por ende, el dolo en cada uno de ellos. La cuota de participación puede ser previa, concomitante o posterior a la consumación del delito, pero sea cual fuere la elegida, la nota esencial de la misma estriba en la voluntariedad y el nexo psíquico que debe haber entre los que participan para la producción del resultado típico, circunstancia que no se actualiza cuando por ejemplo, alguien se presenta a un lugar donde se está cometiendo un ilícito sexual, limitándose sólo a observar, sin que exista prueba de acuerdo previo o de que de alguna manera hubiese cooperado o ayudado para que se materializara la infracción, ni tampoco exista evidencia de que hubiera puesto condición para la ejecución del antijurídico, debiendo concluirse en tal caso, que no se puede fincar responsabilidad penal a título de copartícipe, toda vez que no existe nexo causal entre la conducta y el resultado.

SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO DEL DÉCIMO CUARTO CIRCUITO.

Amparo en revisión 235/96. José Armando Polanco Salazar. 8 de julio de 1996. Unanimidad de votos. Ponente: Luis Armando Cortés Escalante. Secretario: Luis Manuel Vera Sosa.

HOMICIDIO, COAUTORÍA EN LA COMISIÓN DEL DELITO DE. Sin razón se alega que no la hubo, cuando las constancias de autos revelan que el quejoso y su coacusado se devolvieron a caballo y armados con pistolas, a rescatar a un compañero que había sido detenido momentáneamente por un policía, cosa que lograron al disparar ambos sus armas contra dicho guardián del orden. Por lo tanto el quejoso debe ser sancionado en orden a su *participación en el delito*, o sea, por haber prestado apoyo en los planos psíquico y físico a la acción criminal de su coacusado, aunque las balas de su pistola no hayan sido las que privaron de la vida al ofendido, sino las de su aludido coacusado.

TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA PENAL DEL TERCER CIRCUITO.

Amparo en revisión 153/87. Evodio González Ibarra. 15 de abril de 1988. Unanimidad de votos. Ponente: J. Guadalupe Torres Morales. Secretario: Oscar Rogelio Valdivia Cárdenas.

HOMICIDIO, *COPARTICIPACIÓN* NO CONFIGURADA EN LA COMISIÓN DEL DELITO DE. De conformidad con la Tesis de Jurisprudencia 170, sustentada por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, visible en la página 374 del último Apéndice al Semanario Judicial de la Federación, es presupuesto de la *coparticipación delictiva* que los diversos sujetos actúen con cooperación consciente y querida, a virtud del acuerdo recíproco surgido antes de dar comienzo a la ejecución del hecho delictuoso o durante la misma ejecución. Ahora bien, si queda demostrado que en el momento en que se desarrollaba la contienda entre dos sujetos, el inculpado que casualmente se percató de la misma, intervino derribando y asestando golpes a uno de los rijosos con el propósito de evitar que éste siguiera golpeando al otro, circunstancia que aprovechó el último para extraer de su bolsillo el arma con la que produjo la herida mortal, no puede estimarse al que intervino como partícipe en la comisión del homicidio, por estar ausente la voluntad conjunta encaminada a la consecución del delito.

SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO DEL CUARTO CIRCUITO.

Amparo directo 67/89. Javier Falcón Vázquez. 17 de marzo de 1989. Unanimidad de votos. Ponente: Felipe García Cárdenas. Secretaria: María Mercedes Magaña Valencia.

HOMICIDIO, PENALIDAD DEL, EN CASO DE *PLURALIDAD DE SUJETOS ACTIVOS*. (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE OAXACA). Si de las constancias de autos se desprende que en el homicidio participaron además de los quejosos otras personas, sin que exista prueba que demuestre que los peticionarios del amparo fueron los únicos autores materiales o intelectuales del homicidio o que hubo acuerdo previo para cometerlo, sino que por el contrario, que en unión de otros participaron en su perpetración sin que mediara convenio alguno, además de que no consta quién de los participantes infirió las lesiones mortales, el caso en cuestión encaja en el artículo 292, fracción I del Código Penal del Estado y no en el previsto en el 291 del mismo código.

TRIBUNAL COLEGIADO DEL DÉCIMO TERCER CIRCUITO.

Amparo directo 292/88. Eduardo Matías Luis y otro. 27 de octubre de 1988. Unanimidad de votos. Ponente: Robustiano Ruiz Martínez. Secretaria: Martha Llamile Ortiz Brena.

PARTICIPACIÓN DELICTUOSA. En rigor técnico, cualquier grado de participación se constituye sobre la base de un acuerdo previo entre los sujetos que participan en el delito para llevar a cabo su ejecución y consumación, estableciéndose entre ellos no una mera relación material, sino psíquica, que es, precisamente, la que funda la aplicación de las penas. No basta pues, que en el hecho se haya participado en orden puramente causal por

cuanto se haya constituido una condición del resultado, sino que es indispensable, además, para hablar con propiedad de codelincuencia, participación o concurso de agentes en el delito, que exista un querer común consciente. Por ello, tradicionalmente se han establecido como grados en la participación delictuosa: a) *la autoría, que puede ser intelectual o material, y b) la complicidad*. La primera incluye a los autores intelectuales (los que inducen o compelen a cometer el delito) y a los materiales (los que realizan materialmente la acción u omisión comisiva descrita en el tipo legal), quedando comprendidos dentro de los intelectuales, los autores mediatos, que realizan el hecho delictuoso por conducto de otro que, por encontrarse en estado de error o ser inimputable, no puede responder del delito y que actúan, en tal virtud, como simples instrumentos. La segunda forma o grado de participación incluye a todos aquellos que de cualquier modo auxilian o cooperen con los autores, tanto en el plano intelectual como material, a la preparación o ejecución del delito. En los dos anteriores grados se ha venido incluyendo, en algunos códigos, el encubrimiento, a pesar de que recibe tratamiento especial como delito autónomo al ser tipificado en el libro segundo del Código Penal, referente a los delitos en particular.

Amparo directo 3659/59. Francisco Moreno Morales. 2 de febrero de 1960. Unanimidad de cuatro votos. Ponente: Juan José González Bustamante.

PARTICIPACIÓN DELICTUOSA. La participación delictuosa, o concurso de agentes en el delito, presupone un acuerdo entre los que participan en la realización de la acción típica, de tal manera que existe ente ellos no sólo el lazo psíquico de una común intención sino además el carácter condicional que en la relación causal se requiere para la producción del resultado. Por eso responden no sólo *los autores (intelectuales y materiales) y coautores en el sentido propio por realizar la acción, sino además los cómplices y encubridores (forma ésta de participación también recogida en los códigos mexicanos)*, puesto que la suma de sus actividades, conscientemente dirigidas a un fin, han producido, el resultado, aun cuando los primeros ejecuten la acción fundamental y los segundos la accesoria. Con carácter excepcional los códigos recogen, con referencia a los delitos de lesiones y homicidio, una regla especial de punición para aquellos casos en que se ignore quién o quienes infirieron la lesión, pero su operancia supone la imposibilidad de determinar el previo acuerdo en la actividad delictuosa, ya que de lo contrario operarían las reglas generales de la participación.

Amparo directo 7122/58. Adrián y José Ibarra Dosal. 19 de octubre de 1959. Unanimidad de cinco votos. Ponente: Luis Chico Goerne. Secretario: Francisco H. Pavón Vasconcelos.

PARTICIPACIÓN DELICTUOSA. El *concurso eventual de agentes* en el delito requiere no sólo de la participación material en la acción típica, bien realizando la propia acción en unión de otras personas o auxiliando en alguna forma a su realización, sino además la existencia de un propósito común consciente ejecutado en forma voluntaria, con el cual se liga el acto de partícipe, cualquiera que sea su calidad, con el del autor material.

Séptima Época:

Amparo directo 3659/59. Francisco Moreno Morales. 2 de febrero de 1960. Unanimidad de cuatro votos.

Amparo directo 846/60. Faustino García Eguía y coags. 1o. de julio de 1960. Unanimidad de cuatro votos.

Amparo directo 3961/69. Trinidad Serna Hernández. 9 de febrero de 1970. Cinco votos.

Amparo directo 1456/80. Alfredo José Luis Oaxaca Rodríguez. 7 de agosto de 1980. Unanimidad de cuatro votos.

Amparo directo 1457/80. Víctor Manuel Martínez Gutiérrez. 7 de agosto de 1980. Unanimidad de cuatro votos.

PARTICIPACIÓN DELICTUOSA ENTRE CÓNYUGES O CONCUBINOS, INEXISTENCIA DE LA (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE HIDALGO). La fracción V del artículo 12 del Código Penal del Estado de Hidalgo, establece como *forma de participación* la que gran parte de la

doctrina considera como complicidad negativa, que se da cuando el sujeto está específicamente en el deber jurídico de actuar y contraviniendo tal deber hace posible la comisión del delito, aportando culpablemente una condición para la producción de la lesión jurídica que la ley ha erigido en tipo; como ocurre en el caso del guardián de un banco que ante el conocimiento de que se va a producir en el mismo un robo, nada hace por impedirlo, teniendo el deber específico de hacerlo, pues su obligación precisamente es la de salvaguardar los bienes materiales de la institución; de tal manera que su conducta omisiva se convierte en un auxilio o cooperación para la realización del evento, pues los agentes actúan con facilidades ante la omisión de aquél. Sin embargo, en el caso en que las quejas tuvieran conocimiento de que sus cónyuges o concubinos pretendían cometer un delito, no resultan partícipes en su comisión por no evitarlo, pues no puede considerarse en estricto sentido que las mujeres de los agentes estuvieran colocadas específicamente en el deber jurídico de impedir la realización de un hecho antisocial, que supieran que cometerían sus consortes, amén de que la conducta omisiva de las mismas, no constituye un auxilio que haya facilitado la comisión del delito, pues el silencio de las inculpadas no contribuyó a la realización del hecho, como en cambio sí sucede en el ejemplo del guardián del banco, en el que la conducta abstinentes del mismo, concurre a la ejecución del hecho antijurídico, sin olvidar que toda participación lleva implícita una contribución del delito, por lo que la pasividad de las quejas no les es reprochable a título de partícipes del delito de homicidio cometido por sus cónyuges o concubinos.

PRIMER TRIBUNAL COLEGIADO DEL SEGUNDO CIRCUITO.

Amparo en revisión 101/88. María Mercedes Álvarez García y otra. 17 de marzo de 1988. Unanimidad de votos. Ponente: Víctor Ceja Villaseñor. Secretario: José Luis Flores González.

SALUD, DELITO CONTRA LA PARTICIPACIÓN EN LA POSESIÓN. Así como se reconoce que el hombre con su conducta, puede vulnerar varias normas, dando origen al concurso de delitos, igualmente se acepta que varios hombres, con sus actividades, pueden infringir una sola norma: en el primer caso, hay pluralidad de delitos; en el segundo, unidad en el delito con *concurso de sujetos*. Hecha tal distinción, debe separarse el concurso necesario, en virtud de que la exigencia el tipo precisa la participación de varias personas, sin cuyo presupuesto el delito no existe, del llamado *concurso eventual*, en donde sin existir la exigencia aludida, la intervención de varios sujetos hace nacer el concurso en el delito, al cual se le denomina “eventual” o *participación propia*. Normalmente se identifica a la participación con el problema de la causalidad, pues la intervención de varios sujetos, sea directa o indirecta, en la producción del delito, colocan su particular actuar en el rango de condiciones que, en conjunto, producen el resultado típico. El contenido del artículo 13 del Código Penal Federal, nos lleva a considerar que en él la participación no encuentra fundamento en la teoría estricta de la causalidad, pues es evidente que la estimación delictiva del hecho no depende de la especial culpabilidad del autor material, sino de la apreciación culpable tanto de esa particular conducta como de las convergentes a la producción del delito, contribución que será punible cuando exista, en quien la produce, conciencia de la ilicitud del acto ejecutado, respecto al hecho único que en cooperación realiza, y voluntad en su ejecución. En la especie, fue ilegal que se considerara al quejoso partícipe en la posesión de heroína, pues si bien es cierto tuvo conciencia de que cooperaba con su coacusado al presentarlo con otros sujetos, para que aquél les transfiriera a éstos la droga recogida, sin embargo, su conducta no puede estimarse como un auxilio en la posesión del estupefaciente porque no la tuvo dentro del radio de acción de su disponibilidad, ni realizó una conducta tendiente a favorecer la posesión por parte de su

coacusado y, en todo caso, su proceder ilícito constituiría una colaboración para la transferencia de la heroína o auxilio para su venta, modalidad por la cual no fue acusado ni condenado.

Amparo directo 833/86. David Francisco Lugo López. 25 de mayo de 1986. 5 votos. Ponente: Francisco Pavón Vasconcelos.

1.1.1.1.3. Doctrina jurídico penal. En la *doc jur pen* mexicana también se utilizan diversas denominaciones; entre otras: «participación»³⁶, «codelincuencia»³⁷, «autoría y participación»³⁸, «concurrencia de

³⁶ Raúl CARRANCÁ y TRUJILLO/Raúl CARRANCÁ y RIVAS, *Derecho penal...*, p. 673: (...) Poco fino es el criterio que no diferencia entre las formas de participación en el delito. Fernando CASTELLANOS TENA, *Lineamientos...*, p. 293: (...) En la mayoría de los casos, el delito es el resultado de la actividad de un individuo; sin embargo, en la práctica dos o más hombres conjuntamente realizan un mismo delito; es entonces cuando se habla de la *participación*. Celestino PORTE PETIT CANDAUDAP, *Programa...*, p. 857: [aún y cuando el apartado lo llama <participación> dice]: (...) pero nosotros consideramos que resulta difícil encontrar un término genérico que englobe a la *autoría y participación*. [Y en la página 860 utiliza las expresiones <participación eventual o contingente>]. Francisco GONZÁLEZ DE LA VEGA, *El Código...*, pp. 25 y 26: Dentro del actual art. 13, no ofrecen mayores problemas aquellas formas de participación manifestadas antes de la perpetración consumativa del delito (acción de inducir o cumplir), o en el momento de la ejecución (auxilio o cooperación de cualquier especie para las mismas), o los que, en casos previstos por la ley, auxilian a los delincuentes una vez que éstos efectuaron su acción delictuosa, ello salvo el caso de delito de encubrimiento previsto en el art. 400. Ignacio VILLALOBOS, *Derecho penal...*, p. 477: La participación, pues, en el sentido técnico que ha desarrollado la teoría, se refiere a la cooperación eventual de varias personas en la comisión de un delito que podría ser consumado sin la intervención de todos aquellos a quienes se considera partícipes. César Augusto OSORIO y NIETO, *Síntesis de derecho penal, parte general*, 1996, p. 83: La mayoría de los delitos requieren para su ejecución la conducta de un solo individuo; por excepción, como en el caso del adulterio, se hace necesario una conducta plural, ahora bien, cuando sin requerirlo el tipo intervienen varios individuos, cooperan en la realización de un ilícito penal, se presenta la participación. José Arturo GONZÁLEZ QUINTANILLA, *Derecho penal...*, pp. 473 y 474: Nuestro punto de vista, ante la realidad de que el delito puede ser cometido con la intervención de varios sujetos en calidad de activos, al suscitarse el evento en tales características, estamos en presencia de la institución penal que se conoce bajo el nombre de participación. Irma Griselda AMUCHATEGUI REQUENA, *Derecho penal*, p. 107: **Noción de participación** . La participación es la intervención de dos o más sujetos en la ejecución de un delito, sin que lo exija la norma; por ejemplo, homicidio o robo cometido por dos o más sujetos activos.

³⁷ Fernando ARILLA BAS, *Derecho penal, parte general*, 2001, pp. 310 y 311: 268.- PLURALIDAD DE SUJETOS ACTIVOS DEL DELITO.- El delito no siempre es obra de un solo sujeto. La pluralidad de sujetos del delito reviste tres formas: a) La coautoría contingente, que se da cuando dos o más sujetos realizan una conducta típica susceptible de ser realizada por uno solo (matar, robar), b) La coautoría necesaria, que se vierte cuando varios sujetos realizan una conducta típica, que solamente puede ser realizada por el número de sujetos mencionados en la descripción típica (asociación delictuosa, incesto, adulterio), y c) La participación, que existe cuando uno o varios sujetos, que no realizan la conducta típica coadyuvan a ella. Las tres formas de pluralidad integran un género común: la codelincuencia. Miguel Angel CORTÉS IBARRA, *Derecho penal...*, p. 293: Es frecuente que en el hecho delictivo cooperen en su comisión dos o más sujetos; es aquí donde surge el instituto de la participación o codelincuencia. Luis MUÑOZ, *Comentarios...*, p. 270: Es indispensable distinguir la codelincuencia de la cooperación necesaria que el tipo legal exige para que la acción se repunte criminal.

³⁸ Carlos A. MADRAZO, *La reforma...*, p. 221: Al hablar en este capítulo de “autoría y participación”, estamos adoptando la nomenclatura más aceptada actualmente en la doctrina penal. Gustavo MALO CAMACHO, *Derecho penal...*, p. 487: Bajo la denominación general de “personas relacionadas con la comisión de un delito” o “concurso de personas en la comisión de un delito” o de “autoría y participación”, el derecho penal

delincuentes»³⁹, «coparticipación»⁴⁰, «concurso de personas»⁴¹, «concurso eventual o participación delictuosa»⁴², «concurso de personas en el delito»⁴³, «unidad y pluralidad de sujetos en el delito»⁴⁴, «participación criminal»⁴⁵, «formas típicas de participación o intervención en el delito»⁴⁶. Además de estas denominaciones se usan las de «pluralidad de agentes en el delito», «participación delictiva», «personas relacionadas con la comisión de un delito», «concurso de personas en la comisión de un delito», «concurso eventual», «concurso de delincuentes». La utilización de estas expresiones puede verse en la denominación del apartado del libro en el que el autor desarrolla este tema.

procura hacer referencia al problema derivado de la intervención de diversas personas en la comisión de uno o varios delitos, estableciendo las características de la responsabilidad que a cada uno corresponde y la punibilidad que por ello les deriva. Sergio GARCÍA RAMÍREZ, *Derecho penal...*, p. 73: Ahora se hará referencia al delincuente: la persona física que interviene en el delito, bajo las categorías de la autoría y participación delictuosa; el agente, sujeto activo, infractor, inculpado en términos del derecho procesal. Raúl Plascencia Villanueva. Octavio Alberto Orellana Wiarco. Carlos Juan Manuel Daza Gómez.

³⁹ José Moisés VERGARA TEJADA, *Derecho penal...*, p. 429: Ya para entrar al estudio concreto de la concurrencia de delincuentes, debemos anticipar que la doctrina, y en general la jurisprudencia, sostienen que los integrantes del concurso suelen clasificarse en *autores y partícipes*.

⁴⁰ Eduardo LÓPEZ BETANCOURT, *Introducción...*, p. 185: En las formas de intervención de los sujetos en la realización de un delito, hay diferentes acepciones, como participación, coparticipación, codelincuencia, entre otras.

⁴¹ Eduardo LÓPEZ BETANCOURT, *Teoría...*, p. 37: A este tema de la participación de más de una persona se le ha llamado concurso de personas.

⁴² Francisco PAVÓN VASCONCELOS, *Derecho penal...*, p. 528: (...) Por el contrario, si en el homicidio intervienen varias personas, tanto en su preparación como en su ejecución, tocando a cada una de ellas diversa actividad dentro de la unidad del propósito concebido, el conjunto de sus conductas, *convergentes* a la producción del resultado, da origen al *concurso eventual o participación delictuosa*.

⁴³ Ricardo FRANCO GUZMÁN, «El concurso de personas en el delito», p. 401: Como fenómeno jurídico, el delito puede realizarse por uno o más sujetos, surgiendo de este modo la institución denominada concurso de personas en el delito. [*Por su formación en Italia utiliza la denominación del Cp italiano*].

⁴⁴ Luis FERNÁNDEZ DOBLADO, «La participación...», p. 311: (...) Nos parece más adecuada la denominación de unidad y pluralidad de sujetos en el delito por comprender tanto las formas singulares como múltiples de intervenir las personas en el ilícito penal.

⁴⁵ Roberto REYNOSO DÁVILA, *Teoría...*, p. 317: En los casos de participación criminal, se ha planteado el problema respecto a sí todos los partícipes se les debe responsabilizar del delito en el que intervinieron o sí a cada partícipe se le debe responsabilizar de un delito distinto según haya sido su forma de participación.

⁴⁶ Antonio BERCHELMANN ARIZPE, *Derecho penal mexicano, parte general*, 2004, p. 717: Esas otras conductas aportan condiciones objetivas y subjetivas que concurren para ejecutar la conducta que concreta la figura típica de un delito. Motivo por el cual, a las personas que las realicen se les estima «autores» y «partícipes» en la comisión del delito que se llevó a cabo con o por su intervención. Las fórmulas que arbitra la ley penal como formas típicas de participación o intervención en el delito son las siguientes.

1.1.1.2. *Nuestra opinión.* Consideramos que con una postura diferenciadora entre autor y partícipe la denominación *autoría* y *participación* es la más expresiva y con la que mejor se describe la idea de diferenciar de entre todos los que intervienen en la realización de un delito, a los sujetos activos que desarrollan el rol principal de aquellos que tienen un rol secundario, cuando en el *Cp* exista la regulación para la fundamentación de un concepto diferenciador de autor y del principio de accesoriedad. Las demás denominaciones que se han usado o se utilizan se relacionan mejor con el reconocimiento de un *concepto unitario de autor*.

1.1.2. *Concepto*

Que el legislador no debe dar conceptos lo dijo don *Joaquín Francisco PACHECO* y *GUTIÉRREZ CALDERÓN*:

4. Los códigos modernos, más completos siempre que los antiguos en todo lo científico y fundamental, han querido de ordinario definir el delito, y las concordancias o variantes del delito –el crimen, la falta, la contravención, la grave infracción de policía–, la serie entera de las acciones punibles, como cada cual las ha distribuido y llamado. Mas al proponerse esta obra, han considerado generalmente, y han tenido razón en considerarlo así, *que las leyes no son libros de doctrina*, sino reglas de práctica, y que toda definición, peligrosa por lo común en ellas, debía limitarse al aspecto práctico y externo, o sea, a la reseña de las circunstancias evidentes y tangibles, que en la esfera legal distinguen y caracterizan lo que trata de explicarse⁴⁷.

⁴⁷ *El código penal. Concordado y comentado*, Madrid, 2000, p. 99. [Sin cursivas en el texto original. Esta idea de PACHECO no fue observada por los redactores del *Cp Tipo para Iberoamérica*, según lo dice] Manuel de RIVACOBA y RIVACOBA, <<Pensamiento penal y criminológico del Código Penal Tipo para Iberoamérica>>, 1987, pp. 723 y 724: Antes, empero, de detenernos con algún cuidado en la verificación y el análisis de influencias concretas, señalemos que lo primero que llama la atención en quien, desconociéndolo previamente, emprende su lectura y va avanzando en su articulado, es el desmedido prurito teórico de definir conceptos y dividir y ordenar las materias, como si, en lugar de componer un ordenamiento de normas de conducta, se estuviese estructurando un sistema científico. “A las veces parece compuesto al dictado de un manual de la asignatura, y se diría que con él quedan resueltas vacilaciones y disputas y clausurada toda inquietud creadora en el Derecho penal”. Este prurito todavía se agrava en los códigos y proyectos que lo toman por base. Los textos “que se basan en el Código penal tipo utilizan un lenguaje demasiado técnico y tienen una tendencia a clasificar y definir las diversas cuestiones a que se hace referencia en la teoría del delito. En tal sentido más se asemejan a un tratado de Derecho penal que a un código. Ejemplo de ello es

La opinión de este autor es observada por el legislador que la conoce, por lo cual, los conceptos son dados por la *doc jur pen*. En la *doc jur pen comparada* dicen en qué consiste la *autoría y participación*, entre otros: *Enrique BACIGALUPO ZAPATER* (1998, p. 353): La teoría de la autoría y participación tiene la finalidad de diferenciar en el nivel de la tipicidad diversas formas de participación de más de una persona en un hecho punible. Estas formas determinan, o pueden determinar, también diversas consecuencias jurídicas, dado que algunas son más punibles que otras. Es obvio que esta teoría presupone la necesidad dogmática de tal distinción y, por lo tanto, depende, en principio, de la configuración del derecho positivo. Si el derecho positivo unifica todas las formas de participación la delimitación de partícipes principales y partícipes secundarios, es decir entre autores y simples partícipes (inductores y cómplices), será prescindible. *Juan BUSTOS RAMÍREZ* (p. 325): La participación se puede entender en sentido amplio o específico, desde un punto de vista amplio comprende a todos los intervinientes en un hecho delictivo, luego también a los autores; desde una perspectiva específica sólo son partícipes aquellos que no son autores, es decir, cuya actividad está en una relación de dependencia con la del autor, que sería, la principal y la del partícipe la accesoria. *Juan J. BUSTOS RAMÍREZ/Hernán HORMAZABAL MALAREE* (pp. 286 y 287): En términos generales, la teoría de la participación en los supuestos de la concurrencia de varios intervinientes en la realización del hecho punible tiene por objeto, en primer lugar, dar fundamentos razonables, ya sea para afirmar el castigo de todos los partícipes por igual (concepto unitario de autor), o distinguir entre los diversos intervinientes a efectos de dar una respuesta proporcionada de acuerdo con la magnitud de su intervención bien sea porque así se decidió político – criminalmente en la ley (teorías extensivas) o porque autores y partícipes son dogmáticamente diferentes (teorías restrictivas). Pues bien, si la teoría de la participación se cierra con el concepto unitario de autor o prácticamente se cierra con las teorías extensivas, en cambio con las restrictivas se abre, en la medida en que hay que distinguir entre los diferentes partícipes. Ahora y a partir de ahí la teoría de la participación tiene por tarea poner a disposición del intérprete los criterios que segura y racionalmente le permitirán distinguir en un caso concreto entre las diferentes formas de autoría entre sí de las diferentes formas de participación y, también, éstas entre sí. *Silvio RANIERI* (p. 82): *Se tiene concurso de varias personas en un delito cuando un hecho*, conforme al modelo legal de un delito, es realizado con la cooperación de varios sujetos activos, pero cuya pluralidad no es elemento necesario para la noción abstracta de dicho delito. *Francesco ANTOLISEI* (p. 388): (...) Frente a esos casos [se refiere a los delitos plurisubjetivos] está la gran mayoría de los delitos, que – en abstracto – pueden ser realizados indiferentemente por un solo individuo o por varios individuos asociados. Piénsese en el homicidio, el robo, el incendio. En la primera hipótesis se da la especie de concurso que comúnmente se califica de “necesario”; en la segunda el denominado concurso “eventual”, calificado también de “contingente”. *Jorge FRÍAS CABALLERO/Diego CODINO/Rodrigo CODINO* (p. 429): 1) *Concepto. Diferencia con la pluralidad típicamente necesaria.*- Por lo general, el delito es obra de una sola persona. Esto es lo que resulta en casi todas las figuras “independientes” de la Parte Especial del Código (“el que...” mata, hurta, defrauda, etc.). Sin embargo, frecuentemente el hecho se realiza con la colaboración de varias personas que actúan junto al autor o autores en calidad de partícipes, dando así lugar a la figura del “concurso de delincuentes” (o “participación criminal”, como la llama el Código argentino).

1.1.2.1. Situación en México

1.1.2.1.1. Legislación. La idea expuesta por *PACHECO GUTIÉRREZ* y *CALDERÓN*, y aceptada hoy, explica la no existencia de un concepto de *autoría y participación* en los *Cps mexicanos* y sí, sólo, la utilización de términos o expresiones que permitan al intérprete saber que el contenido de esas regulaciones hacen referencia a esta figura jurídica, entre otros: «autoría y participación», «personas responsables de los delitos», «responsables de los

introducir definiciones sobre lo que es dolo y culpa, y, al mismo tiempo, integrar dentro de ellas el problema del dolo eventual y de la culpa consciente”.

delitos», «intervención típica», «participación en el delito», «autores o partícipes», «responsabilidad penal» (véase apartado 1.1.1.1. anterior).

1.1.2.1.2. Jurisprudencia. De los criterios que se encontraron, en términos similares se refieren a cómo debe ser entendida la *autoría y participación*, entre otros:

COPARTICIPACIÓN. REQUISITOS QUE SON NECESARIOS PARA FIJAR LA. Si bien es cierto que *la coparticipación, es el fenómeno jurídico que se presenta cuando varios delincuentes concurren a la comisión de un mismo delito, cuyos actos externos cooperan a los fines del propósito criminal que los inspira*, también lo es, que para fijarla, precisa encontrar no el lazo de unión entre los diversos delincuentes en la actividad externa que los une, sino en el propósito y en el consentimiento de cada uno de ellos para la comisión del delito.

TRIBUNAL COLEGIADO DEL VIGÉSIMO CIRCUITO.

Amparo directo 544/94. Elizabeth Salas de León. 8 de septiembre de 1994. Unanimidad de votos. Ponente: Angel Suárez Torres. Secretario: Ramiro Joel Ramírez Sánchez.

Véase: Semanario Judicial de la Federación, Sexta Época, Volumen XCIV, segunda parte, p. 16.

COPARTICIPACIÓN. ES INEXACTO QUE PUEDA EXISTIR CUERPO DEL DELITO DE. (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE CHIAPAS). Es inexacto que pueda existir cuerpo del delito de coparticipación, supuesto que, en primer lugar, el catálogo de actos u omisiones que sanciona el Código Penal para el Estado de Chiapas, no contempla la coparticipación como delito, y en segundo, que el artículo 11, del mismo ordenamiento es preciso al establecer la coparticipación como un grado de la responsabilidad en la comisión de un delito. Por tanto, es inconcuso que *la coparticipación, como fenómeno jurídico que se actualiza cuando varios individuos voluntaria y conscientemente concurren a la comisión de un mismo hecho delictuoso*, no puede ser constitutiva de cuerpo del delito sino un grado de responsabilidad en la empresa delictuosa.

TRIBUNAL COLEGIADO DEL VIGÉSIMO CIRCUITO.

Amparo en revisión 82/94. Jesús Villanueva Cruz. 17 de marzo de 1994. Unanimidad de votos. Ponente: Angel Suárez Torres. Secretario: Ramiro Joel Ramírez Sánchez.

COPARTICIPACIÓN, ELEMENTOS QUE SE REQUIEREN PARA QUE SE ACTUALICE LA. (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE CHIAPAS). *La coparticipación es un fenómeno jurídico que se presenta cuando varios delincuentes concurren a la comisión de un mismo delito, cuyos actos externos cooperan a los fines del propósito criminal que los inspira*; por tanto, para poder fijarla, precisa encontrar no el lazo de unión entre los diversos delincuentes en la actividad externa que los une, sino en el propósito y en el consentimiento de cada uno de ellos para la comisión del delito. De ahí que si de las constancias de autos no aparece que el inculpado haya concertado algún acuerdo con diversas personas para cometer el ilícito, es evidente que no puede atribuírsele ni siquiera de manera presuntiva responsabilidad penal en la comisión del delito, al no surtirse los presupuestos del artículo 11 del Código Penal del Estado.

TRIBUNAL COLEGIADO DEL VIGÉSIMO CIRCUITO.

Amparo en revisión 378/95. Margarita Pérez de Hernández. 5 de octubre de 1995. Unanimidad de votos. Ponente: Angel Suárez Torres. Secretario: Ramiro Joel Ramírez Sánchez.

1.1.2.1.3. Doctrina jurídico penal. De los trabajos de los autores mexicanos en los que se hace referencia a un *concepto de autoría y participación* se encuentran los siguientes:

Moisés MORENO HERNÁNDEZ (p. 2333): PARTICIPACIÓN CRIMINAL I. La participación criminal es una expresión de carácter eminentemente penal, que se plantea cuando hay pluralidad de sujetos activos, cuyas acciones interfieren de alguna manera las acciones de los otros ante un resultado prohibido por la norma, y en la que se pueden encontrar los que ayudan, cooperan, determinan, etc.; hay convergencia de las acciones de cada uno de ellos en torno a la producción de un resultado relevante para el derecho penal. *Raúl CARRANCA Y TRUJILLO/Raúl CARRANCA Y RIVAS* (p. 673): A veces el delito no es la obra de una sola persona; varias suman sus fuerzas para realizarlo participando en él. La actividad delincuente se sirve a veces de los mismos medios que la actividad honesta, y por ello a veces la codelincuencia se asemeja a una empresa industrial (Manzini). De aquí los problemas de la participación, tanto más importantes cuanto que los más graves delitos se cometen con pluralidad de sujetos activos, esto es, en *societas sceleris*, y tal es la tendencia de la criminalidad en la vida moderna. Todos los partícipes de un delito son responsables. Pero ¿lo son en igual medida? Poco fino es el criterio que no diferencia entre las formas de participación en el delito. *Fernando CASTELLANOS TENA* (p. 293): (...) En la mayoría de los casos, el delito es el resultado de la actividad de un individuo; sin embargo, en la práctica dos o más hombres conjuntamente realizan un mismo delito; es entonces cuando se habla de la *participación*. Consiste en *la voluntaria cooperación de varios individuos en la realización de un delito, sin que el tipo requiera esa pluralidad*. *Celestino PORTE PETIT CANDAUDAP* (1990, pp. 859 y 860): Cuando se comete un delito, puede realizarse únicamente por un sujeto o pueden intervenir en el mismo varias personas; entonces estamos frente a la participación, exceptuando la participación necesaria, como en el caso de homicidio o lesiones en riña (artículo 314), asociación delictuosa (artículo 164) o duelo (artículo 297), en los que, no obstante la concurrencia de varias personas, no existe la participación, ya que es el tipo correspondiente el que exige la concurrencia de tales sujetos. En estos casos estamos lisa y llanamente frente a los delitos plurisubjetivos. *Ignacio VILLALOBOS* (p. 477): La participación, pues, en el sentido técnico que ha desarrollado la teoría, se refiere a la cooperación eventual de varias personas en la comisión de un delito que podría ser consumado sin la intervención de todos aquellos a quienes se considera partícipes. *Luis FERNÁNDEZ DOBLADO* (pp. 311 y 312): En términos generales se puede decir que no siendo el delito producto siempre de la actividad de un solo hombre, pues toda infracción punible es susceptible de admitir en su integración el concurso de varios sujetos, se hace necesario distinguir y valorar debida y ordenadamente las diversas formas de participar en ella por parte de estos; de fijar la naturaleza jurídica de dicha forma de aparición del ente punible y de señalar los requisitos y principios comunes a todas esas formas de plural intervención. [Y en la p. 313, señala:] IV.- En relación con lo que hemos señalado, se tiene concurso o pluralidad de personas en un delito cuando una acción o hecho tipificado como delito se realiza con la concurrencia de varios sujetos activos, sin que la misma constituya un elemento necesario para la construcción de la figura criminosa. *Luis MUÑOZ* (p. 270): (...) En la codelincuencia intervienen varias personas en la perpetración del delito, pero tal cooperación o intervención plúrima no es requisito exigido por el tipo legal. Y es que los delitos pueden cometerlos [*sic; ¿cometerlos?*] una sola persona, pero también, en ocasiones, el hecho criminal se realiza por varias. *Ricardo FRANCO GUZMÁN* (p. 401): Como fenómeno jurídico, el delito puede realizarse por uno o más sujetos, surgiendo de este modo la institución denominada concurso de personas en el delito; (p. 402): La forma de concurso eventual es aquella en la que para producir el delito pueden concurrir una o más personas, que es el caso de la gran mayoría de los delitos. La falsificación de documentos puede ser obra de una persona o de varias. Fundamentalmente, por lo tanto, los mayores problemas se presentan con relación al concurso eventual, al que en forma preponderante nos referiremos. *Fernando ARILLA BAS* (pp. 310 y 311): 268.- PLURALIDAD DE SUJETOS ACTIVOS DEL DELITO.- El delito no siempre es obra de un solo sujeto. La pluralidad de sujetos del delito reviste tres formas: a) La coautoría contingente, que se da cuando dos o más sujetos realizan una conducta típica susceptible de ser realizada por uno solo (matar, robar), b) La coautoría necesaria, que se vierte cuando varios sujetos realizan una conducta típica, que solamente puede ser realizada por el número de sujetos mencionados en la descripción típica (asociación delictuosa, incesto, adulterio), y c) La participación, que existe cuando uno o varios sujetos, que no realizan la conducta típica coadyuvan a ella. Las tres formas de pluralidad integran un género común: la codelincuencia. *Miguel Angel CORTÉS IBARRA* (p. 293): 1. NOCIÓN DE PARTICIPACIÓN.- Es frecuente que en el hecho delictivo cooperen en su comisión dos o más sujetos; es aquí donde surge el instituto de la participación o codelincuencia. Se presenta ésta, cuando una pluralidad de sujetos intervienen voluntariamente en la realización del delito. *César Augusto OSORIO Y NIETO* (p. 83): a)

Concepto de participación. La mayoría de los delitos requieren para su ejecución la conducta de un solo individuo; por excepción, como en el caso del adulterio, se hace necesaria una conducta plural, ahora bien, cuando sin requerirlo el tipo intervienen varios individuos, cooperan en la realización de un ilícito penal, se presenta la participación. *Gustavo MALO CAMACHO* (p. 487): Bajo la denominación general de "personas relacionadas con la comisión de un delito" o "concurso de personas en la comisión de un delito" o de "autoría y participación", el derecho penal procura hacer referencia al problema derivado de la intervención de diversas personas en la comisión de uno o varios delitos, estableciendo las características de la responsabilidad que a cada uno corresponde y la punibilidad que por ello les deriva. *Irma Griselda AMUCHATEGUI REQUENA* (p. 107): **Noción de participación.** La participación es la intervención de dos o más sujetos en la ejecución de un delito, sin que lo exija la norma; por ejemplo, homicidio o robo cometido por dos o más sujetos activos. *Octavio Alberto ORELLANA WIARCO* (p. 379): En aquellos tipos en que no se exige pluralidad de sujetos activos, donde no es exigencia típica esa pluralidad o concurso necesario de sujetos activos, es donde aparecen las figuras de los coautores y partícipes, a los que nos vamos a referir más adelante. *Raúl PLASCENCIA VILLANUEVA* (p. 209): Ahora, resulta prudente abordar la problemática relativa a la forma de intervención en la concreción del tipo penal, que constituye uno de los elementos de éste. Al respecto es necesario distinguir entre los distintos modos o formas de ejecución del delito, es decir, los casos en los cuales se concreta a través de la persona de manera directa, o bien, distinguir los diversos sujetos que intervienen en su ejecución, para tal efecto analizaremos la autoría y la participación en rubros distintos, no obstante que algunos autores los consideran conceptos dignos de análisis de una misma materia. *Carlos Juan Manuel DAZA GÓMEZ* (1998, p. 355): La participación se puede entender en sentido amplio o específico. Desde el punto de vista amplio, comprende a todos los que intervienen en un hecho delictivo; luego también los autores, que no son autores, es decir, cuya actividad está en una relación de dependencia con la del autor, que sería la principal y la del partícipe la accesoria. Es decir, la punibilidad no sólo alcanza al autor, sino también a quienes le han prestado ayuda para la realización del delito (cómplices), y a los que han determinado la voluntad de los autores para que cometan el delito (instigadores); el autor, por otra parte, puede inclusive haber obrado acompañado de otros autores (los coautores). *José Arturo GONZÁLEZ QUINTANILLA* (pp. 473 y 474): Nuestro punto de vista, ante la realidad de que el delito puede ser cometido con la intervención de varios sujetos en calidad de activos, al suscitarse el evento en tales características, estamos en presencia de la institución penal que se conoce bajo el nombre de participación. *Rodolfo MONARQUE UREÑA* (p. 131): Dentro del tema de la participación criminal, se abordan los problemas que se suscitan para descifrar quiénes, entre los sujetos que intervienen en la realización del delito, poseen calidad de autores y quiénes el carácter de partícipes, anticipando que, es dominante, el criterio que considera a los autores merecedores de mayor punibilidad que los partícipes.

En la *doc jur pen mexicana*, además, existen quienes el concepto de autoría y participación lo hacen, pero, con referencia al *concurso eventual*: *Celestino PORTE PETIT CANDAUDAP* (1990, p. 860): Los delitos monosubjetivos o de sujeto único son aquellos en los que el tipo no requiere la presencia de dos o más sujetos o, en otros términos, el delito puede cometerse por un único sujeto, como las lesiones, homicidio, parricidio, infanticidio, violación, estupro, robo, abuso de confianza, fraude u otros más. De esta manera, la forma de indagar si un delito es monosubjetivo o plurisubjetivo es examinar la figura legal y determinar si exige o no la concurrencia de dos o más personas; es decir, hay concurso necesario cuando la naturaleza de la figura delictiva exige forzosamente la concurrencia de varios sujetos activos, y concurso eventual cuando una figura delictiva puede ser cometida por uno o más sujetos. *Francisco PAVÓN VASCONCELOS* (p. 528): 3. CONCEPTO. De lo expuesto se infiere que para la existencia de la participación o concurso eventual de sujetos se requiere: a) *Unidad* en el delito, y b) *Pluralidad* de personas. Sólo con esos elementos es posible, como afirma *CAVALLO*, elaborar el concepto de la participación criminal, siendo necesario para establecer la definición del concurso partir del concepto de *autor* del delito. *Francisco PAVÓN VASCONCELOS/Gilberto VARGAS LÓPEZ* (pp. 171 y 172): Hecha tal distinción, debe separarse el *concurso necesario*, (...) del llamado *concurso eventual* en donde, sin existir la exigencia aludida, la intervención de varios sujetos hace nacer el concurso en el delito, al cual se le denomina *eventual* o *participación propia*. (...) Por lo contrario, si en el homicidio intervienen varias personas, tanto en su preparación como en su ejecución tocando a cada una de ellas diversa actividad dentro de la unidad del propósito concebido, el conjunto de conductas, *convergentes* a la producción del resultado, da origen al *concurso eventual* o *participación delictuosa*. Infírese de lo anterior que para la existencia de la participación o concurso eventual de sujetos se requiere: a) *Unidad* en el delito, y b) *pluralidad* de personas. Sólo con tales elementos es posible, como lo precisa *Cavallo*, elaborar el concepto de la participación criminal, siendo necesario, para establecer la definición del concurso, partir del concepto de *autor* del delito. *Roberto REYNOSO DÁVILA* (p. 316): b) el eventual, que corresponde propiamente a la participación criminal, caso en el cual el delito podría cometerse por un solo sujeto; pero para mejor éxito del designio criminal, suman sus fuerzas dos o más sujetos.

Si bien la opinión dominante está orientada en la idea de englobar a los múltiples intervinientes en el delito en un concepto único (autoría y participación, concurso de personas, coparticipación, etcétera⁴⁸), ésta no es compartida por *Raúl PLASCENCIA VILLANUEVA*, quien dice:

Ahora, resulta prudente abordar la problemática relativa a la forma de intervención en la concreción del tipo penal, que constituye uno de los elementos de éste. Al respecto es necesario distinguir entre los distintos modos o formas de ejecución del delito, es decir, los casos en los cuales se concreta a través de la persona de manera directa, o bien, distinguir los diversos sujetos que intervienen en su ejecución, para tal efecto *analizaremos la autoría y la participación en rubros distintos, no obstante que algunos autores los consideran conceptos dignos de análisis de una misma materia.*

En principio, podemos afirmar que el concepto de autor no es algo tan simple como el que realiza el hecho, pues el ser humano es un ser social y en consecuencia cuando actúa en los más de los casos lo hace en colaboración con otros, tampoco se limita a la autoría individual de propia mano, sino que también alcanza a los siguientes casos: a) cuando una persona se vale de otra para cometer un delito (autoría mediata); b) cuando varias personas se ponen de acuerdo para cometer un delito y colaboran en su realización (coautoría), y c) cuando se induce a otra a cometer un delito (inductor).

Por otra parte, la teoría de la participación alude a los sujetos que se encuentran en una posición secundaria con respecto del autor, razón por la que éste realiza no el hecho principal, sino un tipo dependiente de aquél⁴⁹.

1.1.2.2. Nuestra opinión. Autoría y participación existe cuando en la realización del tipo penal que para su configuración la ley sólo exige un sujeto activo, han intervenido dos o más personas que, de inicio, pueden ser consideradas como autores y partícipes del delito. Creemos se requiere la existencia de partícipes, porque si éstos no existen jurídicamente, entonces, *la autoría y participación* tampoco existe.

⁴⁸ Véase apartado 1.1.1.1.3. anterior.

⁴⁹ *Teoría del delito*, p. 209. [*Sin cursivas en el texto original*]. Véase cómo con el supuesto del inciso c) del segundo párrafo la *inducción* es autoría y no participación, sin embargo, esta naturaleza de autoría no la mantiene pues al realizar el análisis de la participación allí desarrolla lo relacionado con la *inducción*, creándose opiniones ambivalentes.

Esto determina que los supuestos de *autor único*, de *autor mediato* y de los *coautores* cuando se presentan sin otras clases de intervinientes no son comprendidos como expresión de *autoría* y *participación* sino sólo de *autoría*.

1.1.3. Ubicación sistemática. La ubicación sistemática de una institución jurídica se refiere al lugar del sistema jurídico en el que debe ser tratada o estudiada⁵⁰, el cual depende de la respuesta a la interrogante sobre qué aspecto del derecho penal es el que se busca o trata de resolver. En la *teoría de la autoría y participación* se reconoce que la respuesta está referida a determinar el rol o el papel que desempeñó cada uno de los sujetos activos que intervinieron en la realización de uno o de varios delitos. Como lo realizado está referido a un delito, entonces, la ubicación sistemática de la *teoría de la autoría y participación* debe relacionarse, de inicio, con la estructura del concepto de delito. Esta ubicación ha tenido distintas opiniones.

1.1.3.1. Por fuera de la estructura del concepto de delito

1.1.3.1.1. Como forma especial de aparición del delito. Según esta opinión, la *teoría de la autoría y participación* no forma parte de la estructura del concepto de delito porque está pensada sólo para los supuestos del sujeto activo único, pues es así como el legislador ha decidido la redacción de los tipos penales de la parte especial del *Cp*. Como ejemplo, el artículo 133 del *Cp* Sinaloa:

Artículo 133.- Comete el delito de homicidio *el que* priva de la vida a otro.

⁵⁰ Para algunos autores este tema no tiene relevancia. Así opina Esteban Juan PÉREZ ALONSO, *La coautoría y la complicidad (necesaria) en derecho penal*, 1998, p. 24: (...) Para cualquier doctrina sobre la autoría lo importante es *quién* es el autor y no *dónde* está. Las teorías objetivo-formales determinan el quien por la realización de acciones ejecutivas o de acciones típicas (criterio formal principal), siendo de importante ayuda argumentativa su ubicación legal (criterio complementario). Por ello, lo decisivo para diferenciar ambas variantes y clasificar las opiniones será el criterio principal y no el complementario, siquiera sea porque podemos encontrar autores que realicen una combinación distinta a la mayoritaria de ambos criterios.

Esta redacción en singular es lenguaje usual del legislador, por lo que, la *forma común* de presentarse el delito es la del sujeto activo único y es a la que se refiere la estructura del concepto de delito. Cuando en la realización de un delito intervienen dos o más sujetos activos, entonces, este supuesto es una <<*forma aparente*>> o *especial* porque no se corresponde con el lenguaje del legislador, quedando, por tanto, por fuera de la estructura del concepto de delito. Este pensamiento fue iniciado por *Franz von LISZT*⁵¹:

II. Al lado de los CARACTERES ESENCIALES (necesarios DE LA IDEA, que deben encontrarse en todo delito, tenemos también que examinar atentamente las FORMAS APARENTES (Erscheinungsformen) circunstanciales) en que puede presentarse el delito en particular. Estas son:

1. Tentativa y consumación.
2. Acción principal (Täterschaft) y participación (Teilnahme).
3. Unidad y pluralidad de delitos⁵².

La ubicación de la teoría de la autoría y participación <<por fuera>> de la estructura del delito se debió a la concepción que se tenía sobre sus componentes. En esta época la separación entre elementos objetivos (acción y antijuridicidad) y subjetivos (culpabilidad) significó que la acción y la antijuridicidad se pensaran sólo en relación al hecho sin consideración del sujeto activo pues éste se vinculaba sólo en la culpabilidad⁵³. Por ello, en el caso concreto, una vez cumplidos los *elementos esenciales* (acción,

⁵¹ Luis JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado de derecho penal, t. VII, El delito y su exteriorización*, 1970, p. 205: Fue el Profesor von Liszt quien compuso uno de los libros mejor organizados. Tras estudiar el concepto del delito y sus características, expone en una sección enteramente separada, “las formas del delito”, comprendiendo en ella tres apartados en que se esclarecen los problemas de la “consumación y tentativa”; del autor y de la participación, y de la “unidad y pluralidad de delitos” (*Tratado*, tomo III, págs. 1 y sigs.).

⁵² *Tratado de derecho penal, t. II*, p. 264.

⁵³ Hans WELZEL, *Derecho...*, pp. 142 y 143: Esta importancia central de la teoría del autor tuvo que ser desconocida por la teoría del injusto referida al resultado. Puesto que para ella reside en la lesión externa de un bien jurídico, a la que el autor ciertamente da el impulso causal, pero sin contribuir a su contenido; esta teoría desarrolló el injusto en forma independiente del autor, igual como un hecho delictual que flota libremente, y la autoría se trataba con posterioridad dentro de la teoría de la participación, como una de las “formas de aparición del delito”.

antijuridicidad, culpabilidad y punibilidad) debía analizarse si el hecho había sido cometido con la participación de varios sujetos activos, lo que lo haría adquirir una *forma especial* y diferente a lo dicho en el tipo de la parte especial⁵⁴. Este planteamiento dado por *von LISZT* se convirtió en opinión que fue siendo plasmada en la *doc jur pen* y de la *jurispr.* De esta idea es la opinión de *Gonzalo RODRÍGUEZ MOURULLO, Manuel COBO DEL ROSAL/Tomás SALVADOR VIVES ANTÓN*, quienes respectivamente dicen:

Del concepto formulado se desprende la necesidad de no confundir sujeto activo y autor del delito. Cuando hablamos de sujeto activo nos referimos al sujeto de la acción, con independencia de que sea o no *responsable del delito*. En cambio, según el art. 12 del Cód. Penal español los *autores* son una de las categorías de los “responsables criminalmente de los delitos y faltas”. Un inimputable, por ejemplo, puede ser sujeto activo de un hecho típicamente antijurídico, pero no podrá ser nunca *autor* de un delito. El desconocimiento de esta distinción condujo a Quintano a considerar incorrectamente los problemas de autoría y participación en el marco de la teoría de la acción, siendo así que el concepto de autor, tal como lo configura nuestro Código, presupone la existencia plena de todas las características esenciales del delito, pues sólo la total presencia de ellas origina una responsabilidad criminal. [*Y en la cita número 7, agrega*]: (...) En estos casos el propio derecho positivo obliga a tratar las cuestiones de autoría y participación con posterioridad al análisis de la culpabilidad⁵⁵.

La sistemática adoptada en la presente obra coincide, en el punto decisivo de la identidad del injusto, con el esquema neoclásico: es más, al formular una concepción absolutamente unitaria del contenido de injusto de las distintas modalidades de comportamiento típico, en alguna medida lo lleva a sus últimas consecuencias. Por ello, básicamente se otorga a la Teoría de las

⁵⁴ Manuel COBO DEL ROSAL/Tomás Salvador VIVES ANTÓN, *Derecho penal, parte general*, 1999, p. 709: Por otro lado, en la actualidad se habla de “especiales formas de aparición del delito” en un sentido totalmente diverso del adoptado por la dogmática neoclásica. Para ésta, el injusto era, en sus trazos esenciales, idéntico para todas las clases de delitos, ora fuesen de acción o de omisión, dolosos o imprudentes. La teoría de las “especiales” formas de aparición del delito no hacía, pues, referencia a ninguna particularidad del injusto, en sí mismo considerado, sino sólo a las modalidades o especies de su realización. Y su adjetivación de “especial” obedecía a que la abstracta hipótesis “general”, o si se quiere, más *simple*, del delito venía concebida como *una sola acción*, constitutiva de *un sólo [sic; ¿solo?]* delito, consistente en *un tipo completo*, específicamente descrito en la Parte Especial del Código, y que era realizada por un sólo *[sic; ¿solo?]* autor. Los demás supuestos, que encerrasen alguna variación de dicho esquema, adquirirían la denominación de “forma especial”, e incluso, desde el punto de vista ejecutivo, de “formas imperfectas de realización”.

⁵⁵ <<El autor mediato en derecho penal español>>, en *Problemas actuales de las ciencias penales y la filosofía del derecho*, 1970, p. 562. [*El comentario es en relación al Cp abrogado por el Cp de 1995, siendo válido porque el contenido de éste es similar al de aquél*].

formas de aparición su contenido tradicional: *iter criminis*, autoría y participación y concurso⁵⁶.

1.1.3.1.2. *En la teoría del delincuente.* Con esta idea participa Luis JIMÉNEZ DE ASÚA:

En cambio ¿podría decirse que la *noción de autor* y la *participación* constituyen *formas de exteriorizarse el delito*? Éste puede quedarse en tentativa o consumarse, por un solo agente o por varios de ellos. La unidad o pluralidad de éstos no afecta, pues, ni al grado en que la ejecución se detiene, ni a la unidad o multiplicidad de infracciones punibles. La naturaleza de autor y la participación se refieren al agente que, solo o en compañía, intenta, frustra o consume el delito único o plural. Por ello hemos desgajado cuanto al autor y al partícipe afecta, para enclavarlo en el Libro Tercero destinado al *Delincuente*. (Vid. el tomo VIII)⁵⁷.

1.1.3.2. *Formando parte de la estructura del concepto de delito.* Según esta opinión el estudio de la *teoría de la autoría y participación* corresponde hacerse en uno de los niveles de análisis del concepto de delito. De ahí que también dentro de esta opinión existen diversas posturas.

1.1.3.2.1. *En la acción.* Para esta opinión, si el que participa en un hecho está vinculado a éste porque debió haber realizado algo, entonces, es decisiva la acción para ser autor o partícipe, lo que daría la base para que, en la acción, se defina el rol o el papel de cada uno de los intervinientes según lo realizado. Este pensamiento se encuentra en Antonio QUINTANO RIPOLLES⁵⁸:

Del mismo modo que el delito es susceptible de una doble consideración, la naturalista del fenómeno social y la formal de entidad jurídica, el sujeto activo del delito ofrece igual diversidad de perspectivas. En la primera es estudiado el delincuente como ser humano real y concreto en sus reacciones vitales somáticas, psíquicas y sociales, es decir, en un aspecto causal

⁵⁶ *Derecho penal...*, p. 709. [El nombre del apartado en el que trata este tema le llaman <<XV. FORMAS DE APARICIÓN DEL DELITO>>].

⁵⁷ *Tratado...*, p. 208.

⁵⁸ En este sentido, Gonzalo RODRÍGUEZ MOURULLO, <<El autor mediato...>>, p. 562: (...) El desconocimiento de esta distinción condujo a Quintano a considerar incorrectamente los problemas de autoría y participación en el marco de la teoría de la acción, (...).

explicativo que interesa primordialmente a la Criminología; en el segundo, a modo de *elemento personal activo* de la infracción en su *abstracta categoría de autor, cómplice o encubridor* de la misma. Condición que es la que más directamente atañe al Derecho penal, como interviniente insustituible en el binomio “delito – pena” que en la atrevida tesis pancivilista de Carnelutti refleja con exactitud el del “negocio jurídico”, exagerando, en cambio, las asimilaciones en lo tocante a “legitimación activa” y “pasiva”,⁵⁹.

La dificultad de este planteamiento sería con la *omisión* toda vez que si se reconoce que ésta no es ontológica sino que se puede decir de ella sólo en relación con el tipo penal, debe reconocerse que, entonces, la *autoría* y *participación* tendría una doble ubicación sistemática, dependiendo si el tipo penal es de acción o de omisión, lo cual no es sostenible.

1.1.3.2.2. En la tipicidad. Que el estudio de la *teoría de la autoría* y *participación* debe hacerse en sede de la tipicidad, se debe a *Hans WELZEL*⁶⁰:

1. El injusto es un injusto personal, es decir, le es esencial la relación con el autor. Así como el autor contribuye a acuñar el injusto, así pertenece también a la teoría del injusto, como éste llega a ser autor. La teoría del autor tiene por objeto establecer el centro personal de acción del injusto.

Esta importancia central de la teoría del autor tuvo que ser desconocida por la teoría del injusto referida al resultado. Puesto que para ella el injusto reside en la lesión externa de un bien jurídico, a la que el autor ciertamente da el impulso causal, pero sin contribuir a su contenido; esta teoría desarrolló el injusto en forma independiente del autor, igual como un hecho delictual que flota libremente, y la autoría se trataba con posterioridad dentro de la teoría de la participación, como una de las “formas de aparición del delito”⁶¹.

⁵⁹ Antonio QUINTANO RIPOLLÉS, *Curso...*, t. I, p. 235. [Sin cursivas en el texto original]. Además de este contenido en la lección 20 el apartado en el que se encuentra el texto se denomina <<1.- Los sujetos de la acción, pasivo y activo. El sujeto activo individual en lo penal y en lo criminológico>>.

⁶⁰ Manuel COBO DEL ROSAL/Tomás Salvador VIVES ANTÓN, *Derecho penal...*, p. 709: En la actualidad, a partir, sobre todo, de la incidencia del finalismo, la concepción del injusto se diversifica, estableciéndose diferencias esenciales, en el plano de la antijuridicidad, entre el delito doloso y el culposo, de una parte, y el delito de acción y el de omisión, de otra. En consecuencia, cobra carta de naturaleza un modo de exposición de la Teoría del delito que toma como paradigma el delito doloso de comisión, frente al cual el delito imprudente y el delito de omisión representan formas especiales.

⁶¹ *Derecho penal alemán*, 1987, pp. 142 y 143.

De esta opinión, según *Gonzalo RODRÍGUEZ MOURULLO, Hans WELZEL* decidía el análisis de la teoría de la autoría y participación en la antijuridicidad:

Por esta razón tampoco resulta correcto identificar el concepto de autor del delito con el de autor del injusto, tratando, como hace H. Welzel, *Das deutsche Strafrecht*, Berlín, 1967, 10ª. ed., ps. 94 y ss., los problemas de autoría y participación en el marco de la antijuridicidad⁶².

Creemos que esta afirmación no es del todo cierta, pues *Hans WELZEL* expresamente no reconoció esta ubicación sistemática, sino que, la referencia al injusto la hace por el «injusto personal» que propone, pues la ubicación la definió en la tipicidad, cuando señaló: «*La teoría del autor tiene por objeto el centro personal de acción del injusto*».

1.1.3.2.3. Entre el injusto y la culpabilidad. Para quienes consideran esta ubicación sistemática, coinciden con la anterior, en cuanto a la aceptación del injusto personal. Es por ello que creen que una vez definido que existe un injusto y que éste le pertenece a alguien, entonces, debe precisarse el rol o el papel con el que el injusto deba imputársele a esta persona (autor o partícipe), para después determinar el juicio de reproche, lo que les permite hablar de una «teoría del sujeto responsable» como complemento de la teoría del delito. Esta idea de *Juan BUSTOS RAMÍREZ*⁶³ hoy se clarifica en la obra conjunta con *Hernán HORMAZÁBAL MALARÉE*:

La culpabilidad, por su parte, viene a completar todo el proceso que habrá de culminar en el castigo. Vendría a señalar, frente a ese delito así determinado, la posibilidad de plantear una responsabilidad del sujeto respecto de él, esto es, la posibilidad de afrontar el hecho o de contestar por lo realizado.

Resulta fácil apreciar que la culpabilidad es una cuestión totalmente ajena al delito. No constituye una exigencia como la tipicidad o la antijuridicidad necesaria para establecer el hecho punible, *sino una exigencia en relación*

⁶² «El autor mediato en ...», p. 562. cita núm 7.

⁶³ Véase la distribución que hace de los temas en su *Manual de derecho penal español*, parte general, 1984.

con el sujeto mismo autor de ese hecho que ya ha sido jurídicamente precisado. Por eso, a nuestro entender, la culpabilidad, en la medida en que está referida a la exigencia de responsabilidad del sujeto, da lugar a una teoría diferente a la teoría del delito o del injusto, promoviendo a una teoría sobre la culpabilidad o mejor *sobre el sujeto responsable*⁶⁴.

Además de los autores anteriores, en la *doc jur pen* comparada se refieren a la ubicación sistemática de la autoría y participación, entre otros: Edmund MEZGER (1985, p. 275). Las teorías de la *tentativa*, de la *participación* y del *curso*, de las que nos ocuparemos a continuación, constituyen *formas especiales de aparición del hecho punible*, por cuanto el hecho punible, considerado desde el punto de vista de sus características fundamentales, puede manifestarse en una forma *reducida o ampliada*. Hans-Heinrich JESCHECK (p. 887): 2. La teoría de la participación constituye una *parte de la teoría del tipo*. Por de pronto es autor el que realiza por su propia persona todos los elementos del tipo de la acción punible (§ 25 I primer supuesto). Hans-Heinrich JESCHECK/Thomas WEIGEND (pp. 692 y 693): 2. La teoría de la participación es una *parte de la teoría del tipo*. Autor es, en primer lugar, quien en su propia persona realiza todos los elementos del tipo de la acción punible (§ 25 I, primer supuesto). El concepto de autoría, sin embargo, no está limitado a la autoría única inmediata sino que también se extiende al caso en el que el autor se sirve de otro como "instrumento". Por lo tanto, como autor también es castigado "quien comete el delito por medio de otro" (§ 25 I, segundo supuesto) (**autoría mediata**). Además, existe la posibilidad de que varias personas concertadas entre sí intervengan en el hecho a título de autor (**coautoría**). De acuerdo con ello, el § 25 II determina lo siguiente: "Si varios cometen el delito conjuntamente, cada uno de ellos será castigado como autor". También hay que tener en cuenta que varias personas pueden intervenir en el mismo hecho como autores de modo recíprocamente independiente (**autoría accesoria**). Mientras que el autor realiza la acción típica por sí mismo, conjuntamente con otras personas o por medio de otro, el inductor y el cómplice quedan extramuros del tipo. Están comprendidos por disposiciones penales especiales: **Inductor** es "quien dolosamente ha determinado a otro a la comisión de un hecho antijurídico doloso (§ 26) y **cómplice** "quien dolosamente ha prestado ayuda a otro para la comisión de un hecho antijurídico doloso" (§ 27). De esta forma, los requisitos de la punibilidad de la inducción y la complicidad sólo se derivan en parte del tipo delictivo correspondiente; los restantes lo hacen de las disposiciones complementadoras de la Parte general que toman por referencia los tipos de la Parte especial. Günther JAKOBS (p. 717): <<Capítulo IV. Complemento a la realización del tipo: La participación>>. Enrique BACIGALUPO ZAPATER (p. 353): La teoría de la autoría y la participación tiene la finalidad de diferenciar en el nivel de la tipicidad diversas formas de participación de más de una persona en un hecho punible. Estas formas determinan, o pueden determinar, también diversas consecuencias jurídicas, dado que algunas son más punibles que otras. Santiago MIR PUIG (p. 357): Hasta ahora hemos contemplado varias clases de tipos legales con independencia de los sujetos que en ellos intervienen. En esta Lección y en la siguiente consideraremos, en cambio, distintas clases de tipos determinadas por la posición de sus *sujetos*. Por de pronto se partirá de la distinción de tipos de autoría y tipos de participación. José Manuel GÓMEZ BENITEZ (p. 107): Todas estas condiciones objetivas –a veces sólo previstas en determinadas clases de tipos– deben coincidir (además de las ya conocidas) en el autor para que pueda afirmarse que ha *realizado el tipo objetivo penal*. Son, pues, condiciones o elementos de la *tipicidad objetiva* de su conducta y, por tanto, son también condiciones para la imputación objetiva de un hecho, como hecho *típico*, a su *autor*. Carolina BOLEA BARDON (pp. 37 y 38): Según la opinión dominante actualmente, la teoría de la autoría forma parte de la teoría del tipo, independiente, por tanto, de la efectiva concurrencia de culpabilidad (imputación personal o responsabilidad penal, en palabras de autores como MIR PUIG o ROXIN, respectivamente) en el sujeto. Pero ello no ha sido siempre así, pues hasta el abandono de la sistemática causalista, a menudo se requería para la autoría que el hecho fuera realizado con plena responsabilidad penal. Eugenio Raúl ZAFFARONI/Alejandro ALAGIA/Alejandro SLOKAR (p. 735): 1. Como en cualquier obra humana, en el delito pueden intervenir varias personas desempeñando roles parecidos o diferentes, lo que da lugar a los problemas de la llamada *participación (concurrencia o curso) de personas en el delito*, como complejo de cuestiones especiales de la tipicidad. Mario SALAZAR MARÍN (p. 19): Las dos fases del tema [*se refiere a autoría y participación*], como es sabido, se tratan en la teoría del tipo, pero incluido en él –a nuestro juicio– lo injusto y la comprensión de éste. José Adolfo REYES CALDERÓN (p. 522): Obsérvese que hemos ubicado el fenómeno de la coparticipación dentro de la teoría de la tipicidad porque a ésta pertenecen los fenómenos que la comprenden; no es lo mismo, en efecto, ser autor o copartícipe de un delito o contravención, que serlo de un hecho típico; la primera afirmación supone que la conducta atribuida a uno cualquiera de tales sujetos sea típica, antijurídica y culpable; en

⁶⁴ *Lecciones de derecho penal*, v. II, 1999, p. 312. [*Sin cursivas en el texto original*].

cambio, la segunda exige simplemente que hayan realizado comportamientos de acción o de omisión, según el caso subsumible en un tipo penal determinado⁶⁵.

1.1.3.3. Situación en México

1.1.3.3.1. Legislación. En los *Cps mexicanos* no existe una sola orientación en la ubicación de las disposiciones en las que se regula a la *autoría y participación*.

1.1.3.3.1.1. Existe un grupo de *Cps* en los que su determinación se encuentra en el título en el cual se regula lo relacionado con el delito, variando su ubicación dentro de este apartado. Después del capítulo relacionado con la tentativa: *Cps* de Baja California, Distrito Federal, Durango, Estado de México, Guanajuato, Guerrero, Hidalgo, *Cds* Puebla, Querétaro, Quintana Roo, Sinaloa. Después del capítulo en el que se regula la imputabilidad: *Cp* Baja California Sur. Después del capítulo denominado «del delito»: *Cp* Oaxaca. Después del capítulo relacionado con el concurso de delitos: *Cp* Chihuahua. Después del capítulo en el que se regula la reincidencia y habitualidad: *Cp* Veracruz.

1.1.3.3.1.2. En otro grupo de *Cps* su regulación se encuentra en un apartado diferente y después del título en el que se regula lo relacionado con el delito. En el *Cp* Michoacán su regulación se encuentra en el «Título tercero: El delincuente»; en el *Cp* Nuevo León en el «Título tercero: Personas responsables de los delitos»; en el *Cp* Tamaulipas en el «Título cuarto: De las personas responsables de los delitos».

⁶⁵ El libro de este autor está editado en México, pero él es de Guatemala.

1.1.3.3.1.3. En los *Cps* de Chiapas, Nayarit y Tlaxcala el título primero no tiene denominación, y en ellos se regula después del capítulo relacionado con la tentativa en los dos últimos, y en el primero después del «Capítulo I: Reglas generales sobre los delitos y responsabilidad».

1.1.3.3.1.4. En los *Cps* de Campeche y Sonora su regulación se encuentra en el título primero denominado «responsabilidad penal», después del capítulo relacionado con la tentativa.

1.1.3.3.1.5. En los *Cps* de Jalisco, San Luis Potosí, Yucatán, Zacatecas el título dentro del cual se regula la *autoría y participación* se refiere al delito y a la responsabilidad. En el *Cp* Jalisco se encuentra en el «Capítulo III: Personas responsables de los delitos»; en el *Cp* San Luis Potosí se regula en el «Capítulo II: Responsabilidad penal»; en el *Cp* Yucatán, se desarrolla en «Capítulo IV: Personas responsables de los delitos»; en el *Cp* Zacatecas su ubicación está en «Capítulo III: Personas responsables de los delitos».

1.1.3.3.1.6. En el *Cp* de Coahuila su regulación se hace en el «Título segundo. El hecho delictivo», «Capítulo IV: Tipicidad», «Sección segunda: Intervención típica».

1.1.3.3.1.7. En el *Cp* de Tabasco, por su vinculación al concepto unitario de autor, su regulación se hace en la parte especial en los arts. del 223 al 227 dentro del «Título primero: Delitos contra la seguridad de los bienes jurídicos».

1.1.3.3.1.8. En la *Lp* de Aguascalientes no tiene un apartado propio sino que se regula en el art. 127 del «Libro primero, Título cuarto: De las normas ampliadoras o delimitadoras de las figuras típicas ». Este art. se encuentra entre los que se refieren a la regulación de la conducta.

La distinta ubicación de la *autoría y participación*, sin desconocer que ella no vincula definitivamente, permite al intérprete de los *Cps* pensar, de inicio, que este tema debe ser visto como *forma de manifestación del delito*, como tema de *acción*, de *tipicidad*, entre la *antijuridicidad* y la *culpabilidad*, de *culpabilidad*. En los *Cps* en los que se dice «personas responsables» está la influencia del sistema causal del delito en el que, por lo general, se requería del sujeto activo que el hecho lo realizara con culpabilidad porque en ella se encontraba el dolo, identificándose a la *autoría y participación* como una *forma de manifestación del delito*, lo cual también es aplicable para los *Cps* del apartado 1.1.3.3.1.2. porque la regulación del tema la hacen después de lo relacionado con el delito⁶⁶, así como para la *Lp* Aguascalientes porque aun y cuando el art. 127 se encuentra entre los arts. que se relacionan con la conducta, el dolo se dice forma parte de la culpabilidad⁶⁷. En el *Cp* Michoacán por decirlo el legislador estaría ubicado en la *teoría del delincuente*. En el *Cp* Coahuila como la regulación se hace con referencia a la tipicidad, debe hacerse su estudio en ésta. En el *Cp* Tabasco como la regulación se hace en la parte especial y, en ella, lo que se regulan son tipos penales, su estudio debe

⁶⁶ Véase los primeros criterios de *jurispr* en el apartado 1.1.3.3.2.

⁶⁷ Artículo 135.- Para que la conducta típica y antijurídica pueda ser considerada delictiva, debe además realizarse culpablemente. La culpabilidad consiste en el juicio de reproche que formula la autoridad judicial al inculcado, por ser éste imputable, y a partir de que haya realizado la conducta típica y antijurídica, de manera dolosa o culposa.

hacerse en la tipicidad y no en la teoría de la parte especial como sostienen los autores del modelo lógico matemático⁶⁸.

1.1.3.3.2. *Jurisprudencia*. En los criterios de *jurispr* que reconocen a la autoría y participación como formas de manifestación del delito, entre otros (sin cursivas en el texto original):

AUTORÍA Y PARTICIPACIÓN. DEBE ANALIZARSE EN EL INJUSTO Y NO EN LA RESPONSABILIDAD PENAL (LEGISLACIÓN DEL DISTRITO FEDERAL).- El análisis de la autoría y participación no debe realizarse en el capítulo de la responsabilidad penal, puesto que el artículo 122 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, a diferencia del 168 del Código Federal de Procedimientos Penales exige únicamente probar el obrar doloso o culposo y que no exista acreditada a favor del inculpaado alguna causa de exclusión del delito, esto es, no se exige en la legislación del Distrito Federal acreditar el grado de intervención del sujeto activo en la responsabilidad *sino en el injusto penal*, pues no debe perderse de vista que no hay más autor del delito que aquel que realiza o ayuda a realizar la acción y *si la acción pertenece al injusto, es allí donde debe ser analizada*⁶⁹.

Décimo Tribunal Colegiado En Materia Penal Del Primer Circuito. 1.10: P. J/2.

Amparo en revisión 400/2003.- 14 de marzo de 2003.- Unanimidad de votos.- Ponente: Jorge Ojeda Velázquez.- Secretario: Jerónimo Nicolás Arellanes Ortiz. Amparo directo 1020/2003.- 17 de junio de 2003.- Unanimidad de votos.- Ponente: Jorge Ojeda Velázquez.- Secretaria: Martha García Gutiérrez. Amparo Directo 1040/2003.- 17 de junio de 2003.- Unanimidad de votos.- Ponente: Carlos Enrique Rueda Dávila.- Secretaria: María Manuela Ferrer Chávez. Amparo directo 1100/2003.- 30 de junio de 2003.- Unanimidad de votos.- Ponente: Jorge Ojeda Velázquez.- Secretaria: Herlinda Álvarez Romo. Amparo directo 1110/2003.- 11 de julio de 2003.- Unanimidad de votos.- Ponente: José Luis Alamillo Mendoza.- Secretario: Sergio Adolfo Quevedo Castillo.

COPARTICIPACIÓN DELICTUOSA REFERIDA A LA COMPROBACIÓN DEL CUERPO DEL DELITO Y LA RESPONSABILIDAD PENAL. Siendo de compleja etiología el hecho delictuoso en términos generales, se acentúa en aquéllos en que intervienen múltiples agentes, con pretensiones diversas y actuaciones diferentes y plurales, de tal suerte que, para la integración de la figura en el aspecto corpóreo, por la objetividad que se da en el mundo de relación y en razón de su impersonalidad, es suficiente con que una de esas actividades u omisiones se materialice causando la lesión jurídica respectiva, para que se cumpla con el requisito constitucional, que lo es procesal, *para estimarse comprobado el cuerpo del delito, sin tenerse que hacer referencia a un sujeto determinado, toda vez que el concepto es, como se ha dicho impersonal y no ocurre lo propio cuando se toca el tema de la responsabilidad*, por cuanto a que, cada partícipe debe responder de la omisión en que haya incurrido, o acto positivo que haya realizado, ya que de acuerdo con su actividad o grado de participación en una de sus especies, su conducta será enmarcada en la modalidad respectiva.

⁶⁸ De esta opinión Elpidio RAMÍREZ y Olga ISLAS MAGALLANES originadores del *modelo lógico matemático* que es con el que, en esta materia, se definió el *Cp* Tabasco. Véase apartado 1.1.3.3.3.1.5. de este capítulo.

⁶⁹ En este criterio de manera precisa se reconoce que la ubicación sistemática es en el injusto penal, con sede en la tipicidad. [*Sin cursivas en el texto original*].

Amparo directo 5446/54. Por acuerdo de la Primera Sala, de fecha 8 de junio de 1953, no se menciona el nombre del promovente. 13 de abril de 1957. Unanimidad de cuatro votos. La publicación no menciona el nombre del ponente.

COPARTICIPACIÓN. ES INEXACTO QUE PUEDA EXISTIR CUERPO DEL DELITO DE. (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE CHIAPAS). Es inexacto que pueda existir cuerpo del delito de coparticipación, supuesto que, en primer lugar, el catálogo de actos u omisiones que sanciona el Código Penal para el Estado de Chiapas, *no contempla la coparticipación como delito*, y en segundo, que el artículo 11, del mismo ordenamiento es preciso al establecer la *coparticipación como un grado de la responsabilidad en la comisión de un delito*. Por tanto, es inconcuso que la coparticipación, como fenómeno jurídico que se actualiza cuando varios individuos voluntaria y conscientemente concurren a la comisión de un mismo hecho delictuoso, no puede ser constitutiva de cuerpo del delito *sino un grado de responsabilidad en la empresa delictuosa*.

TRIBUNAL COLEGIADO DEL VIGÉSIMO CIRCUITO.

Amparo en revisión 82/94. Jesús Villanueva Cruz. 17 de marzo de 1994. Unanimidad de votos. Ponente: Angel Suárez Torres. Secretario: Ramiro Joel Ramírez Sánchez.

PARTICIPACIÓN DELICTUOSA (LEGISLACIÓN DE COAHUILA). Si el reo fue la persona que presentó a uno de los agentes del delito con los demás, para llevar a término la realización de la conducta criminosa, ello hace evidente la cooperación prestada a quienes integraron la codelinuencia; siendo incuestionable *que aportó una condición del resultado habido*, y es de explorado derecho *que la co-causación del resultado* constituye el fundamento de la responsabilidad jurídica penal en los términos del artículo 10 del Código Penal aplicable y, por lo tanto, tal comportamiento le es reprochable a título de culpabilidad⁷⁰.

Amparo penal directo 1209/53. Por acuerdo de la Primera Sala, de fecha 8 de junio de 1953, no se menciona el nombre del promovente. 21 de enero de 1955. Unanimidad de cuatro votos. Ausente: Luis Chico Goerne. Ponente: Teófilo Olea y Leyva.

RESPONSABILIDAD PENAL.- *Se establece, sin dar pábulo a la duda, la culpabilidad jurídico penal del imputado, puesto que con su conducta puso una condición del resultado antijurídico*, si está acreditada la condición de haber instigado a los agentes materiales del delito para que consumaran el delito distinto como lo es el tipificado en la fracción III del artículo 400 del Código Penal; y como la culpabilidad principia donde los actos de ejecución del agente material del ilícito, *resulta incuestionable la responsabilidad criminal del quejoso, que como autor, lo mismo que como participante sólo es punible el que ha puesto con su condición del resultado, la causación del resultado es el fundamento imprescindible de toda responsabilidad jurídico penal; sin que pueda decirse que el movimiento corporal del agente deba ser encuadrado, como lo pretende el defensor del quejoso, en la forma de participación a que se refiere el artículo 400 del Código Penal, habida cuenta de que conforme al artículo 13 del código punitivo “son responsables todos los que toman parte en la concepción preparación o ejecución de un delito o prestan auxilio o cooperación de cualquier especie, por concierto previo o posterior o inducen directamente a alguien a cometerlo...”*.

Amparo penal directo 5366/45. Por acuerdo de la Primera Sala, de fecha 8 de junio de 1953, no se menciona el nombre del promovente. 7 de noviembre de 1953. Unanimidad de cuatro votos. Ausente: Luis G. Corona. Ponente: Teófilo Olea y Leyva. Quinta Época. Instancia: Primera Sala. Fuente: Semanario Judicial de la Federación. Tomo: CXVIII., p. 1126.

⁷⁰ En este criterio, se reconoce que la ubicación sistemática de la autoría y participación es en la culpabilidad. Este criterio se refiere al *Cp* de Coahuila abrogado.

1.1.3.3.3. *Doctrina jurídico penal.* En México son pocos los autores que deciden la ubicación sistemática. Cuando ello no sucede, la toma de postura se determina de la estructura de la obra en la que tratan el tema, no sin discusión, pues el acomodo que se les da a los apartados, en ocasiones, se hace sin orientación sistemática.

1.1.3.3.3.1. *Por fuera de la estructura del concepto de delito*

1.1.3.3.3.1.1. *Como forma especial de aparición del delito.* Con esta ubicación sistemática pueden relacionarse quienes, en su obra, el apartado en el que tratan el tema de la *autoría y la participación* lo ubican después del estudio de los elementos de la estructura del concepto de delito que aceptan⁷¹ y el dolo lo ubican como forma o como elemento de la culpabilidad, con lo que, no es posible pensar en la participación antes del análisis del dolo, siguiendo, sin duda, la orientación que en su tiempo señaló *Franz von LISZT*⁷². Entre otros: *Raúl CARRANCÁ Y TRUJILLO/Raúl CARRANCÁ Y RIVAS*⁷³, *Fernando*

⁷¹ Moisés MORENO HERNÁNDEZ, <<Participación criminal>>, p. 2335: En cuanto a la segunda pregunta, la doctrina tradicional responde que hay formas normales o comunes y formas especiales de aparición del delito. Entre las formas especiales de aparición del delito, junto a la tentativa y al concurso, se encuentra la “participación criminal”; por lo que, en el análisis de la tipicidad únicamente se estudia el problema del autor o sujeto activo, mientras que el problema de la autoría y participación, en que se ven los casos de coautoría, autoría mediata, instigación y complicidad, se estudia después de haber analizado los elementos del delito. Sebastián SOLER, <<Prefacio>>, en Giuseppe MAGGIORE, *Derecho penal. V.I: El derecho penal – el delito*, p. XI: Una vez expuesta la estructura básica del fenómeno jurídico central de nuestra disciplina, esto es, del delito, estudia sus circunstancias y las diversas formas en que se puede presentar: incompleto (tentativa), fragmentado entre varios sujetos (coparticipación), aislado o múltiple o repetido (unidad y pluralidad de delitos, reincidencia, etcétera).

⁷² Raúl GONZÁLEZ – SALAS CAMPOS, <<El tipo de...>>, p. 147: LA DOCTRINA PENAL MEXICANA y la jurisprudencia no han aceptado tratar las figuras de la autoría y de la participación, como tipos autónomos, sino, han seguido tratándolos como parte de la Responsabilidad (sic) penal, dentro del capítulo de la culpabilidad, o de la probable responsabilidad. Esto se debe, en gran parte, a la influencia que tuvo la doctrina causalista, y a que el capítulo III del Código Penal se denomina “Personas responsables de los delitos”.

⁷³ *Derecho penal...*, p. 441: 172.- Atendiendo a la causalidad psíquica del resultado y al juicio de valor que se traduce en un reproche, en una palabra, a la culpabilidad, puede presentar ésta dos grados diversos: dolo y culpa. La acción (acto u omisión) ha de contener uno u otra para hacer a alguien responsable a título de culpable y, por tanto, para constituir posible, aunque no necesariamente (p. e. Caso de legítima defensa), delito. Por el contrario, si ni la una ni la otra existen no habrá ni culpabilidad ni delito, la posibilidad de incriminación habrá desaparecido.

CASTELLANOS TENA⁷⁴, Miguel Angel CORTÉS IBARRA⁷⁵, Francisco PAVÓN VASCONCELOS⁷⁶, Ignacio VILLALOBOS⁷⁷, Eduardo LÓPEZ BETANCOURT⁷⁸, Roberto REYNOSO DÁVILA⁷⁹, Luis FERNÁNDEZ DOBLADO⁸⁰.

1.1.3.3.1.2. Como <técnica sobre atribuibilidad>. Esta es la idea de José Arturo GONZÁLEZ QUINTANILLA, pues además de que al apartado en el que analiza este tema lo denomina <temas complementarios a la teoría del delito>, dice:

(...) Desde nuestro enfoque, la solución se simplifica, si remarcamos que el tipo o los tipos, a pesar de mencionar al sujeto activo del delito, esto es, dentro del esquema abstracto, porque la conducta debe ser realizada por alguien y tal vez en las hipótesis, ese alguien, debe reunir determinadas características en la realidad, como intervencionista en los casos que tienen lugar en la vida humana, en esta virtud, *el activo como delincuente no es parte en sí del tipo, viene a ser un realizador del mismo, por lo tanto, la*

⁷⁴ *Lineamientos...*, p. 247: 1. LA CULPA COMO SEGUNDA FORMA DE LA CULPABILIDAD. Se ha repetido demasiado que para la delictuosidad de una conducta precisa, entre otros requisitos, que haya sido determinada por una intención (dolo), o por un olvido del mínimo de disciplina social impuesto por la vida gregaria (culpa). En ausencia de dolo o culpa no hay culpabilidad y sin ésta el delito no se integra.

⁷⁵ *Derecho penal...*, p. 208: (...) La culpabilidad, pues, no es un concepto psicológico “puro”, sino que también lleva inmerso en su profunda esencialidad un eminente carácter jurídico. Sólo se es culpable de conductas reconocidas por el Derecho Penal como delictivas. Sin substraernos del aspecto jurídico, esa posición del sujeto, ese nexo psicológico que lo vincula con el hecho realizado, reviste dos clásicas formas: Dolo y Culpa.

⁷⁶ *Diccionario...*, p. 392: **DOLO**. Especie o forma de la culpabilidad. *Derecho penal...*, p. 421: El *dolo*, la principal forma de culpabilidad, constituye tal vez el escollo más difícil de salvar en el estudio de la teoría del delito, pues (...).

⁷⁷ *Derecho penal...*, p. 292: 135. *El dolo y la culpa*.- De acuerdo con mi adhesión a la tesis psicologista y sin desconocer que la palabra “culpabilidad” lleva una ínsita valoración que completa su sentido, he venido hablando de tal culpabilidad como de algo que radica en el agente del delito (como la dureza radica en el objeto duro y consiste en la resistencia que éste opone a la penetración, aun cuando su concepto implique alguna estimación comparativa en el exterior) y que consiste en una posición o actitud despectiva del sujeto, al actuar, frente a las normas jurídicas; actitud que funda el juicio (externo y consecuente) de reprochabilidad o de punibilidad.

⁷⁸ *Teoría del delito*, pp. 208 y 209: Para nosotros, el dolo consiste en el conocimiento de la realización de circunstancias que pertenecen al tipo, y voluntad o aceptación de realización del mismo. El dolo es la voz más patente en la culpabilidad. Para fundamentar el dolo es indispensable unir dos teorías: una llamada de la voluntad y una llamada de la representación.

⁷⁹ *Teoría general del delito*, p. 204: Su importancia [*se refiere al dolo*] no puede ser nunca destacada suficientemente; está en el centro de toda la doctrina del Derecho penal y no hay ningún caso jurídico-penal en que no tenga que ser examinada su presencia. El dolo es paradigma del elemento subjetivo y la especie principal de la culpabilidad.

⁸⁰ <<La participación... >>, p. 311: (...) Igualmente, creemos que tal estudio debe realizarse dentro de las especiales formas de aparición del delito, por razón de la estructura complementaria e integradora de las normas jurídico – penales destinadas a regular el concurso criminoso.

temática que estamos tratando, se sale del tipo – tipicidad, para trasladarse a una técnica sobre atribuibilidad, lo que permite formular una regulación genérica sobre a quién o a quiénes deben atribuirse las conductas hipotéticamente previstas en el código, que ineluctablemente van o pueden ser realizadas en el mundo real por alguno o algunos de los seres humanos. Luego entonces, con esta concepción que nosotros estimamos como la correcta, el mecanismo queda reducido a lo siguiente: atribución – nexo causal⁸¹, con la explicación que también damos para este último. En estas condiciones, no puede haber falla constitucional, probablemente tal existiría, si no se hubiera establecido la debida regulación sobre la atribución de las conductas para el o los diversos participantes⁸².

1.1.3.3.1.3. En la teoría del delincuente. Esta ubicación sistemática la decide *Irma Griselda AMUCHATEGUI REQUENA*. En su obra, en el apartado «10. Teoría del delincuente», se dice:

10.1 Generalidades

No todos los textos de derecho penal incluyen un capítulo dedicado al estudio del delincuente: sin embargo, si se considera lo expuesto al inicio de este libro, respecto a que el derecho penal gira en torno de la ley, el delito, el delincuente y la pena, no se podrá pasar por alto al protagonista del delito, esto es, a la persona física que lo comete.

Sería absurdo tratar sólo el punto de vista jurídico como si el delito fuera una abstracción, cuando en realidad se trata de un acontecimiento que existe a causa del sujeto activo que lo realiza.

Aunque corresponda a la criminología analizar a fondo al criminal desde su enfoque interdisciplinario (sociología, biología, antropología y psicología principalmente), también es cierto que desde el punto de vista del derecho penal se pueden apreciar ciertos aspectos necesarios para comprender los problemas que ofrece esta ciencia jurídica⁸³.

10.5. Concurso de personas

Al igual que en el delito, en el cual se vio que se puede presentar el concurso, respecto a las personas también ocurre el fenómeno de la concurrencia, esto es, la reunión de dos o más personas con [*sic; ¿como?*] sujetos activos del delito.

⁸¹ El desarrollo del nexo de causalidad lo hace en el apartado «Sección III. Teoría del delito: aspectos positivos y negativos. Capítulo I. Acción o conducta». No en sede de tipicidad como es la opinión dominante.

⁸² *Derecho penal...*, p. 472. [*Sin cursivas en el texto original*]. El comentario lo hace para cuestionar la opinión de la teoría del *modelo lógico matemático del derecho penal* (Olga Islas Magallanes, Elpidio Ramírez Hernández) en relación con la inexistencia de regulación expresa para las formas de intervención diferentes a la autoría directa, lo que – según esta teoría –, tendría problemas de constitucionalidad.

⁸³ *Derecho penal...*, p. 101.

En principio, muchos delitos son cometidos por una sola persona. A veces, dos o más los cometen, mientras que en otras ocasiones, la propia ley exige la concurrencia de dos o más sujetos para que pueda existir el delito⁸⁴.

En el apartado 10.5 se hace referencia a «delito plurisubjetivo», «noción de participación», «naturaleza de la participación», «grados de participación», «encubrimiento», «asociación delictuosa», «pandilla», «muchedumbre delincuente», «secta criminal», «delincuencia organizada». Con este contenido, ni duda existe que la *autoría y participación* no es un problema de tipicidad sino de la «persona delincuente», con lo que se dificulta su comprensión y su aplicación en la solución del caso concreto desde lo penal sustantivo y penal procesal.

1.1.3.3.1.4. En relación con la punibilidad. Fernando ARILLA BAS el tema de *autoría y participación* lo desarrolla en la «Séptima parte: Extensión de la punibilidad, Capítulo LIV: Causas de extensión de la punibilidad (participación)». Estas expresiones pueden interpretarse en dos sentidos: (1) reconocer un *concepto restrictivo de autor* y por ello se habla de «extensión de la punibilidad»⁸⁵; (2) reconocer la influencia de la punibilidad en la naturaleza de la autoría y participación. Cualesquiera que fuere, la decisión de la ubicación sistemática no se define con precisión, pudiendo ser cualesquiera de las señaladas con anterioridad, sobre todo, aquellas en las que la ubicación sistemática está por fuera de la estructura del concepto de delito porque el «Capítulo LIV: Causas de extensión de la punibilidad (participación)» se

⁸⁴ *Derecho penal...*, p. 106.

⁸⁵ Fernando ARILLA BAS, *Derecho penal...*, p. 305: La ley dispone, en consecuencia, de dos dispositivos amplificadores del tipo penal: la tentativa y la participación. La norma que sanciona la primera (artículo 10 del Código Penal para el Estado de México) reviste carácter objetivo. La que sanciona la segunda (artículo 11 fracción II del propio Código) reviste carácter personal. Pero ambas, a juicio de Max Ernesto Mayer, que compartimos enteramente, constituyen causas de extensión de la pena. La punibilidad de la tentativa y la participación requiere, por tanto, la preexistencia de una norma extensiva del tipo.

desarrolla después de los contenidos que se relacionan con el concepto de delito.

1.1.3.3.1.5. *En la teoría de la parte especial.* De esta opinión son Olga ISLAS MAGALLANES y Elpidio RAMÍREZ, iniciadores del «modelo lógico matemático del derecho penal»⁸⁶. Este último, dice:

En consecuencia: en el nivel de cada uno de los delitos (elementos) que integran el microuniverso, es válida la figura del autor (y, por tanto, también la del coautor), más no la del partícipe. Generalizando: para todo delito que integre un microuniverso, es válida la figura del autor (unitario o múltiple), más no la del partícipe. En otras palabras: la tradicionalmente denominada “autoría y participación” es un pseudoproblema; y lo es porque los códigos penales se ocupan, exclusivamente, del sujeto que realiza la actividad o inactividad que satisface, con todo rigor, la semántica del verbo legislado en el tipo. Ultima [*sic*; ¿Última?] *consecuencia: la instigación a cometer un delito, la ayuda a la comisión de un delito y el servirse de otro para la*

⁸⁶ Olga ISLAS DE GONZÁLEZ MARISCAL/Elpidio RAMÍREZ HERNÁNDEZ/Lian KARP S./Eugenio RAÚL ZAFFARONI, «Notas preeliminares sobre un modelo lógico matemático del derecho penal», en *Derecho penal contemporáneo*, 1966, pp. 81 y 82: Una investigación del Derecho Penal, rigurosamente científica, se hacía ya necesaria en México. Ello ha motivado el estudio que se está realizando en el Centro de Cálculo Electrónico de la Universidad Nacional Autónoma de México. Se pensó, en principio, que el Derecho Penal, para ser efectivamente una ciencia, tiene que satisfacer las exigencias de toda disciplina científica. Por tanto, aspecto muy importante en la investigación era el establecimiento de un método adecuado que permitiera construir un sistema que abarcara la totalidad del Derecho Penal, y terminara con el aislamiento que existe entre los conceptos generales, que forman un núcleo axiomático de la teoría, y los conceptos específicos requeridos en cada figura delictiva. Se ha adoptado el método lógico de síntesis; pero advertimos que no se trata de un método basado en la lógica tradicional, sino fundado en la lógica matemática, específicamente el cálculo funcional y la lógica formal. En otros campos ha sido aplicada, con resultados satisfactorios, la lógica matemática; así, en la sociología, la psicología, la lingüística, etc. El Derecho Penal, en tal situación, no puede permanecer marginado de la evolución total del conocimiento humano. En nuestro caso, el universo lógico se toma como el total universo jurídico, y la estructura matemática completa integra los elementos de este universo. Estos elementos se ordenan de acuerdo al análisis sintáctico del Derecho Penal, que los reduce a su expresión jurídico penal partiendo de conceptos del Derecho y terminando en el concepto del Derecho Penal. [*Este «modelo lógico matemático del derecho penal» que Olga Islas y Elpidio Ramírez siempre han defendido como una propuesta original, no es tal. Así:*] José Antonio SAINZ CANTERO, *La ciencia del derecho penal y su evolución*, 1969, p. 24: (...) Desde hace tiempo se advierte en la ciencia jurídica una fuerte reacción contra el empleo de la lógica deductiva, reacción que se produce en diversos sectores doctrinales, con alcance y propósitos diferentes y consecuencias muy variadas. Para sustituirla, se ha apelado en los últimos tiempos a diversos procedimientos; conocida es en Italia la posición de MAGNI, que pretende aplicar al Derecho la lógica matemática para obtener mediante ella la certeza absoluta que no garantiza la lógica tradicional. [*Y en la cita número 20 señala los trabajos de este autor:*] MAGNI, *Lógica matemática, scienza giuridca*, en *Il Diritto Ecclesiástico*, 1950, págs. 237 y sgs.; *Soggetto e persona del Diritto*, en *Il Diritto Ecclesiástico*, 1951, págs. 1 y sgs.

*comisión de un delito constituyen problemas cuyo estudio corresponde a la parte especial de la teoría y no a la parte general*⁸⁷.

1.1.3.3.3.2. En la estructura del concepto de delito

1.1.3.3.3.2.1. En la tipicidad. Entre otros Alicia Beatriz AZZOLINI BRINCAZ⁸⁸, Raúl PLASCENCIA VILLANUEVA⁸⁹, Marco Antonio DÍAZ DE LEÓN⁹⁰. También participan de esta idea Mariano JIMÉNEZ HUERTA, Salvador ÁVALOS SANDOVAL, Enrique CARDONA ARIZMENDI/Cuauhtémoc OJEDA RODRÍGUEZ, Antonio BERCHELMANN ARIZPE, quienes, respectivamente, dicen:

(...) Para hacer frente a la necesidad sentida de sancionar también aquellas conductas que, sin implicar la realización de las figuras típicas, intentan, instigan o ayudan a su ejecución, el Derecho Penal ha dado vida a dos dispositivos legales, a través de los cuales amplifica y logra captar conductas que, no obstante su inequívoco matiz antijurídico, serían sin ellos atípicas. Estos dos dispositivos legales amplificadores de las figuras típicas son: uno, la norma contenida en la Parte General del Código Penal, en orden a la *tentativa* (art. 12); otro, la norma que también contiene la Parte General del Código Penal, en torno a la *participación* (art. 13)⁹¹.

Se hicieron diversas modificaciones a dicho Código Penal, pero no es sino hasta 1984 cuando se da un giro hacia los principios constitucionales y donde en el tópico específico de la autoría y participación adopta un sistema diferenciador entre autores y partícipes, existiendo desde luego diferente punición para cada uno de ellos, afirmando que la participación siempre es accesoria de la autoría y que dicho tema siempre es un problema de tipo penal⁹².

⁸⁷ <<Autoría y participación>>, p. 251. [*Sin cursivas en el texto original*].

⁸⁸ <<La autoría en el sistema penal mexicano>>, 2001, p. 24: 1. Tradicionalmente se ha hablado de la autoría y de la participación como una problemática propia del delito. El tipo describiría sujetos activos y es al momento de llevarse a cabo el delito que nos enfrentaríamos con el autor material y, en su caso, con los demás partícipes.

⁸⁹ Ahora, resulta prudente abordar la problemática relativa a la forma de intervención en la concreción del tipo penal, que constituye uno de los elementos de éste.

⁹⁰ *Código Federal de Procedimientos Penales Comentado*, 2003, p. 324: Por tanto, el problema de la autoría y participación conforme a la doctrina procesal moderna debe analizarse al nivel del tipo y tipicidad, en tanto corresponden a las conductas y calidades de quienes intervienen en el hecho punible, calidades consecuentemente de acuerdo a lo que establece este artículo 168 del Código Federal de Procedimientos Penales; procesalmente, pues, en el fondo de esta situación, la autoría y la participación debe estudiarse en el cuerpo del delito y en la probable y plena responsabilidad del inculpaado.

⁹¹ *Derecho penal...*, p. 337.

⁹² <<Comentarios sobre autoría y participación en el proyecto del Código Penal para el Distrito Federal>>, en *Análisis del Nuevo Código Penal para el Distrito Federal*, 2003, p. 71.

(...). La complicidad correspectiva es un tema de la parte general del Derecho Penal, concretamente de la teoría del delito, encuadrable en el capítulo de la participación como parte integrante esta última de la doctrina de la tipicidad, por lo que resulta absurdo reglamentarla en la parte especial y con referencia exclusiva a dos figuras delictuosas⁹³.

(...) y es que tan la autoría material como las demás formas de intervención son elementos del tipo penal, pues es absurdo atribuir responsabilidades y extender penas a conductas atípicas. Y si por otra parte se quisiera argüir que para vincular a los demás que realicen formas distintas de acción que ejecuta el autor material, primero habría que ver si ese autor se condujo típica, antijurídica y culpablemente (accesoriedad máxima), en muchos casos se incurriría en groseras impunidades e injusticias, como luego se verá. Y aunque es verdad que las formas de intervención que sean distintas a las de autor, dependen de que la conducta de aquél [*sic; ¿aquel?*] autor se ajuste al tipo (principio de accesoriedad típica), es igualmente cierto que aquellas deben por igual ajustarse a las condiciones del tipo penal para dentro de él adquirir su propio relieve penal⁹⁴.

En esta ubicación sistemática, también, *Alvaro BÚNSTER BRICEÑO, Raúl GONZÁLEZ – SALAS CAMPOS*⁹⁵, *Moisés MORENO HERNÁNDEZ*⁹⁶ por su

⁹³ *Código penal comentado del estado de Guanajuato*, p. 128.

⁹⁴ *Derecho penal mexicano, parte general*, 2004, p. 719. [Además, el apartado de su libro en el que trata el tema lo llama <<Capítulo décimo tercero. Los límites a las formas típicas de intervención. I. Las formas de intervención como elementos del tipo penal>>].

⁹⁵ <<El tipo de autor y el tipo de participación>>, 1999, p. 148: La discusión de si las figuras de la autoría y participación deben ser parte o no de la responsabilidad penal, ha quedado superada en la doctrina extranjera, al tratar estas figuras como tipos de autor y de participación. En este sentido, si todo tipo penal describe un comportamiento sancionado por la norma, el tipo de autor define el comportamiento del autor, y el tipo de participación, el de partícipe. En otras palabras, todo sujeto que se ubique como autor, realizará un comportamiento descrito en un tipo penal de autor, que de conformidad con nuestra legislación penal, el comportamiento de todo autor, estará descrito en las fracciones I, II, III y IV del artículo 13 del Código Penal, con relación al tipo básico que se haya realizado. Respecto sujeto del partícipe [*sic; ¿del sujeto partícipe?*], su comportamiento típico está descrito en las fracciones V, VI y VII del artículo 13 en relación al tipo de autor. [Esta postura es por su formación como discípulo de Santiago Mir Puig, quien acepta la existencia de <<tipos de participación y tipos de autoría>>].

⁹⁶ Eugenio Raúl ZAFFARONI, *Tratado...*, III, p. 72: (...) En México (...) Actualmente, en una posición ortodoxamente finalista se halla Moisés Moreno Hernández. [El doctor Moisés Moreno Hernández fue discípulo de Zaffaroni en los estudios de licenciatura en derecho en la Universidad Veracruzana en Jalapa, Veracruz, México. La aceptación de la teoría finalista la acepta expresamente, en] Sergio GARCÍA RAMÍREZ/Olga ISLAS DE GONZÁLEZ MARISCAL/Leticia A. VARGAS CASILLAS (coords.), *Nuevo Código Penal para el Distrito Federal Comentado. Libro primero (artículos 1º. al 122)*, t. I, México, 2006, p. 11: (...) Y si bien sobre este particular han existido ciertos reparos, porque precisamente con relación a estas exigencias es que el órgano del Estado, sobre todo el encargado de la investigación y persecución de los delitos, se ha apartado mayormente de su cumplimiento, considero que un criterio teórico que se ajusta más a la concepción que sirve de base al Estado democrático de derecho y, por tanto, que puede garantizar una aplicación más racional de la ley penal y lograr el debido cumplimiento de la garantía constitucional que se cometa lo es el desarrollado por el sistema finalista. Su aplicación, sin embargo, requiere –para evitar los

formación como discípulo de *HANS WELZEL* y su filiación al sistema final de acción, dice:

Para la doctrina moderna, la participación criminal no constituye una forma especial de aparición del delito, sino un problema que se plantea a nivel de la teoría del injusto, por tratarse éste precisamente de un injusto personal, y que es donde se concentra el problema de los sujetos que intervienen en su realización y donde se plantea la delimitación del autor respecto del partícipe⁹⁷.

1.1.3.3.3.2.2. Entre el injusto y la culpabilidad. Gustavo MALO CAMACHO, siguiendo la opinión de *Juan BUSTOS RAMÍREZ*, participa de esta ubicación sistemática:

II. UBICACIÓN SISTEMÁTICA.

Como en el caso de la tentativa, la autoría y la participación, que la ley penal mexicana recoge bajo la denominación de “personas responsables de los delitos”, *en nuestra opinión debe abordarse una vez que ha sido superado el estudio del injusto, conformado con la tipicidad y la antijuridicidad. Una vez afirmada la presencia de la conducta típica y antijurídica y ante la inexistencia de causas de atipicidad y de justificación es procedente analizar los criterios que el legislador ha incorporado para precisar el grado del injusto*, en la medida en que implican situaciones vinculadas con el injusto y no suponen un nivel de análisis diferente como el que corresponde a la persona del sujeto agente.

La culpabilidad, como juicio de reproche, por el injusto cometido, aparece como un ámbito vinculado con las características de la persona del responsable, cuyo estudio resulta procedente y justificado como etapa última del análisis estratificado de la teoría del delito (entendida ésta como el estudio de los presupuestos de la punibilidad) o bien, como algunos autores observan, no sin razón, como el contenido de la siguiente etapa de estudio, referente a la teoría de la persona del sujeto responsable, también referida como teoría de la culpabilidad⁹⁸.

1.1.3.3.3.2.3. En el sujeto activo del delito. Para Jorge *OJEDA VELÁZQUEZ* el análisis del delito como *institución jurídica*⁹⁹ debe hacerse:

reparos infundados– de un conocimiento previo sobre sus fundamentos y su diversas implicaciones teórico – prácticas. *[Sin cursivas en el texto original]*.

⁹⁷ <<La participación criminal>>, p. 2335.

⁹⁸ *Derecho penal mexicano*, p. 488.

⁹⁹ <<Tesis para una teoría pura del delito y de las sanciones>>, en *Criminalia*, año LXXI, núm. 2, mayo – agosto, 2005, México, p. 31: 4. En la concepción de esta nueva teoría del delito partimos de la base de que

9. Los elementos de nuestra teoría pura del delito son los siguientes:
- a) El bien jurídico protegido
 - b) El sujeto activo
 - c) El sujeto pasivo
 - d) El núcleo típico
 - e) La punibilidad¹⁰⁰.

Con esta propuesta de estudio del concepto de delito define la ubicación sistemática:

11. El concurso de personas que se estudiaba tradicionalmente en la vieja teoría del delito, en el capítulo denominado *iter Criminis* ahora se estudia dentro del sujeto activo del delito¹⁰¹.

1.1.3.4. Nuestra opinión

Si se participa de la idea que la ubicación de una institución jurídica –en este caso la *autoría y participación*– en el *Cp* no vincula de manera definitiva al intérprete, creemos que, la ubicación sistemática para el estudio de la *autoría y participación* es en sede de la tipicidad pues en la estructura del tipo penal debe vincularse a la acción típica y al sujeto activo porque sólo así puede pensarse en el injusto personal, y éste, por ser «personal», no le corresponde «al que» abstracto como sujeto activo sino «al que» como sujeto activo con un rol o papel determinado en la concreción del tipo penal. Además, analizar la *autoría y participación* antes y no después de la antijuridicidad¹⁰², permite contarse con el apoyo del dolo, sobre todo, en los *Cps* en los que la

existe una marcada distinción entre el delito como institución jurídica, que pertenece al mundo de lo abstracto, a la norma penal y que el intelecto concibe como modelo, como tipo, el delito – hecho – concreto, que los sentidos perciben en la realidad y que debería ser solamente una función aplicativa subsecuente al análisis de la figura abstracta del delito. [*Esta idea ya la manifestaba hace aproximadamente veinte años, en* «Hacia una nueva concepción de la teoría del delito», en *Pensamiento Penal*, año 1, núm. 2, abril – junio 1988, p. 28.

¹⁰⁰ «Tesis para...», p. 32. [*Igual en* «Hacia una...», p. 29.

¹⁰¹ «Tesis para...», pp. 32 y 33. [*Igual en* «Hacia una...», p. 29.

¹⁰² [*En este sentido*] José Manuel GÓMEZ BENITEZ, *Teoría jurídica del delito...*, p. 105: Por elementos del tipo objetivo se entiende el conjunto de condiciones externas y de condiciones jurídicas de naturaleza objetiva que debe realizar una persona para –una vez complementadas con las condiciones subjetivas y en caso de que no concurrir una causa de justificación de su hecho– *ser autor*, en sentido estricto, de un delito.

participación expresamente se dice sólo se corresponde con él, y con el apoyo de la naturaleza de las causas de justificación, las cuales están pensadas para el autor y no para los partícipes, porque no se concibe la instigación o la complicidad bajo una legítima defensa o el ejercicio de un derecho, sin la existencia del autor.

1.2. Participación necesaria y delitos plurisubjetivos

En la *doc jur pen* las expresiones «participación necesaria», «delitos plurisubjetivos» o «concurso necesario» se utilizan para reconocer la exigencia de que la estructura del tipo penal requiere, para su concreción, la intervención de dos o más personas. La denominación «participación necesaria» es usada en la *doc jur pen* alemana¹⁰³ desde antiguo¹⁰⁴, en tanto

¹⁰³ María del Mar CARRASCO ANDRINO, *Los delitos plurisubjetivos y la participación necesaria*, 2002, pp. 2 y 3: Pues bien, para referirse a los casos en los que junto a una pluralidad de conductas se requiere estructuralmente una pluralidad de sujetos se habla, entre la doctrina alemana, de participación necesaria o impropia (*notwendige Teilnahme*). Con esta denominación se destaca su carácter de *excepción* frente a las reglas generales de participación, en las que la intervención de una pluralidad de sujetos es, en cambio, de índole ocasional o eventual. Manuel A. ABANTO VÁSQUEZ, «Delitos especiales...», p. 252: (...) Mientras la doctrina alemana, bajo el concepto “participación necesaria” considera ampliamente todos los casos en los que el tipo penal presupone la intervención de alguien (favoreciendo o desfavoreciendo, subordinado o de igual posición) para que puede [*sic*; ¿pueda?/] darse la realización de la conducta que el tipo penal describe para el autor (...).

¹⁰⁴ [*En este sentido*]: Francisco CASTILLO GONZÁLEZ, *La participación...*, p. 70 cita núm. 161: Heffter (Parags. 77 ss:) es el primero en utilizar la expresión “participante necesario” para designar a aquel que interviene en un delito que requiere necesariamente “un actuar común coordinado y simultáneo” (Parág. 78). Este autor sostiene que las reglas de la participación criminal no se aplican al participante necesario, que no es un participante en sentido estricto, porque el concurso necesario, según él, no es verdadera participación (Así, Kant (Bruno), pag. 12; Weiberg, pag. 3). María del Mar CARRASCO ANDRINO, *Los delitos...*, p. 30: La expresión «participación necesaria» aparece algo más tarde con MARTIN. Este autor la emplea para designar a aquellos delitos que, según su concepto, nunca podrán ser cometidos por un solo sujeto; de manera que vincula la necesidad al hecho de que la colaboración de las varias personas derive del propio concepto de delito de que se trate. Así, es imposible que un duelo se lleve a cabo con uno mismo. [*Y en la cita 73, dice*]: Martin emplea esta expresión en 1820 en su *Lehrbuch des deutschen gemeinsam Criminalrechts*. Así lo señalan, entre otros, SCHÜTZE, T.R.: *Die notwendige Teilnahme am Verbrechen, Leipzig, 1869*, págs. 33 y 36; FREUDENTHAL, B.: *Die notwendige...*, *ob. cit.*, pág. 6. [*Los datos completos de esta obra son*]: *Die notwendige Teilnahme am Verbrechen*, Breslau, 1901.

que las de «*delitos plurisubjetivos*» o «*concurso necesario*» se corresponden con el pensamiento de los juristas italianos¹⁰⁵.

1.2.1. *participación necesaria*

1.2.1.1. *Origen.* El planteamiento inicial de la *participación necesaria* en la *doc jur pen* alemana se presenta a principios del siglo XIX. Esto lo explican Francisco CASTILLO GONZÁLEZ y María del Mar CARRASCO ANDRINO, respectivamente:

La doctrina actual de la participación necesaria tiene su origen en una obra escrita por Stübel en 1805, denominada “*Über den Thatbestand der Verbrechen*” (Wittenberg, 1805). En esta obra se encuentra la frase: “Hay también delitos cuya realización presupone necesariamente varias personas, por ejemplo, el duelo y los delitos carnales” (pág. 28). En ese libro afirma Stübel, a la hora de tratar la participación (“*concurus ad delictum*”): “En aquellos casos en los que la realización del delito, según su naturaleza, requiere el concurso de varias personas, como en los delitos carnales y en el duelo de que encuentra aplicación el principio de cada [*sic; ¿de que cada?*] participante debe ser castigado como autor” (pág. 33)¹⁰⁶.

Esta particularidad [*se refiere a la de la participación necesaria*] fue advertida por primera vez por STÜBEL, quien ya observaba que la realización

¹⁰⁵ María del Mar CARRASCO ANDRINO, *Los delitos...*, p. 3: (...) Los autores italianos, por su parte, aunque también se sirven de la expresión «concurso necesario», suelen referirse a tales supuestos con la expresión «delitos plurisubjetivos o pluripersonales» (reato plurissoggettivo). Se llama así, la atención sobre su peculiar estructura típica. [*Y en la p. 10 agrega*] Hasta la entrada en vigor del Código Rocco, en 1930, existe un escaso interés de la doctrina italiana por la problemática de los delitos pluripersonales. En concreto, es GRISPIGNI a quien se atribuye el mérito de haber realizado una primera sistematización dogmática en esta materia, acuñando la expresión «delitos plurisubjetivos o pluripersonales». [*El trabajo de F. Grispigni es «Il reato plurissoggettivo», en Annali di Diritto e Procedura Penale, 1941, mencionado en la p. 1, cita 1*]. Giuseppe MAGGIORE, *Derecho penal. Volumen II, El delito. La pena. Medidas de seguridad y sanciones civiles*, 2000, p. 96: *Delito Colectivo* es el que no se puede cometer sino por varias personas, (dos o más; baste nombrar el duelo, el adulterio, la bigamia, la asociación para delinquir, la conspiración, etc. En esta última hipótesis, como el delito no es posible si el tipo legal no es realizado por varias personas unidas, se habla de concurso necesario (*concurus necessarius*). Francesco CARNELUTTI, *Teoría general del delito*, p. 280: Pero se dan otros, cuya forma exige que sean cometidos juntamente por dos o más agentes; en tal caso, el concurso es *esencial o necesario* y puede considerarse, a su vez, como un *elemento constitutivo* del delito. Típica, bajo tal aspecto, es la hipótesis del adulterio (art. 559, cod. pen.), a la cual se parifican el *concubinatio* (art. 560) y el *incesto* (art. 564). Hipótesis análogas son las de las *asociaciones subversivas* (art. 270), *antinacionales* (art. 271) (...). Miguel A. ABANTO VÁSQUEZ, «Delitos especiales...», p. 252: (...) la doctrina italiana dominante entiende el problema bajo un grupo de tipos conocidos como “delitos plurisubjetivos” o “pluripersonales”, excluyendo de antemano (por la referencia estricta a conductas tipificadas) los casos de contribuciones de sujetos no conminadas expresamente con pena.

¹⁰⁶ *La participación...*, p. 70, cita núm. 161.

de algunos tipos penales se vinculaba, según su propia naturaleza, a la exigencia de que concurrieran varios individuos, advirtiendo que, en tales casos, regía el principio de que cada partícipe debía ser castigado como coautor. En este momento no se hace mención alguna a la punibilidad del partícipe necesario que no es expresamente sancionado en la norma de la Parte Especial¹⁰⁷.

Esta idea de *Christoph Carl STÜBEL* de la exigencia de la estructura típica con varios sujetos activos se ve modificada al pensarse en los efectos jurídicos que se producen para algunos de los intervinientes por ser necesaria la realización de su acción para que el tipo penal exista. Es a partir de este momento cuando la *participación necesaria* como elemento de la estructura del tipo penal dejará su importancia a la *participación necesaria* como excepción a los principios generales aplicables a la autoría y participación para el interviniente que llamamos *autor aparente*, el cual será impune. De entre los autores que inician esta nueva idea, según *Francisco CASTILLO GONZÁLEZ*, se encuentran *Albert Friedrich BERNER* y *Theodor Reinhold SCHÜTZE*:

(...) Berner (Pág. 165 ss), con posterioridad, afirma que lo característico del concurso necesario es que la persona actuante es al mismo tiempo objeto del delito, por lo cual no se aplican a este tipo de concurso, las reglas generales de la participación de la Parte General. Ese necesario actuar conjunto en que consiste la participación necesaria es una particularidad de ciertos tipos penales, que debe ser estudiada al estudiar cada figura concreta de la Parte Especial (Berner, pág. 166). Berner pone el acento, a la hora de definir la participación necesaria, en las particularidades del sujeto actuante y no en la abstracta necesidad de la participación de varios. Según él, sería contradictorio aplicar las reglas generales de la participación criminal, que son dispositivos amplificadores del tipo penal, para transformar así en sujetos de la acción a partícipes que son simplemente el objeto de ella. La crítica a la teoría de Berner no se hizo esperar; su teoría no definía qué se entiende por “objeto de la acción”, -si por ello se entendiera el bien jurídico, su teoría es falsa-; pero, además, su pretensión de que el participante necesario es siempre objeto de la acción y no sujeto de ella, es falsa, como lo prueba el delito de duelo, en el cual es necesaria una acción de un sujeto actuante para realizar el tipo penal (Así, Weiberg, pág. 14; Kant (Bruno), pág. 13).

¹⁰⁷ *Los delitos...*, pp. 29 y 30.

Un enorme aporte a la teoría del concurso necesario da Schütze. Para éste, lo característico de la participación necesaria es que determinados delitos solamente pueden existir, de acuerdo a su definición legal, si hay una pluralidad de personas, las cuales deben actuar conjuntamente en los actos que define el delito concreto (Así, Schütze, págs. 28 y 320 ss.). No existe participación necesaria en delitos como la coacción o la estafa, según Schütze, en los que hay participantes requeridos por el tipo penal, QUE ACTUAN FUERA DE LA ACCION TIPICA y dan solamente una contribución para la producción del resultado (Así, Freudenthal, pág. 98; Bergen, pág. 15; Kant (Bruno), pág. 13)¹⁰⁸.

1.2.1.2. *Desarrollo*. Es –según CASTILLO GONZÁLEZ– a finales del mismo siglo XIX cuando esta nueva idea de la *participación necesaria* recobra importancia:

El desarrollo dogmático de la participación necesaria se inicia con un escrito de von Kries, publicado en 1887 y denominado “Una Contribución a la Teoría de la Participación”. A partir de este autor, se busca un fundamento racional, a la cuestión de saber si se aplican o no se aplican las reglas de la Parte General del Código Penal a los delitos en los que se presenta la participación necesaria¹⁰⁹.

Con este planteamiento de *von KRIES* y una vez aceptada la *participación necesaria* con esa nueva orientación el problema será definir si, en ciertos supuestos, el partícipe necesario además de ser autor también se le debe aplicar la categoría de instigador o de cómplice en el mismo delito. Es decidir si esta segunda calidad (instigador – cómplice) debe quedar impune o ser punible. En esta decisión se reconocen las aportaciones de *von KRIES* (1887)¹¹⁰, *Berthold FREUDENTHAL* (1901)¹¹¹, *Ernst BELING* (1906)¹¹²,

¹⁰⁸ *La participación...*, p. 70, cita núm. 161. [En algunas de las abreviaturas de pág. no tenían acento, y para evitar que se nos adjudicara el error, se les escribió éste].

¹⁰⁹ *La participación criminal...*, p. 71. María del Mar CARRASCO ANDRINO, *Los delitos...*, p. 31 cita número 75: En este sentido VON KRIES, A.: <<Ein Beitrag zu der Lehre von der Teilnahme>>, en *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 7, 1887, págs. 521 y sigs., quien recoge bajo la denominación <<excepciones a la doctrina de la participación>>, un conjunto de cuatro principios que explican el porqué de la impunidad del partícipe en diversos casos, a los que se aludirá más adelante.

¹¹⁰ María del Mar CARRASCO ANDRINO, *Los delitos...*, pp. 35 y 36: A partir de un análisis de la jurisprudencia del *Reichsgerichts*, VON KRIES advierte que, en relación con ciertos delitos, la participación de determinados individuos no es sancionada por el Tribunal Superior, a pesar de que la aplicación de las reglas

generales de participación debería haber conducido a su castigo. Así ocurre en la usura respecto de la inducción realizada por el propio prestatario, o en la liberación de presos con la petición que dirige el preso a un tercero para que lo libere. Este estado de cosas lleva al autor a deducir que en tales casos se produce una excepción a la aplicación de las reglas generales de autoría y participación, que agrupa bajo tres principios. Según el primero, la persona, a cuya protección se dirige la ley penal, no puede ser nunca castigada como partícipe en el mismo hecho punible. En este grupo entra la inducción al abuso deshonesto –con personas en relación de dependencia– que el menor de edad puede dirigir al profesor, o la inducción al homicidio consentido por parte del suicida cuando el hecho ha quedado en tentativa. El segundo de los principios se apoya en una regla aceptada en la teoría general de la participación, según la cual una persona que colabora de múltiples formas al mismo hecho delictivo, sólo puede ser sancionada una sola vez. Este principio –se dice– debe ser aplicado también cuando la ley convierte una acción de participación en un delito autónomo. Ello supone que el autor del hecho principal no puede ser castigado además como colaborador en dicho delito autónomo, con independencia de que el hecho principal se encuentre sancionado con una mayor o menor pena o sea completamente impune. Aquí VON KRIES recoge, equivocadamente, como acto de participación elevado a delito autónomo el encubrimiento. La inducción al autoencubrimiento quedaría así impune. De acuerdo con el tercer principio, si del texto legal o de su interpretación sistemática se deduce que el legislador ha querido dejar impunes a determinadas personas, entonces éstas no podrán ser castigadas como partícipes porque ello quebrantaría la decisión legislativa adoptada. En este grupo se incluye –siempre siguiendo al autor– la mera recepción del cobro de la deuda por parte del acreedor en el concurso de acreedores, aun cuando aquél sea consciente de la realización de dicho delito. [En el mismo sentido] Francisco CASTILLO GONZÁLEZ, *La participación...*, pp. 71 y 72: 55.- Para von Kries, las reglas de participación de la Parte General no se aplican a los delitos de participación necesaria, o al menos, tienen una aplicación restringida, conforme a tres principios: El primer principio establece que aquella persona en cuya protección fue emitida una ley penal, no puede ser sancionada como participante en la violación de la misma ley penal. Fundamento de este principio es que la ley penal no puede volverse contra la persona que trata de proteger. Por ejemplo, la persona que ha sido víctima de un contrato usurario no puede ser castigada como cómplice o instigadora del usurero. El segundo principio dice que si la ley ha elevado una acción de participación a la categoría de delito independiente, el autor, punible o impune, de la acción principal, no puede ser sancionado como participante en ese delito independiente. Este principio se fundamenta en otro, según el cual solamente puede castigarse una vez quien ha participado varias veces en un mismo delito, pues la acción principal absorbe, en virtud del concurso aparente de delitos, a la acción de participación convertida en delito independiente. Así, por ejemplo, es impune como participante en el delito de favorecimiento personal (art. 320 Cód. pen.) el delincuente, autor del delito anterior, que instiga a otro a que lo ayude a eludir las investigaciones de la autoridad. El tercer principio establece que cuando del espíritu de la ley o de la relación entre sí de las disposiciones deriva la voluntad del Legislador de no castigar a determinadas personas por la comisión de un hecho punible, es impune también la actividad de participación en éste, de esas personas. Si el Legislador solamente castiga una de dos actividades que se contraponen y que son necesarias para completar el tipo penal, el autor de la actividad impune sigue siendo impune, aun en el caso de que haya traspasado los límites en los que la ley fija su necesaria contribución al delito. Por ejemplo, el artículo 315 Cód. pen, solamente castiga al sobornante, pero no al sobornado (que no haya cometido falso testimonio); según Kries, el sobornado es impune aunque haya instigado al sobornante a hacer la promesa o a ofrecer dádiva.

¹¹¹ Friedrich GEERDS, <<Berthold Freudenthal (1872 – 1929)>>, en Berthold Freudenthal, *Culpabilidad y reproche en el derecho penal*, 2003, p. 45: El interés de FREUDENTHAL por las cuestiones de la *Parte general* se manifiesta ya en su escrito de habilitación, procedente de 1899 y publicado en 1901, *La participación necesaria en el delito*, siquiera para esto pudieron haber sido determinantes también los tipos delictivos en particular. Con todo, en este trabajo se trataba principalmente de los límites entre autoría, coautoría y participación, así como de ciertos problemas de la teoría de los concursos. Francisco CASTILLO GONZÁLEZ, *La participación...*, p. 74: Freudenthal cree que todos los casos de participación excesiva del partícipe necesario pueden ser resueltos unitariamente, conforme a principios lógicos, que llevan a la impunidad. Para este autor, la cuestión se relaciona con el por qué una persona, que participa varias veces y en distintas formas de participación en un mismo delito, solamente puede ser castigada una vez. Y la respuesta es porque las distintas formas de participación están entre sí en relación de subsidiariedad (concurso aparente de delitos), de tal modo que la complicidad es subsidiaria respecto a la instigación y ésta es subsidiaria respecto a la autoría. Igual relación tienen el delito de peligro con relación al delito de resultado, porque el primero representa un peligro para el bien jurídico tutelado, mientras que el segundo lo lesiona. Lo mismo vale respecto a las formas

de participación. Así, la instigación y la complicidad representan simplemente un peligro para el bien jurídico tutelado, mientras que la autoría, dice Freudenthal, representa lesión. Los anteriores principios, de acuerdo a Freudenthal, encuentran aplicación en la participación necesaria. Esta, considerada en abstracto, implica la lesión al bien jurídico tutelado, incluso cuando el participante necesario es impune. La complicidad o la instigación del participante necesario impune son solamente la puesta en peligro del bien jurídico tutelado. Por ello, concluye Freudenthal: “Si una persona puede lesionar o poner en peligro impunemente un bien jurídico conjuntamente con otra, permanece también impune si ella, por medio de apoyo o instigación a esa otra persona, solamente pone en peligro ese mismo bien jurídico”.

¹¹² Francisco CASTILLO GONZÁLEZ, *La participación...*, p. 76: Sin embargo, una norma como la invocada por Beling no existe y el participante es punible, no por corromper al autor, sino por causar el resultado. Así lo reconoció posteriormente el propio Beling, quien dio base diferente a la punición del participante necesario. Para Beling, todo aquel que realice una acción típica, antijurídica y culpable es punible, si se dan las condiciones objetivas de punibilidad y a menos que ésta esté excluida por una condición personal. El participante necesario impune realiza una acción típica, antijurídica y culpable, pero goza de una condición personal, la de participante necesario, que excluye su punibilidad. Esa impunidad existe solamente dentro de los límites fijados por el Legislador; es decir, respecto a aquellos actos que son estrictamente necesarios para llenar el tipo penal de la participación necesaria. Pero respecto a los actos de complicidad o de instigación del participante necesario que excedan lo contemplado en el tipo penal, no hay causa personal de exclusión de la punibilidad y por ello son punibles.

¹¹³ Francisco CASTILLO GONZÁLEZ, *La participación...*, pp. 75 y 76: 59.- Frank afirma la impunidad del participante necesario por los actos de participación que excedan lo requerido necesariamente por el tipo penal. Fundamento de esa impunidad es, según él, un argumento de mayor a menor, derivado de su concepción sobre la causalidad: si el autor, que pone una causa para el resultado, es impune, con mayor razón debe ser impune cuando, a través de actos de complicidad o de instigación, pone una condición para el resultado. La teoría de Frank se apoya en la doctrina de la interrupción de la causalidad por la intervención de un tercero, que es el autor; esta doctrina se basa en diferencias cualitativas (causa – condición) en el plano de la causalidad. Pero hoy día se sigue la doctrina de la equivalencia de condiciones, en la que autor, instigador y cómplice tienen una actuación igualmente causal en la producción del resultado. No es cierta, por tanto, la tesis de Frank, según la cual el autor pone una causa, mientras que el cómplice y el instigador ponen una simple condición para la producción del resultado.

¹¹⁴ *Tratado...*, III, pp. 97 y 98: V. La aplicación de los principios referentes a la participación sufre ciertas LIMITACIONES. 1. Aquella persona, *cuyos intereses están protegidos por una sanción penal*, no puede ser penada por causa de participación en una contravención de esta ley. Así, la raptada no puede ser penada en razón de complicidad en el rapto; ni la discípula a causa de haber instigado al maestro para la comisión del delito sancionado en el § 74, párrafo 1º. del Código penal imperial; ni el menor explotado puede ser punible conforme a los §§ 301 y 302; ni tampoco la víctima de la usura, conforme al § 302, a). 2. Cuando la ley reprime con una pena especial los actos de participación como delitos independientes, mientras que *deja impune el acto principal*, el autor de éste no puede ser castigado, en razón de la instigación o de la complicidad en el acto de participación. El que paga a la proxeneta queda exento de pena, así como el preso que determina a otro a auxiliarle en su propia evasión. 3. Cuando la impunidad de ciertas personas resulta del contexto de las disposiciones legales, estas personas no podrán ser penadas tampoco como participantes en el acto de otro. Esto ocurre, por ejemplo, con el comprador de éstos, según el § 243 de la ley de Quiebras.

¹¹⁵ Francisco CASTILLO GONZÁLEZ, *La participación...*, p. 77: Para Lange, el problema de la impunidad del participante necesario tiene una solución simple. Los únicos delitos que presentan problemas son aquellos de participación necesaria con sanción penal unilateral. Los actos de autoría de este participante necesario impune son también impunes, pues el Legislador, tomando en cuenta su posición subordinada respecto al participante necesario punible, no tipifica su autoría; falta, por tanto, tipificación de la autoridad [*sic; ¿antijuridicidad?*], elemento del delito, que está al mismo rango que la tipicidad de la acción. Tampoco responde el participante necesario impune por actos de participación, que excedan lo requerido en el tipo penal, porque el participante necesario quiere el acto como propio, sus actos de participación son participación en hecho propio, mientras que la participación en sentido estricto, simple causación del resultado, es participación en hecho ajeno. María del Mar CARRASCO ANDRINO, *Los delitos...*, pp. 42–44: Para LANGE el común denominador de los delitos de participación necesaria se encuentra en su unidad

quienes, con argumentos diferentes, aceptan que el partícipe necesario: (1) sólo debe responder por ser autor del delito en el que participó, quedando sin respuesta la otra u otras posibles formas de participación relacionada con la autoría y participación; (2) debe quedar impune por ser un *autor necesario aparente* a quien no se le aplican las formas de participación a título de instigador o cómplice.

1.2.1.3. Supuestos. El reconocimiento de que en la estructura del tipo penal, en ocasiones, se necesita para su integración que dos o más personas participen o <<hagan algo>>, permitió a *Berthold FREUDENTHAL*¹¹⁶ hablar de delitos de convergencia y delitos de encuentro:

problemática más que en una unidad conceptual. En particular, se ocupa del problema de la impunidad del partícipe necesario, esto es, si puede ser castigado como partícipe quien como autor ha quedado impune en la norma de Parte Especial [*sic*; ¿de la?]. Esto le lleva a incluir como delitos de participación necesaria delitos en los que ocasionalmente la víctima colabora en la ejecución de la conducta típica, como ocurre con algunos delitos contra la libertad sexual, entre ellos concretamente el incesto. Así, se cuestiona si la hija menor de edad que incita al padre al estupro puede llegar a ser considerada inductora de dicho delito. Desde esta perspectiva lo que persigue el autor es determinar cuáles son las razones que justifican la impunidad del que contribuye necesariamente en el delito. La respuesta se encuentra condicionada por su teoría del injusto personal. En efecto, LANGE sostiene que en estos delitos existe, del lado del partícipe al que se asigna pena, un momento de injusto material de autor que, en cambio, no está presente, respecto del otro partícipe. Distingue, así, en el ámbito de la participación necesaria tres clases de autoría: la primera, caracterizada por una especial condición de deber, de dominio o de superioridad frente al otro partícipe, presentándose por ello como el sujeto del delito. En este grupo se encuentra el ascendiente en el incesto. En la segunda clase, el autor se define de forma negativa por la falta de especiales relaciones con el bien jurídico protegido. Se dice que ataca al bien jurídico <<desde fuera>>. Así el coagente soltero en el adulterio. En la tercera clase el autor se caracteriza por sus especiales relaciones con el hecho, pero, a diferencia de los del primer grupo, su condición ahora es de inferioridad o de fuerte presión en relación con el otro interviniente en el delito. De esta clase es el partícipe necesario que no está conminado penalmente. Pues bien, de todo ello, se extrae, en primer término, que el autor exige una colaboración *activa* y no meramente pasiva, de sufrir o soportar y en segundo término, que es suficiente con una colaboración activa en sentido <<*natural*>>, sin que, por tanto, el sujeto llegue a ser necesariamente culpable y punible. En otro caso, cuando la contribución de ambas partes tiene expresamente asignada una pena por la norma de la Parte Especial, la principal cuestión estriba en determinar la posición dogmática que ocupan; a saber, si son autores, coautores o partícipes. Asimismo, desde este enfoque problemático, deja de tener relevancia el que el tipo penal requiera conceptualmente para la realización del delito a una pluralidad de sujetos. Lo que importa es si tal colaboración se da en el caso concreto y por tanto, si surge el mismo problema de impunidad. En cualquier caso, una contribución de carácter pasivo que consista en un sufrir o soportar, nunca constituye una participación conceptualmente necesaria en el delito.

¹¹⁶ Berthold FREUDENTHAL nació el 23 de agosto de 1872, en Breslau y muere el 3 de julio de 1929, en Francfort del Meno. En Breslau el 5 de diciembre de 1895 obtuvo el grado de doctor en derecho con su trabajo *El cohecho electoral*. El 30 de junio de 1899 la Facultad de Derecho de Breslau le confirió la *venia legendi* en derecho penal, derecho de gentes, derecho del estado y derecho internacional, en reconocimiento

57.- Freudenthal define los delitos de participación necesaria como “aquellos que, de acuerdo a su tipo penal, presuponen la actuación conjunta de varios en la realización de la acción (en sentido amplio) sometida a pena. Conforme a esta definición, se excluye del concepto de participación necesaria aquellos casos en los que la participación de varios es requerida para la realización del resultado, como, por ejemplo, la estafa o la extorsión, o para el cumplimiento de una condición de punibilidad, sin participación en la acción.

De acuerdo a lo anterior, Freudenthal clasifica los delitos de participación necesaria en delitos de convergencia y en delitos de encuentro¹¹⁷. En los primeros, el tipo penal requiere que en la acción participen varias personas que actúan coordinadamente para la realización de un fin externo al tipo penal (por ejemplo, rebelión (art. 292 Cód. pen.); motín (art. 295 Cód. pen.)). En los segundos, el tipo penal requiere que los participantes necesarios actúen conjunta, pero contrapuestamente para la realización de la acción, la cual requiere, precisamente, este encuentro o participación (por ejemplo, duelo (art. 131 Cód. pen., riña (art. 139 Cód. pen.), sodomía (art. 173 Cód. pen.), incesto (art. 174 Cód. pen.), usura (art. 236 Cód. pen.)). Es claro que todas estas acciones del partícipe necesario deben ser libremente queridas. Por ello no es delito de encuentro la violación, por ejemplo, porque la víctima de ese atentado sexual o es un simple objeto de la acción del delincuente o carece de capacidad psíquica para realizar acciones libremente queridas¹¹⁸.

Esta clasificación es la que se mantiene en la opinión de la *doc jur pen*, sólo que su tratamiento, básicamente, se orienta con la idea inicial, dejándose de lado lo relacionado con los fundamentos de la impunidad del *partícipe necesario aparente*.

1.2.2. *Delitos plurisubjetivos*. Con denominación y tiempo diferentes a la *participación necesaria* el contenido, su desarrollo y la orientación se

de su trabajo *La participación necesaria en el delito*. En 1914 es el primer profesor titular de la cátedra de derecho penal, derecho procesal penal, derecho público y derecho comparado, y en 1915 es el primer decano de la Facultad de Derecho de la Universidad de Francfort. [Tomado de Friedrich Geerds, <<Berthold Freudenthal...>>].

¹¹⁷ María del Mar CARRASCO ANDRINO, *Los delitos...*, p. 40: El análisis de la conducta típica le lleva [se refiere a Freudenthal] a establecer, dentro de los delitos de participación necesaria, la hoy clásica distinción entre delitos de encuentro y de convergencia. En los primeros las varias actuaciones se mueven unas frente a las otras, de manera que lo que se tipifica es su reunión o encuentro. En los de convergencia, las actuaciones corren paralelas unas al lado de las otras, convergiendo hacia una meta común.

¹¹⁸ Francisco CASTILLO GONZÁLEZ, *La participación...*, pp. 73 y 74.

identifican con ella lo que requiere su conocimiento, al menos en líneas generales, para la comprensión de ambas figuras jurídicas.

1.2.2.1. Origen. La preocupación dogmática y el reconocimiento de los *delitos plurisubjetivos* en su lugar de origen, Italia¹¹⁹, se ubica cerca del final de la primera mitad del siglo XX:

Hasta la entrada en vigor del Código Rocco, en 1930, existe un escaso interés de la doctrina italiana por la problemática de los delitos pluripersonales. En concreto, es GRISPIGNI a quien se atribuye el mérito de haber realizado una primera sistematización dogmática en esta materia, acuñando la expresión «delitos plurisubjetivos o pluripersonales». La explicación de esta escasa atención por parte de la doctrina italiana frente a la abundante literatura alemana se ha visto en los distintos presupuestos metodológicos que inspiran a cada uno de los sistemas legales de participación en el delito, más que en el hecho de un cierto retraso en la evolución de la dogmática italiana. En este sentido, se ha puesto de manifiesto cómo la problemática de los delitos pluripersonales sólo comienza a ser objeto de discusión en la doctrina italiana con la instauración, por el Código Rocco, de un modelo unitario de autoría y participación, que apoyado sobre las ideas de la causalidad de la aportación respecto del resultado delictivo y de la mayor peligrosidad del ilícito penal colectivo frente al individual, plantea el problema de explicar por qué, en relación con los delitos pluripersonales, determinadas aportaciones causales, expresamente recogidas en la figura delictiva concreta de la Parte Especial, no se encuentran, a pesar de ello, sometidas a pena¹²⁰.

La idea que GRISPIGNI tiene del *delito plurisubjetivo*, la explica María del Mar CARRASCO ANDRINO:

Los primeros intentos de sistematización dogmática de la participación necesaria se deben, como ya se indicó, a GRISPIGNI. Para este autor, el delito plurisubjetivo es un tipo legal particular, en el que se establece como elemento constitutivo la existencia de una pluralidad de conductas y de sujetos, que figuran como sujetos activos del *hecho punible*. Se trata, así, de ofrecer una definición desde el punto de vista de la tipicidad, esto es, se configura como una clase de tipo penal que difiere estructuralmente de los supuestos comunes de participación, que se presentan sólo como una forma

¹¹⁹ Francesco ANTOLISEI, *Manual...*, p. 416: Para designar esta categoría de delitos, que antiguamente se denominaban “colectivos” en contraposición a los “individuales”, GRISPIGNI ha propuesto la denominación de *delitos plurisubjetivos*, denominación que ha merecido el favor de la doctrina.

¹²⁰ María del Mar CARRASCO ANDRINO, *Los delitos...*, pp. 10 y 11.

de manifestación del delito. De esta definición genérica el autor extrae los siguientes elementos: en primer lugar, que el tipo penal objetivo se refiera en su propia descripción a una *pluralidad de sujetos*; en segundo lugar, que la referencia a dichos individuos se haga porque desarrollen *una determinada conducta* y, en tercer término, que esta pluralidad de conductas sea un *elemento necesario o constitutivo del tipo*. De este modo se consigue distinguir el delito plurisubjetivo de otros tipos con conducta plural, como puedan ser, por ejemplo, los tipos compuestos o los habituales, en los que la pluralidad de conductas –como se ha manifestado más atrás– corresponde estructuralmente a un mismo sujeto y de los supuestos de realización colectiva (codelinuencia) del ilícito penal, en los que la concurrencia de varios individuos no es elemento constitutivo del tipo, dado que admite también la versión unipersonal¹²¹.

1.2.2.2. Desarrollo. La concepción del *delito plurisubjetivo*, como estructura típica que requiere de varios sujetos activos para su configuración y en la que todos son punibles, habría de modificarse –al igual que en la participación necesaria– para agregar a esta idea inicial, la impunidad de alguno de los sujetos activos necesarios. Con estas dos orientaciones se hablará de delitos plurisubjetivos en sentido estricto y en sentido amplio¹²²:

En consecuencia, desde este criterio se distingue entre delitos pluripersonales en sentido estricto y en sentido amplio. De acuerdo con la *concepción estricta*, el concepto se reserva para aquellos tipos penales en los que, requiriéndose una pluralidad de sujetos y conductas en la realización del delito, todos los sujetos activos son objeto de punición –delitos

¹²¹ María del Mar CARRASCO ANDRINO, *Los delitos...*, pp. 12 y 13.

¹²² Francesco ANTOLISEI, *Manual...*, p. 416: En el ámbito del grupo de que venimos hablando, se impone una distinción fundamental. En efecto, mientras frecuentemente las acciones u omisiones necesarias para la existencia del delito están todas ellas sujetas a sanción, en no pocos casos solo [*sic*; ¿*sólo*?] algunas de ellas son punibles, como acaece, por ejemplo, en la corrupción de menores (art. 530 del C.P.), en la explotación de prostitutas (art. 3º, n. 8, ley de 20 de febrero de 1958, n. 75) y en la usura (art. 644), delitos en los cuales se castiga al corruptor, al explotador y al usurero, no a la otra persona que coopera en el hecho. Los delitos del primer grupo pueden designarse con la locución de “delitos plurisubjetivos en sentido estricto”; es más, en rigor, solo [*sic*; ¿*sólo*?] a ese subgrupo se asigna la nueva denominación propuesta, pues en el otro el sujeto activo del delito es uno solo. Silvio RANIERI, *Manual...*, pp. 75 y 76: En esta categoría de delitos, que se denominan *plurisubjetivos* porque, como se ha dicho, su modelo legal exige la cooperación necesaria de la conducta de varias personas, se distinguen dos grupos fundamentales: a) el primero es aquel en que varios sujetos son considerados por la ley como punibles; por ejemplo, la riña, la asociación para delinquir, etc.; b) el segundo, en cambio, es aquel en que el modelo legal de los delitos que en él se encuentran comprendidos, aunque exige la cooperación necesaria de varios sujetos, sin embargo prevé como punible a uno solo de ellos; por ejemplo la usura, la corrupción de menores, etc. Por lo tanto, puede decirse que si en este grupo los delitos son *plurisubjetivos*, como los del primero, porque solo [*sic*; ¿*sólo*?] pueden ser realizados con el concurso necesario de la conducta de varias personas, sin embargo, son *monosubjetivos*, en lo que atañe a la *punibilidad*, ya que el delito, a pesar de la cooperación de varios sujetos, es de uno solo de ellos.

pluripersonales propios—. Es esta una tesis minoritaria, en la que, a su vez, las posiciones se subdividen en dos corrientes en función de cuál sea el referente de la punibilidad adoptado¹²³.

Frente a estas corrientes, la mayoría de la doctrina italiana se manifiesta partidaria de una *concepción amplia del delito plurisubjetivo*, dentro de la que se distinguen, como dos clases de un mismo género, los delitos pluripersonales propios e impropios, según que todos los partícipes necesarios se encuentren o no expresamente sancionados en la norma de la Parte Especial. Se abandona el criterio de la punibilidad como elemento característico de los delitos pluripersonales, convirtiéndose en una de sus posibles consecuencias jurídicas. Lo propio de esta categoría dogmática se halla en una distinta estructura típica, que se caracteriza, en *primer lugar*, porque se compone de varias conductas, cada una de las cuales corresponde inevitablemente a un sujeto distinto; en *segundo lugar*, porque dicha pluralidad de conductas y sujetos es un elemento esencial en la lesión del bien protegido, de manera que el ataque al bien jurídico deriva de la conducta colectiva, sin que sea cada una de ellas autosuficientemente lesiva; en *tercer lugar*, esta contribución plural sólo produce la lesión de un único bien jurídico protegido, lo que supone la existencia de un solo delito¹²⁴.

1.2.2.3. *Supuestos*. Sin que GRISPIGNI acepte expresamente la influencia de Berthold FREUDENTHAL, en la clasificación que él hace de los supuestos de *delitos plurisubjetivos*, se ve la orientación de las ideas del autor alemán:

GRISPIGNI se sirve de dos criterios para clasificar los delitos pluripersonales. A uno de ellos, el de la *relevancia jurídica* de las distintas contribuciones necesarias, ya se ha hecho referencia al distinguir entre los delitos pluripersonales en sentido amplio y en sentido estricto. El otro criterio atiende a la *estructura del tipo* de los delitos pluripersonales que se deriva de la distinta naturaleza de las conductas. Se parte, con ello, del mismo punto de vista adoptado por FREUDENTHAL —la dirección del movimiento de las distintas contribuciones—, si bien matizado al considerar además la naturaleza igual o distinta de la pluralidad de conductas, su simultaneidad o sucesión en el tiempo, etc. Con la combinación de estos diversos aspectos consigue GRISPIGNI una agrupación sumamente detallada de las distintas clases de delitos pluripersonales.

En primer término, según la dirección del movimiento de las diversas conductas, se distingue entre los *delitos pluripersonales de dirección recíproca* y los *delitos pluripersonales unilaterales o de conductas que van*

¹²³ María del Mar CARRASCO ANDRINO, *Los delitos...*, p. 22.

¹²⁴ María del Mar CARRASCO ANDRINO, *Los delitos...*, p. 25 y 26.

en la misma dirección¹²⁵, que coinciden con los llamados por FREUDENTHAL, respectivamente, delitos de encuentro y de convergencia. La peculiaridad de los primeros radica en que las contribuciones necesarias se mueven las unas hacia las otras, en una dirección recíproca, de manera que el delito consiste en el encuentro de las distintas conductas. Ello significa que cada conducta aisladamente carece de relevancia jurídica alguna para cometer el hecho delictivo. A su vez, estos se subdividen en delitos *bilaterales* como la bigamia y delitos *plurilaterales* como la participación en riña tumultuaria, según que intervengan dos o más sujetos¹²⁶.

¹²⁵ Silvio RANIERI, *Manual...*, pp. 78 y 79: Según su *estructura*, derivada del distinto modo de manifestarse cada una de las conductas, los delitos plurisubjetivos se pueden dividir en *varias clases* y, precisamente, en éstas: 1) *delitos plurisubjetivos de conductas paralelas* son aquellos en que cada una de las conductas de los sujetos necesarios se desarrolla, en colaboración, en un mismo plano y en una misma dirección, y parte de un mismo punto hacia un resultado igual; por ejemplo, el abandono colectivo de cargos, empleos servicios o trabajos públicos (artículo 330); la huelga por fines políticos (artículo 503), etc. En estos delitos la ley establece a menudo el número mínimo de las personas cuyo concurso es indispensable; por ejemplo, tres, cinco, etc.; 2) *delitos plurisubjetivos de conductas convergentes* son aquellos en que las conductas de cada uno de los sujetos necesarios se desarrollan en colaboración, partiendo de puntos opuestos y la una hacia la otra. Pertenecen a esta clase los delitos de *asociación* (por ejemplo, asociaciones subversivas, art. 270; asociaciones antinacionales, art. 271; asociación para delinquir, art. 416, etc.) y de *participación* (por ejemplo, participación en préstamos a favor del enemigo, artículo 249; en juegos de azar, artículo 270, etc.), y, además, el adulterio (artículo 559), el concubinato (artículo 560) y la bigamia (artículo 556). 3) *delitos plurisubjetivos de conductas contrapuestas* son aquellos en que cada una de las conductas de los sujetos necesarios se desarrolla, en colaboración, partiendo de puntos opuestos y la una contra la otra; por ejemplo, el uso de armas en duelo (artículo 396) o la riña (artículo 588). Giuseppe MAGGIORE, *Derecho penal. V. I: El derecho penal – el delito*, 2000, p. 301: Delitos *colectivos* o *plurisubjetivos* son los que, por su estructura, no pueden ser cometidos sino por varias personas, agentes en concurso *necesario*, es decir, por una colectividad. Se dividen en delitos de *conducta convergente*, si la actividad de los sujetos se despliega en una misma dirección, de modo que se mueven el uno *hacia* el otro (como el adulterio, la huelga, la asociación para delinquir); de *conducta antitética*, si la actividad de los sujetos tiende a opuestas direcciones, de modo que se mueven el uno *contra* el otro (riña, duelo). Francesco ANTOLISEI, *Manual...*, p.417: Los delitos en los cuales se produce el concurso necesario de personas son muy numerosos y presentan gran variedad. Es cierto que a veces las acciones de distintos sujetos se *despliegan en una misma dirección*, y colaboran en un mismo resultado, como ocurre en la conspiración política por medio de asociación o en la participación de una banda armada. Otras veces las acciones parten de puntos opuestos, moviéndose la una *en dirección* a la otra (ejemplo: incesto, bigamia), o bien la una *contra* la otra (ejemplo: duelo, riña). En esta diferencia se funda la distinción que hacen algunos autores entre delitos colectivos unilaterales y delitos bilaterales o recíprocos.

¹²⁶ Giuseppe MAGGIORE, *Derecho penal. V. I...*, p. 301: Se dividen también en *bilaterales*, si solo [*sic*; ¿*sólo*?] requieren la participación de dos personas (adulterio, incesto, bigamia); en *plurilaterales*, si las personas concurrentes son más de dos (conspiración, asociación para delinquir, huelga, abandono colectivo de oficio, etc.). Silvio RANIERI, *Manual...*, p. 79: Los delitos plurisubjetivos también son clasificados por la doctrina en *unilaterales* y *bilaterales* o *recíprocos*, según que las diversas conductas estén orientadas en un sentido convergente *hacia* el resultado, como el delito de banda armada (artículo 306), de asociación para delinquir (artículo 416), o según que las conductas estén dirigidas la una *hacia* la otra, como en la hipótesis del delito de adulterio (artículo 559), de bigamia (artículo 556), de corrupción (artículos 319, 320, 321) o la una *contra* la otra, como en la hipótesis del delito de duelo (artículo 396), de riña (artículo 588). Francesco CARNELUTTI, *Lecciones de derecho penal. El delito*, 1952, p. 296: Un segundo criterio se puede referir a la *independencia* o *dependencia* de las acciones concurrentes, las cuales obran unas veces cada una por sí y otras veces en relación una con otra, relación que puede ser tanto simple como recíproca; en ese aspecto compare el alumno la *huelga* (art. 502) con el *aborto en mujer que lo consienta* (art. 546) o con el *uso de las armas en duelo* (art. 396): cada uno de los huelguistas ejecuta una acción físicamente aislada, pero, en cambio, quien procura el aborto, actúa sobre el cuerpo de la mujer, y los duelistas tratan de herirse recíprocamente. Hasta ahora se ha presentado esta distinción *sub specie* de la *convergencia* o de la *divergencia* de las acciones, y se

Por su parte, los *delitos pluripersonales unilaterales* se caracterizan por que las distintas conductas se mueven, paralelamente, en la misma dirección hacia la consecución de una meta común, que representa la consumación del hecho delictivo, por lo que se dice que convergen en la realización del resultado delictivo.

A su vez, tanto los delitos de encuentro como los de convergencia pueden subdividirse en dos categorías diversas, según que las contribuciones sean homogéneas o heterogéneas¹²⁷.

Al igual que en la *participación necesaria*, en los *delitos plurisubjetivos* la idea que más se explica por los autores es la que se refiere al número de intervinientes en la estructura del tipo penal, ignorando o dándole un tratamiento marginal a los supuestos de impunidad del *autor necesario aparente*, siendo este tema, uno de los de mayor importancia, como lo reconoce *Francesco ANTOLISEI*:

Interesa mucho, en cambio, precisar qué sujetos son punibles y qué otros no en el concurso necesario.

En general, en el ámbito doctrinario se dice que cuando el sometimiento a pena del sujeto cuyo comportamiento se exige para que exista el delito, no

ha distinguido así entre delitos plurisubjetivos *de convergencia* (o también *delitos plurisubjetivos unilaterales*) y delitos *de encuentro* (o delitos *plurisubjetivos bilaterales*); pero me parece que, así planteada la distinción, es muy aproximativa: entre otras cosas, como ya lo indicamos, no siempre la divergencia o, mejor, dependencia entre las acciones presenta el carácter de la reciprocidad, como bien aparece de la comparación entre el aborto *sobre mujer que lo consienta* y el *duelo*, o entre el *soborno en acto de oficio* (art. 318) y el *adulterio* (art. 559); como quiera que sea, la fórmula de la dependencia me parece más precisa que la hasta ahora adoptada. [*Y en otro trabajo también se refiere al tema*] *Teoría general del delito*, pp. 280 y 281, cita número 116: En estos casos [*se refiere a los de concurso necesario*], la doctrina del Derecho penal habla de delitos *colectivos*. La ulterior distinción entre delito *colectivo* y delito *bilateral*, que se distinguiría del primero “porque en el delito colectivo la necesidad de un concurso de sujetos nace de una determinación de la ley, mientras que en el delito bilateral es la naturaleza del hecho la que implica la necesaria actividad de dos personas” (ejemplo: adulterio, bigamia, duelo, corrupción de funcionario público; MASSARI: *Le dottrine generali del diritto penale*, pág. 95), no se refiere tanto a la *necesidad del concurso*, que se deduce siempre de la naturaleza de las cosas, como al *número de los concurrentes*, que puede derivar, por el contrario, de una determinación de la ley; ejemplo artículo 416 (*asociación para delinquir*). La denominación de delito colectivo no es, sin embargo, usada siempre en el sentido anterior: VON LISZT – SCHMIDT, *ob. cit.*, § 55, pág. 341. [*En la doc jur pen mexicana, también, los delitos colectivos no son un supuesto de concurso necesario. Véase por todos Raúl CARRANCÁ Y TRUJILLO/Raúl CARRANCÁ Y RIVAS, Derecho..., pp. 689 a 691. En esta última se dice:*] En nuestra jurisprudencia el caso más destacado y típico de muchedumbre delincuente lo ha constituido el del pueblo de Coyoacán, D.F., que reaccionó contra las provocaciones de un grupo conocido popularmente con el nombre de “camisas rojas”, habiendo dado muerte horripilante por lapidación a uno de éstos. Decretada la formal prisión, por homicidio, de dos de los presuntos responsables, nos tocó, como jueces del proceso en 1935, absolverlos finalmente por insuficiencia de la prueba de cargo (v. A. J., t. XII, págs. 721 y sigs.).]

¹²⁷ María del Mar CARRASCO ANDRINO, *Los delitos plurisubjetivos...*, pp. 63 y 64. [*La participación relacionada con estas subdivisiones la da esta autora en las pp. 65 al 68*].

resulta de la norma incriminadora, ese sujeto queda impune en virtud del principio *nullum crimen sine lege*. Así, si la ley castiga el hecho de “vender” determinada materia y no contempla el hecho correlativo de quien la adquiere, no se puede castigar al comprador. En una palabra, ante el silencio de la ley, valdría el principio de la no incriminalidad.

A nosotros nos parece que este criterio es demasiado absoluto. Ciertamente, *cuando la ley protege a una de las personas que con su comportamiento concurren a la existencia del delito, esa persona no es punible*, como acaece en la usura, en el rapto consensual, en la corrupción de menores, en la inducción a matrimonio mediante engaño, etc. Dígase lo mismo cuando la ley castiga excepcionalmente la instigación a cometer un hecho que de suyo constituye delito, como en los delitos contemplados en los ns. 5º y 6º de la ley del 20 de febrero de 1958, n. 75 (inducción a la prostitución). En los demás casos el criterio no es tan seguro, pues la indicación de una sola de las personas concurrentes puede provenir de una imperfecta formulación de la norma. La remisión al canon sancionado por el art. 1º del Código no es decisiva, pues aquí no se trata de extender analógicamente la ley penal, sino de establecer si hay que aplicar o no el principio general en virtud del cual quien concurre a la producción de un delito, responde de él. Trátase, por tanto, de una cuestión interpretativa, que debe resolverse en cada caso sobre la base de la *voluntas legis*. Hay que indagar a este propósito si la excención de pena del concurrente necesario, no indicada en la norma, responde a la finalidad de ella y a las directivas generales del ordenamiento jurídico. Sobre la base de este criterio, por ejemplo, en el delito de *madamato* configurado por la ley del 29 de junio de 1939, n. 1004, había que considerar exento de pena al nativo que necesariamente concurría al hecho¹²⁸.

Como propuesta para atemperar la inseguridad jurídica que se refleja en el tema, *Francesco CARNELUTTI*, dice:

¹²⁸ *Manual...*, pp. 417 y 418. Silvio RANIERI, *Manual...*, pp. 76 y 77: Además, en este último grupo de delitos la *exención de la pena* del partícipe necesario se verifica: 1) o porque la norma, aunque reprime teniendo en cuenta el interés público, protege al partícipe necesario que, en cuanto está amparado por aquella, no puede sufrir su sanción; por ejemplo, la usura de que habla el artículo 644 no puede ser realizada sin la participación necesaria de la persona que se encuentra en estado de necesidad extrema y que debe dar o prometer intereses u otras ventajas usurarias; la corrupción de menores, prevista en el artículo 530, exige la participación necesaria de la persona menor de dieciséis años, moralmente no corrompida, etc. En estos casos no se puede decir que el partícipe necesario no es punible porque su concurso es completamente pasivo, y sufre la acción del sujeto punible, ya que su situación no cambiaría si instigara a éste al delito, como en la hipótesis de quien incita y persuade al usurero a darle el dinero y lo ilusiona con la promesa de un interés usurario, etc.; 2) o porque la norma castiga solo [*sic; ¿sólo?*] al sujeto que se hizo parte activa y no a aquel que obró sufriendo su acción; por ejemplo, en la hipótesis de instigación a la prostitución de un descendiente, de la esposa, de la hermana o del afín en línea recta descendiente, según lo previsto en el núm. 3 del artículo 4º. de la ley núm. 75, del 20 de febrero de 1958; 3) o porque la norma, no obstante haberse hecho todos los sujetos parte activa, castiga solo [*sic; ¿sólo?*] a aquel cuya acción constituye ofensa del bien jurídico protegido; por ejemplo, el delito de amancebamiento de blancos con indígenas africanas, previsto en la ley núm. 1004, expedida el 29 de junio de 1939, en virtud de la cual es punible el ciudadano y no el nativo, no obstante ser necesaria su participación activa.

253. *Régimen del delito plurisubjetivo.*- Como el delito plurieventual (en la terminología del código, *delito complejo*) excluye la *acumulación de delitos*, el delito plurisubjetivo excluye el *delito concursal*. No debe entenderse esto en el sentido de que, como un delito plurieventual puede acumularse con otro delito (por ejemplo, el robo con la lesión personal o con el homicidio), tampoco pueda haber concurso de un delito plurisubjetivo (por ejemplo, el intermediario entre el funcionario público sobornado y el sobornado es ciertamente un concurrente en el soborno), sino en el de que, como no hay acumulación entre los delitos singulares combinados en el delito plurieventual, tampoco hay concurso entre los agentes cuyas acciones se combinan en el delito plurisubjetivo. Por consiguiente, si el Código, sobre esta delicada y complicada materia de las combinaciones entre los delitos, estuviese armónicamente construido, al final del capítulo tercero del título cuarto del libro primero, dedicado al “concurso de personas en el delito”, debería contener una norma, análoga a la del art. 84, en la cual se dijera que las disposiciones precedentes, o sea las reglas acerca del concurso, no se aplican cuando, para usar el lenguaje de la ley, el concurso de varias personas se considera como elemento constitutivo o como circunstancia agravante de un delito. Aunque no exista esta norma, el principio relativo resulta, sin embargo, del sistema del Código penal, aunque sólo fuese en cuanto está en él establecido el castigo de los agentes singulares independientemente del art. 110¹²⁹.

En la *doc jur pen comparada* se refieren a la *participación necesaria* o a los *delitos plurisubjetivos*, entre otros: *Franz von LISZT* (pp. 77 y 78): V. Poca fortuna obtuvo el planteamiento del concepto de la PARTICIPACIÓN NECESARIA (Schütze, 1869) o del *concursum necessarium*. Este se daría en los actos punibles que, según su definición legal, exigen idealmente la cooperación de varias personas. De hecho, son necesarios siempre, en este caso, actos de coautor, en el sentido técnico. A este concepto pertenecen dos grupos de actos punibles. 1. Aquellos en los cuales los actos de los que necesariamente obran juntos se dirigen recíprocamente uno contra el otro: el duelo, la compra de votos (delitos de encuentro [Begenungs delikte], según Freudenthal). 2. Aquellos en los cuales los actos de los que necesariamente obran juntos convergen hacia el exterior, como la rebelión y la sedición (delitos convergentes, según Freudenthal). En este caso es la cooperación, ora un elemento esencial del hecho (como en los §§ 115 y 122 del Código penal), ora una circunstancia agravante (como en los §§ 123, párr. 2º., y 223 a). *Reinhart MAURACH/Karl HEINZ GÖSSEL/Heinz ZIPF* (pp. 401 y 402): A) PARTICIPACIÓN IMPROPIA O NECESARIA. Dentro de los muy numerosos tipos del Código Penal alemán que presuponen necesariamente para la construcción del delito la colaboración de varios sujetos, se distinguen desde Freudenthal, *o.p. cit.*, los dos grandes grupos de los llamados *delitos de convergencia* y *delitos de encuentro*. Los primeros, que se caracterizan por la actuación conjunta o accesoria de varias personas dirigida a una meta común, como por ejemplo el motín de presidiarios (§ 121), el grave allanamiento de morada (§ 124), la perturbación de la paz (§ 125) o las lesiones corporales causadas en común (§ 223a), no presentan peligro debido a la punibilidad de todos los colaboradores convergentes en la participación necesaria (cfr. Lange, 12, y Otto, *Lange – Festchrift*, 199); si acaso la punibilidad afecta a *todos* los intervinientes o bien sólo a *algunos* de los colaboradores, es una cuestión que no se plantea en este lugar. Distinto es el caso de los llamados delitos de encuentro. Estos presuponen la pluralidad de personas activamente intervinientes, cuyas acciones, sea con una dirección de voluntad coincidente o no, se acercan mutuamente; es decir, el *encuentro* de las diversas actuaciones de voluntad tiene efecto constitutivo para el tipo. En la práctica, este efecto opuesto o recíproco puede tener muy diversas configuraciones, no sólo en la dirección de voluntad sino también en la forma externa, como por ejemplo en forma de coautoría (§ 173), de inducción (§ 174, inc. 2º, nº 2; § 176, inc 5º, nº 2, y § 333), de la complicidad (§ 180 y 283c, d) o también de todas las formas de intervención (§ 125), por lo cual parece más correcto hablar de *intervención* necesaria que de *participación* necesaria. *Johannes WESSELS* (pp. 171 y 172): 5. Se habla de *participación necesaria* cuando un tipo está concebido en forma tal que su realización ya

¹²⁹ *Lecciones de derecho penal. El delito*, 1952, p. 297.

presupone conceptualmente la participación de varias personas, por ejemplo, el coito entre parientes (§ 173) y el abuso sexual de personas protegidas (§ 174). Si se trata de un *delito* llamado *de encuentro*, en que un partícipe se sitúa como autor y el otro como víctima, el partícipe que la ley no amenaza con pena, es *impune* si no supera el grado de la participación necesaria o –en caso de que esto ocurra– si la disposición penal sirve, precisamente, a su protección (s. 65, 416 del TdR, y 10, 386, del TF; Jescheck, § 64, VI; Otto, Hom. a R. Lange, p. 197). En el caso previsto en el § 174, I, 1, una alumna es, por consiguiente, impune si ha instigado a su profesor a actos sexuales. *Hans-Heinrich JESCHECK/Thomas WEIGEND* (p. 751): 1. Concorre la *participación necesaria* cuando un tipo está configurado de tal manera que para su realización es imprescindible conceptualmente la intervención de más de una persona; así sucede con el homicidio a petición (§ 216), la usura (§ 302a), el acceso carnal entre parientes (§ 173), el abuso sexual de personas sometidas al cuidado o custodia del autor (§ 174), el favorecimiento de acciones sexuales de menores de edad (§ 180), el encubrimiento personal (§ 258), la rufianería (§ 181) o el favorecimiento de acreedores (§ 283c). Se ha advertido con razón que la expresión “participación necesaria” no es completamente exacta ya que, por un lado, puede tratarse de una coautoría y, por otro, porque la colaboración no tiene por qué alcanzar la categoría de la participación. Los supuestos de participación necesaria se clasifican en delitos de convergencia y delitos de encuentro. En los **delitos de convergencia** las actividades de los intervinientes se dirigen conjuntamente al mismo objetivo, como sucede con el motín penitenciario (§ 121), el allanamiento de morada agravado (§ 124) y el robo con cuadrilla (§ 244 I núm 3). Dado que en virtud de la propia Ley en estos supuestos todos los intervinientes son punibles como autores, aquí no se plantea el problema de la participación necesaria. En los **delitos de encuentro** las actividades de los intervinientes, ciertamente, se dirigen al mismo objetivo, pero lo hacen desde lados distintos de modo que las acciones, en cierto modo, acaban por encontrarse como sucede con el favorecimiento de acciones sexuales de menores (§ 180). Aquí la Ley castiga a través de concretas disposiciones penales sólo a determinados intervinientes, quedando de este modo los demás impunes. Esto rige, por ejemplo, para el abuso sexual de personas sujetas al cuidado o custodia del autor (§ 174), el acceso carnal con parientes que todavía no han cumplido dieciocho años (§ 173 III), el cohecho (§ 331), el encubrimiento real (§ 257 III 1) o el personal (§ 258 V). En estos supuestos resulta problemático si, como consecuencia de la esencia de la participación punible, el sentido de la correspondiente disposición penal y el principio de igualdad, no se podría también castigar al partícipe necesario por inducción o complicidad cuando sobrepasa la “intervención mínima” presupuesta por el tipo. La jurisprudencia ha rechazado hasta el momento una restricción de este tipo y, por tanto, ha **aceptado la punibilidad del partícipe necesario** cuando induce al otro a una parte del hecho o le **apoya “desarrollando un papel que excede del que le corresponde”**. *Silvio RANIERI* (p. 75): Hay, en cambio, delitos que, según su modelo legal, pueden ser perpetrados solo [*sic*: ¿sólo?] con la cooperación de varias personas; por ejemplo el duelo, el adulterio, la bigamia, etc. Estos delitos se denominan *de varios sujetos* o *plurisubjetivos* o *de concurso necesario*. *Luis JIMÉNEZ DE ASÚA* (p. 495): (...) no a la de índole necesaria; es decir, a la requerida por la definición legal de ciertas figuras delictivas. La pareja se precisa en el duelo y en la riña; en el adulterio y en el amancebamiento. Sirvan estos ejemplos para demostrar lo que acabamos de decir. Más repitamos que esta cooperación necesaria no es la codeincuencia, sino que afecta a la naturaleza misma de los tipos legales aludidos. *Francisco MUÑOZ CONDE/Mercedes GARCÍA ARÁN* (p. 276): En algunos tipos delictivos se plantean, sin embargo, algunas cuestiones en relación con el sujeto activo. En primer lugar tenemos, los *delitos plurisubjetivos*, en los que el tipo exige la concurrencia de varias personas, bien concurriendo uniformemente para la consecución del mismo objeto (*delitos de convergencia*: rebelión, asociación ilícita), bien autónomamente como partes de una misma relación delictiva (*delitos de encuentro*: el cohecho, en el que interviene el funcionario y la persona que lo soborna). De estos delitos deben distinguirse los casos de *participación necesaria* en los que intervienen también varios sujetos en la realización de la acción, pero uno de ellos permanece impune por ser precisamente el titular del bien jurídico protegido en el tipo (el sujeto pasivo en la agresión o abusos sexuales; el menor en los delitos relativos a la prostitución de menores, etc.)¹³⁰. *Manuel COBO DEL ROSAL/Tomás Salvador VIVES ANTÓN* (pp. 439): Atendiendo al *sujeto activo* los tipos pueden clasificarse en *comunes* y *especiales*, clasificación que ya fue ampliamente tratada. Igualmente se dividen los tipos en *unipersonales* y *pluripersonales*, según que requieran la presencia de uno o varios *sujetos activos*. [*Y después de hacer una crítica a la participación necesaria o impropia de la doctrina alemana en la p. 441, se agrega.*] Los tipos pluripersonales se dividen a su vez en *delitos de convergencia* en los que las conductas de los distintos sujetos se dirigen unilateralmente a la consecución de un fin unitario, y *delitos de encuentro*, en los que, las “acciones, ya con coincidente dirección volitiva, ya sin esa coincidencia, se impelen recíprocamente entre sí, de suerte que el *encuentro* de las distintas actuaciones volitivas produce el efecto de constituir el tipo”¹³¹. Característicos del primer grupo, son los llamados *delitos de coalición o de organización*, como v.g., las asociaciones ilegales. Característicos del segundo grupo serían una serie de figuras, como la ya desaparecida de adulterio, algunos supuestos de cohecho, etc. *Juan BUSTOS RAMÍREZ* (p. 189): b a) *Número de sujetos*.- Hay que

¹³⁰ Este análisis lo hace en el apartado destinado al sujeto activo como elemento del tipo penal.

¹³¹ El entrecorillado se refiere a la cita de: MAURACH, R., *Tratado*, cit., vol. II, pág. 352.

diferenciar entre delitos individuales o monosubjetivos, para los cuales basta con un solo sujeto, ya sea activo o pasivo, para su configuración y otros que requieren necesariamente una pluralidad de sujetos activos (asociación ilícita, arts. 173 ss.) o pasivos (el llamado delito masa, ver infra párra. 67), es decir, plurisubjetivos o colectivos. *Santiago MIR PUIG* (p. 208): D) En atención a la relación entre sujeto activo y sujeto pasivo, se habla de **delito de encuentro**, caracterizado por la necesidad de que el sujeto pasivo colabore con el sujeto activo. *Ejemplo*: el incesto del art. 182 II, 1º CP u otros abusos sexuales. En ellos es preciso que la víctima no se oponga al acceso carnal, puesto que de otro modo concurriría una agresión sexual más grave. Se produce en estos casos lo que se llama <<participación necesaria>>, que plantea la cuestión del tratamiento jurídico – penal que corresponde al sujeto pasivo. Según el Tribunal Supremo de la República Federal Alemana: a) Si la intervención del sujeto pasivo *no sobrepasa* la participación que requiere el tipo, permanece impune. b) Si el sujeto pasivo *sobrepasa* la intervención prevista por el tipo, induciendo o cooperando de forma innecesaria, su conducta debe castigarse. La doctrina se aparta de este planteamiento: si el sujeto pasivo constituye *siempre* el objeto de protección de la norma, su conducta ha de quedar *en todo caso impune*. Comparto esta formulación. *Miguel POLAINO NAVARRETE* (pp. 444 y 445): 6. *Delitos pluripersonales*. Los delitos pluripersonales son aquellos que exigen una pluralidad de sujetos activos de la conducta a) *Delitos pluripersonales de conductas convergentes*. Se denomina delitos pluripersonales de *conductas convergentes* aquellos tipos delictivos en los cuales participan al menos dos sujetos activos cuyas acciones imprescindibles concuerdan en el recíproco consentimiento de ambos sujetos sobre un determinado contenido lesivo de bienes jurídicos. *Ejemplo*: el delito de cohecho (arts. 419 y sigs. del Código penal de 1995,) que sanciona a <<la autoridad o funcionario público que, en provecho propio o de un tercero, solicitare o recibiere, por sí o por persona interpuesta, dádiva o presente o aceptare ofrecimiento o promesa para realizar en el ejercicio de su cargo una acción u omisión constitutiva de delito...>>. Se requiere en el tipo de cohecho, en su modalidad de recibir dádiva o presente, un funcionario público que reciba la dádiva y otra persona que la ofrezca. Las conductas de ambos sujetos (el que ofrece y el que recibe la dádiva o presente) son convergentes, pues se unen en un mismo fin determinado. b) *Delitos pluripersonales de conductas contrapuestas*. Al igual que los delitos pluripersonales de conductas convergentes, los tipos pluripersonales de *conductas contrapuestas* exigen que en la acción participen al menos dos sujetos cuya intervención es imprescindible para que se produzca el delito, pero – a diferencia de los anteriores – estos tipos de delito requieren que un sujeto actúe voluntariamente (manifestando su voluntad de realizar la acción y realizándola) y el otro sujeto manifiesta su oposición a la acción, produciéndose no obstante ésta. *Ejemplo*: el delito de violación (art. 178 del Código penal de 1995) que exige la acción de un sujeto que lleva a cabo la agresión sexual y otro que la sufre¹³². (...) 8. *Delitos colectivos*. Como excepción a la categoría de los delitos individuales, determinados tipos delictivos requieren para su ejecución necesariamente la ineludible concurrencia de una pluralidad de sujetos, conforme a una configuración positiva que exige una orgánica integración de un colectivo determinante de una integración societaria del sujeto activo. *Ejemplo*: el delito de asociación ilícita (arts. 515 y sigs. del Código penal de 1995). *Diego – Manuel LUZÓN PEÑA* (p. 304): a) *Por el autor o sujeto activo*. 1) Por el número de sujetos los tipos pueden ser: *unisubjetivos* –son la mayoría–, que requieren un solo autor, aunque no importa que en el caso concreto intervengan varios; o *plurisubjetivos*, que conceptualmente exigen la intervención de más de un autor. Dentro de éstos puede distinguirse a su vez: *delitos de conducta unilateral o de convergencia*, en que las conductas de los sujetos se dirigen al mismo objetivo típico, como la rebelión (art. 214 CP 1994 o 472 CP 1995), la asociación para delinquir (art. 172 CP 1944 o 513 CP 1995) o el aborto consentido (arts. 411, 2º. y 413 CP 1944 o 145.1 y 2 CP 1995); y *delitos de conducta bilateral o de encuentro*, en que las conductas, aunque complementarias, persiguen un objetivo distinto y tienen también distinto sentido, como en el cohecho activo y pasivo (arts. 391 y 385 CP 1944 o 419 y 423 CP 1995). De los delitos plurisubjetivos auténticos o en sentido estricto hay que distinguir los *delitos plurisubjetivos aparentes o en sentido amplio*, en los que, aunque el tipo requiere la intervención activa de varios sujetos, algunos no son autores o auténticos sujetos activos del delito, sino sólo sujetos activos materiales o de la acción, pero su colaboración es precisamente forzada por el autor o está viciado su consentimiento: se trata de casos de *participación necesaria* que son por ello impunes –pues en muchos casos ese aparente sujeto activo es realmente sujeto pasivo del delito–; así sucede con la anuencia del menor para el acceso carnal en el estupro o abusos sexuales estuprozos (arts. 434 ss. CP 1944 o 181 ss. CP 1995), con la del prestatario en la usura (art. 542 CP 1944, suprimido en el CP 1995), con la del consumidor no traficante en el tráfico de drogas (art. 344 CP 1944 o 368 CP 1995) o con la de quienes pagan el rescate en las legislaciones en que la consumación del secuestro exige dicho pago (lo que no es el caso del art. 481,1º. CP 1944 ni del 164 CP 1995). *Carlos FONTÁN BALESTRA* (p. 382): 1. *Hipótesis excluidas: autores*. - Quedan fuera de la participación: a) Aquellos casos en que son necesarias dos o más personas para que el delito pueda cometerse. La concurrencia de ellas está contenida en el

¹³² Este ejemplo no es aceptado en la *doc jur pen*. Así Francisco CASTILLO GONZÁLEZ, *La participación...*, p. 74: (...) Por ello no es delito de encuentro la violación, por ejemplo, porque la víctima de ese atentado sexual o es un simple objeto de la acción del delincuente o carece de capacidad psíquica para realizar acciones libremente queridas.

tipo. Tal es el caso del adulterio, el duelo, la rebelión, el cohecho, etc. En estos supuestos, son todos *autores*, puesto que el delito no puede ser cometido sino por dos o más personas. Eugenio Raúl ZAFFARONI (1981, p. 283): Conforme al número de sujetos activos, se suele distinguir en tipos *unisubjetivos, monosubjetivos o individuales* y tipos *plurisubjetivos, colectivos* o de *concurso necesario*. Los plurisubjetivos suelen dividirse en *bilaterales y multilaterales*, según sean dos o más los sujetos requeridos. También suele distinguirse según que la plurisubjetividad sea “de encuentro” o “de congruencia”. Eugenio Raúl ZAFFARONI/Alejandro ALAGIA/Alejandro SLOKAR (p. 440): 4. Si bien existen múltiples *clasificaciones secundarias de los tipos penales* en razón de características del aspecto objetivo, no todas tienen igual grado de importancia, de consecuencias prácticas ni de objetivos, por lo cual resultan de difícil sistematización. Así, (...) *Por el sujeto activo*, unisubjetivos o plurisubjetivos (según el número), *delicta propria y delicta comunia* (según la calidad). Carlos CREUS (p. 162): § 201. CASOS DE CODELINCUENCIA O “PARTICIPACIÓN NECESARIA”. DELITOS DE ACCIÓN BILATERAL Y PLURISUBJETIVOS.- En el segundo sentido encontramos los delitos de *condelincuencia*, que también se han denominado casos de *participación necesaria*, en los que la acción típica requiere, indispensablemente –por la propia definición descriptiva del tipo–, la intervención “activa” de varios sujetos. Dicha intervención puede ser una “participación en sentido propio” (es decir en los términos del art. 45, C.P.), y entonces encontraremos *delitos de acción bilateral* (o sea de dos sujetos, como es el duelo del art. 97, C.P.) y *delitos plurisubjetivos* (en los que a la acción concurren por lo menos tres sujetos activos, como la asociación ilícita, art. 210, Cód. Penal). Pero también hay casos en que aquella intervención puede o no reunir la calidad de “participación en sentido propio”; la intervención activa plural tiene que darse necesariamente, pero no indispensablemente como participación según el art. 45, C.P.; por ejemplo, en el adulterio del art. 118, C.P., la mujer sólo puede asumir la autoría contando con la intervención activa de quien puede ser considerado como “codelincuente”, pero aquella autoría se dará igualmente aunque a dicho sujeto sólo en sentido figurado –no técnico– se le pueda atribuir esa calidad (como ocurriría con quien cohabitara con la mujer, ignorando que era casada). Jorge Frías CABALLERO/Diego CODINO/Rodrigo CODINO (pp. 429 y 430): (...) Sin embargo, ha de distinguirse la participación genuina de otros casos en que existe, asimismo, una pluralidad de personas personalmente responsables, pero ella se halla exigida por la propia descripción legal. En este caso es el propio tipo que se construye exigiendo la intervención de varios sujetos. La pluralidad típicamente necesaria (en la cual la descripción del hecho se refiere a *‘los que...’*) no es participación en el sentido del art. 45 y ss., Cód. Penal. Esto es lo que ocurre con los que se batieren en duelo (art. 97), o contrajeran matrimonio (art. 134), o se alzaren en armas (art. 226) y muchos otros tipos que exigen esa pluralidad, como el cohecho. Raúl GOLDSTEIN (p. 201): **Concurso de personas.** Hay delitos que requieren para su comisión la concurrencia de por lo menos dos personas, como el adulterio o el duelo; pero en la mayoría de los descritos en la parte especial, es común que intervengan varias, maguer el texto use el singular. Esa confluencia de agentes se aprecia en la *coautoría, participación, inducción o complicidad*, y en alguna forma, en el *encubrimiento*. La doctrina los agrupa en delitos de *convergencia* y de *encuentro*. Los primeros se caracterizan porque los intervinientes actúan concurrentemente en pos de su objeto (adulterio); la sodomía consentida es un caso de éstos allí donde es punible esa conducta. En los delitos de encuentro, en cambio, las actividades de los concurrentes necesarios entran en colisión impeliéndose entre sí (duelo). Ejemplos de concurso necesario son la riña, la asociación ilícita, la conspiración, rebelión, sedición y la concesión de facultades extraordinarias donde la acción la realizan los miembros, en plural, del Congreso. La formación de grupos destinados a ejercer violencia en espectáculos deportivos es punible por la ley 23.184. Alfonso REYES ECHANDÍA (p. 114): Si nos atenemos al número de agentes que se requieren para la realización de la conducta típica, los tipos se dividen en *monosubjetivos y plurisubjetivos*. Son *monosubjetivos* aquellos tipos que describen conductas realizables por una sola persona; así, el prevaricato (art. 149) y el abuso de confianza (art. 358). Tipos *plurisubjetivos* son los que exigen la presencia de por lo menos dos personas para la realización de la conducta en ellos descrita; tal la rebelión (art. 125) y el concierto para delinquir (art. 186). (p. 128): Una simple observación sobre el fenómeno del hecho punible nos permite comprobar que su realización puede ser obra de una o de varias personas. Cuando la participación de una pluralidad de actores forma parte de la esencia misma del hecho según su descripción legal, se habla de un *concurso necesario*; tal ocurre en los llamados tipos plurisubjetivos, como la rebelión, la bigamia o el concierto para delinquir; en cambio, cuando la intervención de varias personas no es requisito indispensable para la existencia del tipo y esta [*sic; ¿ésta?*] de todos modos se produce, tiénesse la figura del *concurso eventual*; de ella nos ocuparemos en este acápite¹³³. Fernando VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ (p. 288): En segundo lugar, puede hacerse referencia a los *tipos plurisubjetivos*, esto es, los que exigen la presencia de por lo menos dos autores para la realización de la conducta descrita en la ley, pudiéndose subdividir de dos maneras: *de convergencia* –también llamados *de conducta unilateral*–, cuando concurren varios sujetos activos de manera uniforme para la consecución de un mismo objeto como sucede, verbigracia, con la rebelión (art. 467), la sedición (art. 468), la asonada (art. 469) y la conspiración (art. 471). Y *de encuentro* –o *de conducta bilateral*–, en los que también concurren varias personas, pero de manera autónoma, como acontece en el aborto, donde confluyen la

¹³³ Los artículos que señala se refieren al Cp de Colombia abrogado por la ley 599 de 2000.

mujer y el abortador (art. 122, inc. 1º), no obstante la conducta del segundo de ellos se castiga en el tipo del inciso 2º del mismo artículo 122; y el cohecho, en el cual coinciden quien da el dinero o la utilidad y el servidor público que la recibe (art. 405), advirtiendo que la conducta de particulares es castigada por el artículo 407. Esta clase de figuras típicas debe ser cuidadosamente distinguida de los que la doctrina llama *tipos de participación impropia o necesaria* (verdaderos *tipos plurisubjetivos aparentes*), en los cuales intervienen también varios sujetos, pero uno de ellos permanece impune por ser precisamente el titular del bien jurídico protegido por la ley; así sucede, por ejemplo, con la pornografía con menores (art. 218) y el acto sexual abusivo con menores de catorce años (art. 209). Eduardo NOVOA MONREAL (p. 89): Desde el punto de vista del número de sujetos activos que intervienen en ellos, los tipos delictivos pueden ser clasificados en tipos unipersonales, en los cuales la descripción legal está referida a la conducta de un solo sujeto (que es el caso de la gran mayoría de los delitos; por ejemplo: homicidio, hurto, violación, incendio, perjurio, etc.), y tipos pluripersonales, en los cuales la pluralidad de ejecutores es exigida por el tipo como un requisito de éste (caso del incesto previsto en el Art. 364 del C. Penal, del adulterio contemplado en el art. 375 del mismo, y del duelo descrito en el Art. 406 de dicho código, entre otros). Los tipos pluripersonales requieren, por su naturaleza propia, la intervención de dos o más sujetos activos, cada uno de los cuales tiene la calidad de autor del hecho; sin perjuicio de casos especiales, en los que la misma ley resuelve en otra forma el tratamiento jurídico que a cada uno conviene implícita o explícitamente (por ejemplo, el Art. 250 del C. Penal). Los tipos pluripersonales dan origen al llamado "concurso necesario", que queda fuera de la materia a que deseamos referirnos. [Se refiere a la autoría y participación].

1.2.3. Situación en México

1.2.3.1. *Legislación.* La regulación de manera expresa y con la denominación de *concurso necesario, participación necesaria, autoría necesaria, autoría necesaria aparente* o con otra, no se encuentra en los *Cps* como regla general pues su existencia se deriva de la estructura del tipo penal, por lo que, su presencia o no, debe buscarse en la parte especial del *Cp* y en las *Lpe*. De los arts. que pueden identificarse con estos supuestos serían, entre otros: *Cp Federal* (arts. 130, 131, 132, 141, 146, 164, 207, 216, 222, 222 Bis, 272, 273, 279, 308, 330, 332; Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada (art. 2º.) (sin cursivas en el texto original):

Art. 130. Se aplicará la pena de seis meses a ocho años de prisión y multa hasta de diez mil pesos, a los que en forma *tumultuaria*, sin uso de armas, resistan o ataquen a la autoridad para impedir el libre ejercicio de sus funciones con alguna de las finalidades a que se refiere el artículo 132. A quienes dirijan, organicen, inciten, compelan o patrocinen económicamente a otros para cometer el delito de sedición, se les aplicará la pena de cinco a quince años de prisión y multa hasta de veinte mil pesos¹³⁴. Art. 131. Se aplicará la pena de seis meses a siete años de prisión y multa hasta de cinco mil pesos, a quienes para hacer uso de un derecho o pretextando su ejercicio o para evitar el cumplimiento de una ley, se reúnan *tumultuariamente* y perturben el orden público con empleo de violencia en las personas o sobre las cosas, o amenacen a la autoridad para intimidarla u obligarla a tomar alguna determinación. A quienes dirijan, organicen, inciten, compelan o patrocinen económicamente a otros para cometer el delito de motín, se les aplicará la pena de dos a diez años de prisión y multa hasta de quince mil pesos¹³⁵. Art. 132. Se aplicará la pena de dos a veinte años de prisión y multa de cinco mil a cincuenta mil pesos a los que, no siendo militares en ejercicio, con violencia y uso de armas traten de: I. Abolir o reformar la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos; II. Reformar, destruir o impedir la

¹³⁴ Delito de sedición.

¹³⁵ Delito de motín.

integración de las instituciones constitucionales de la Federación, o su libre ejercicio; y III. Separar o impedir el desempeño de su cargo a alguno de los altos funcionarios de la Federación mencionados en el artículo 2o. de la Ley de Responsabilidades de los Funcionarios y Empleados de la Federación, del Distrito Federal y de los Altos Funcionarios de los Estados. Art. 141. Se impondrá pena de uno a nueve años de prisión y multa hasta de diez mil pesos a *quienes* resuelvan de concierto cometer uno o varios de los delitos del presente Título y acuerden los medios de llevar a cabo su determinación¹³⁶. Art.146. Serán considerados piratas: I. *Los que*, perteneciendo a la *tripulación* de una nave mercante mexicana, de otra nación, o sin nacionalidad, apresen a mano armada alguna embarcación, o cometan depredaciones en ella, o hagan violencia a las personas que se hallen a bordo; II. Los que, yendo a bordo de una embarcación, se apoderen de ella y la entreguen voluntariamente a un pirata; y III. Los corsarios que, en caso de guerra entre dos o más naciones, hagan el corso sin carta de marca o patente de ninguna de ellas, o con patente de dos o más beligerantes, o con patente de uno de ellos, pero practicando actos de depredación contra buques de la República o de otra nación para hostilizar a la cual no estuvieren autorizados. Estas disposiciones deberán igualmente aplicarse en lo conducente a las aeronaves. Art. 164. Al que forme parte de una *asociación o banda de tres o más personas* con propósito de delinquir, se le impondrá prisión de cinco a diez años y de cien a trescientos días multa. Cuando el miembro de la asociación sea o haya sido servidor público de alguna corporación policial, la pena a que se refiere el párrafo anterior se aumentará en una mitad y se le impondrá, además, la destitución del empleo, cargo o comisión públicos e inhabilitación de uno a cinco años para desempeñar otro. Si el miembro de la asociación pertenece a las Fuerzas Armadas Mexicanas en situación de retiro, de reserva o en activo, de igual forma la pena se aumentará en una mitad y se le impondrá, además, la baja definitiva de la Fuerza Armada a que pertenezca y se le inhabilitará de uno a cinco años para desempeñar cargo o comisión públicos. Art. 207. Comete el delito de lenocinio: I. Toda persona que habitual o accidentalmente explote el cuerpo de otra por medio del comercio carnal, se mantenga de este comercio u obtenga de él un lucro cualquiera; II. Al que *induzca o solicite* a una persona para que con otra comercie sexualmente con su cuerpo *o le facilite los medios* para que se entregue a la prostitución; y III. Al que regentee, administre o sostenga directa o indirectamente prostíbulos, casas de cita o lugares de concurrencia expresamente dedicados a explotar la prostitución, u obtenga cualquier beneficio con sus productos. Art. 216. Cometen el delito de *coalición*¹³⁷ *de servidores públicos*, los que teniendo tal carácter se coaliguen para tomar medidas contrarias a una ley o reglamento, impedir su ejecución, o para hacer dimisión de sus puestos con el fin de impedir o suspender la administración pública en cualquiera de sus ramas. No cometen este delito los trabajadores que se coaliguen en ejercicio de sus derechos constitucionales o que hagan uso del derecho de huelga. Al que cometa el delito de coalición de servidores públicos se le impondrán de dos a siete años de prisión y multa de treinta a trescientas veces el salario mínimo diario vigente en el Distrito Federal, en el momento de la comisión del delito, y destitución e inhabilitación de dos a siete años para desempeñar otro empleo, cargo o comisión públicos. Art. 222. Cometen el delito de cohecho: I. El servidor público que por sí, o por interpósita persona solicite o reciba indebidamente para sí o para otro, dinero o cualquiera otra dádiva, o acepte una promesa, para hacer o dejar de hacer algo justo o injusto relacionado con sus funciones; y II. El que de manera espontánea dé u ofrezca dinero o cualquier otra dádiva a alguna de las personas que se mencionan en la fracción anterior, para que cualquier servidor público haga u omita un acto justo o injusto relacionado con sus funciones. Al que comete el delito de cohecho (...). En ningún caso se devolverá a los responsables del delito de cohecho, el dinero o dádivas entregadas, las mismas se aplicarán en beneficio del Estado. Art. 222 Bis. Se impondrán las penas previstas en el artículo anterior al que con el propósito de obtener o retener para sí o para otra persona ventajas indebidas en el desarrollo o conducción de transacciones comerciales internacionales, ofrezca, prometa o dé, por sí o por interpósita persona, dinero o cualquiera otra dádiva, ya sea en bienes o servicios: I. A un servidor público extranjero para que gestione o se abstenga de gestionar la tramitación o resolución de asuntos relacionados con las funciones inherentes a su empleo, cargo o comisión; II. A un servidor público extranjero para llevar a cabo la tramitación o resolución de cualquier asunto que se encuentre fuera del ámbito de las funciones inherentes a su empleo, cargo o comisión; o III. A cualquier persona para que acuda ante un servidor público extranjero y le requiera o le proponga llevar a cabo la tramitación o resolución de cualquier asunto relacionado con las funciones inherentes al empleo, cargo o comisión de este último. Para los efectos de este artículo (...). Art. 272. Se impondrá la pena de uno a seis años de prisión a los ascendientes que tengan relaciones sexuales con sus descendientes. La pena aplicable a estos últimos será de seis meses a tres años de prisión. Se aplicará esta misma sanción en caso de incesto entre hermanos. Art. 273. Se aplicará prisión hasta de dos años y privación de derechos civiles hasta por seis años, a *los culpables* de adulterio cometido en el domicilio conyugal o con escándalo. Art. 279. Se impondrá hasta cinco años de prisión o de ciento ochenta a trescientos sesenta días multa al que, estando unido con una persona en matrimonio no

¹³⁶ Delito de rebelión.

¹³⁷ Según el Diccionario de la Lengua Española, Editado por la Real Academia Española, Madrid, 1992, p. 348, primera columna: (Del latín *coalitum*, supino de *coalescere*, reunirse, juntarse) f. Confederación, liga, unión.

disuelto ni declarado nulo, contraiga otro matrimonio con las formalidades legales. Art. 308. Si el homicidio se comete en *riña*, se aplicará a su autor de cuatro a doce años de prisión. Si el homicidio se comete en *duelo*, se aplicará a su autor de dos a ocho años de prisión. Además de lo dispuesto en los artículos 51 y 52, para la fijación de las penas dentro de los mínimos y máximos anteriormente señalados, se tomará en cuenta quién fue el provocado y quién el provocador, así como la mayor o menor importancia de la provocación. Art. 330. Al que hiciera abortar a una mujer se le aplicará de uno a tres años de prisión, sea cual fuere el medio que empleare, siempre que lo haga *con consentimiento de ella*. Cuando falte el consentimiento, la prisión será de tres a seis años, y si mediare violencia física o moral, se impondrán al delincuente de seis a ocho años de prisión. Art. 332. Se impondrán de seis meses a un año de prisión a la madre que voluntariamente procure su aborto o consienta en *que otro* la haga abortar, si concurren estas tres circunstancias: I. Que no tenga mala fama; II. Que haya logrado ocultar su embarazo; y III. Que éste sea fruto de una unión ilegítima. Faltando alguna de las circunstancias mencionadas, se le aplicará de uno a cinco años de prisión. Art. 20.- Cuando tres o más personas acuerden organizarse o se organicen para realizar, en forma permanente o reiterada, conductas que por sí o unidas a otras, tienen como fin o resultado cometer alguno o algunos de los delitos siguientes, serán sancionadas por ese solo hecho, como miembros de la delincuencia organizada: I. Terrorismo, previsto en el artículo 139, párrafo primero; contra la salud, previsto en los artículos 194 y 195, párrafo primero; falsificación o alteración de moneda, previstos en los artículos 234, 236 y 237; operaciones con recursos de procedencia ilícita, previsto en el artículo 400 bis, todos del Código Penal para el Distrito Federal en Materia de Fuero Común, y para toda la República en Materia de Fuero Federal; II. Acopio y tráfico de armas, previstos en los artículos 83 bis y 84 de la Ley Federal de Armas de Fuego y Explosivos; III. Tráfico de indocumentados, previsto en el artículo 138 de la Ley General de Población; IV. Tráfico de órganos, previsto en los artículos 461, 462 y 462 bis de la Ley General de Salud, y V. Asalto, previsto en los artículos 286 y 287; secuestro, previsto en el artículo 366; tráfico de menores, previsto en el artículo 366 ter, y robo de vehículos, previsto en el artículo 381 bis del Código Penal para el Distrito Federal en Materia de Fuero Común, y para toda la República en Materia de Fuero Federal, o en las disposiciones correspondientes de las legislaciones penales estatales.

El contenido de estos arts. se reproduce, básicamente, en los *Cps mexicanos*, con lo que, su existencia debe considerarse como supuestos de *participación necesaria, delitos plurisubjetivos, concurso necesario, autoría necesaria, participación necesaria aparente*.

1.2.3.2. Jurisprudencia. De entre los criterios que se encontraron relacionados con *participación necesaria, delitos plurisubjetivos, concurso necesario, autoría necesaria, participación necesaria aparente*, entre otros (sin cursivas en el texto original):

ASOCIACIÓN DELICTUOSA, AUTONOMÍA DEL DELITO DE. El delito de asociación delictuosa *es un delito per se*, independiente de los delitos que para su realización hayan concertado los asociados; es decir, *el delito se consume por la sola participación en la asociación o banda* y no en los hechos punibles concretos que la misma lleve a cabo, pues se trata de un delito de peligro abstracto y doloso.

Amparo directo 5608/73. Juana González García y María Gutiérrez Martínez. 2 de mayo de 1974. Cinco votos. Ponente: Manuel Rivera Silva.

ASOCIACIÓN DELICTUOSA, IRRELEVANCIA DE QUE SE COMETAN O NO OTROS DELITOS, PARA LA INTEGRACIÓN DEL DE. Tratándose del delito de asociación delictuosa, es irrelevante el hecho de que sólo en una ocasión se cometa otro delito, pues para que aquel

ilícito se configure no es necesario que se consumen otros diversos delitos, *sino basta con que se tome participación en una asociación o banda de tres o más personas, organizada para delinquir, cometiéndose ese delito por el solo hecho de ser miembro de la asociación* e independientemente de la pena que corresponda por el delito que pudiera cometerse o se haya cometido.

Amparo directo 4558/73 Dionisio Zavala Olvera, Flaviano Díaz Alarcón, Pedro Marín Zárate, Manuel Rendón Barradas, Alberto Zavala Olvera, Jaime Rivero Oloarte y Pedro Zavala Melchor. 1o. de junio de 1974. Cinco votos. Ponente: Abel Huitrón y Aguado. Secretario: Arturo Delgado Pimentel.

ASOCIACIÓN DELICTUOSA Y COPARTICIPACIÓN, DIFERENCIAS. La diferencia entre el delito de asociación delictuosa y coparticipación delictiva, *radica en que la primera figura jurídica requiere la concurrencia de tres o más personas*, con el propósito de delinquir y una permanencia indefinida, en la que su actividad surge previamente a la conducta dolosa, por decisión de todos o sometidos a la voluntad de un jefe, en tanto que en la coparticipación no se requiere que exista una organización más o menos permanente, ni un régimen previamente establecido, sino que las infracciones delictivas surgen al momento de cometerlas, *sin previo acuerdo, quedando aisladas las conductas unas de otras.*

TERCER TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA PENAL DEL PRIMER CIRCUITO.

Amparo directo 1253/92. Petra Alemán Gutiérrez y otro. 17 de marzo de 1993. Unanimidad de votos. Ponente: Carlos de Gortari Jiménez. Secretaria: Marina Elvira Velázquez Arias.

Amparo directo 1256/92. Olivia Núñez Franco. 16 de marzo de 1993. Unanimidad de votos. Ponente: Carlos de Gortari Jiménez. Secretaria: Marina Elvira Velázquez Arias.

Amparo directo 116/92. Javier Reyes Vargas. 30 de septiembre de 1992. Unanimidad de votos. Ponente: Carlos de Gortari Jiménez. Secretaria: Marina Elvira Velázquez Arias.

DELINCUENCIA ORGANIZADA. LOS ARTÍCULOS 2o., FRACCIÓN I, Y 4o., FRACCIÓN I, INCISO A), DE LA LEY FEDERAL RELATIVA, NO TIPIFICAN LOS MISMOS HECHOS O CONDUCTAS ILÍCITAS QUE PREVÉ EL ARTÍCULO 194, FRACCIÓN III, DEL CÓDIGO PENAL FEDERAL Y, POR TANTO, NO VIOLAN EL ARTÍCULO 23 DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL. El solo acuerdo de organización o la organización misma que, como establece el artículo 2o., fracción I, de la ley de la delincuencia organizada, tenga como fin cometer alguno de los delitos contra la salud, es suficiente para imponer las penas previstas en el artículo 4o. de la propia ley, con independencia de la comisión y sanción de estos últimos, implicando la autonomía del tipo, respecto del artículo 194, fracción III, del Código Penal Federal. En efecto, del artículo relativo al delito contra la salud en la modalidad de colaborar "de cualquier manera al financiamiento, supervisión o fomento para posibilitar la ejecución de alguno de los delitos a que se refiere este capítulo (capítulo I 'De la producción, tenencia, tráfico, proselitismo y otros actos en materia de narcóticos', comprendido en el título séptimo 'Delitos contra la salud')", del Código Penal Federal, se advierte que la descripción del tipo penal es la siguiente: Que el sujeto activo preste colaboración a otras personas en el financiamiento, supervisión o fomento para posibilitar la ejecución de alguno de los delitos a que se refiere el capítulo I, título séptimo, del Código Penal Federal, en la inteligencia de que esa colaboración implica su intervención en inversiones o cuestiones financieras que capten los recursos procedentes del narcotráfico, y que después vuelvan a reinvertirse como recursos económicos en el financiamiento de esas conductas ilícitas, o bien supervisando o fomentando para posibilitar la ejecución de estas últimas. Por su parte, los elementos del tipo de delincuencia organizada son: 1) El acuerdo de *tres o más personas* para organizarse o que se organicen; 2) Que el acuerdo para organizarse o la organización sea en forma permanente o reiterada; y, 3) Que el acuerdo o la organización tenga como fin o resultado cometer alguno o algunos de los delitos que señala el mencionado artículo 2o., esto es, los tipos de ambas figuras delictivas "delincuencia organizada" y "delito contra la salud" en la

modalidad mencionada son diferentes: primero, porque mientras aquél contempla dentro de sus elementos integrantes el acuerdo para organizarse o la organización, por sí solos, para cometer reiterada o permanentemente alguno de los delitos señalados en esa ley federal, con independencia de que se actualice la comisión de alguno de esos ilícitos, el segundo alude a la conducta consistente en prestar colaboración a otras personas, en el financiamiento, supervisión o fomento para posibilitar la ejecución de alguno de los delitos a que se refiere el capítulo aludido; en segundo lugar, el numeral 2o. requiere de *pluralidad de sujetos activos del delito*, es decir, concurrencia de voluntades, requisito no exigido en el artículo 194, pues conforme a éste el activo del delito contra la salud puede ser una sola persona. Lo expuesto revela que los artículos analizados contemplan figuras delictivas diferentes; de ahí, que el auto de formal prisión con el cual inicia la prosecución del proceso a la peticionaria de garantías no se sigue por dos delitos que sancionan la misma conducta sino que se está en presencia de un concurso real de delitos, como lo establece el artículo 18 del Código Penal Federal y no infringen el artículo 23 de la Constitución Federal.

Amparo en revisión 446/2001. 25 de junio de 2002. Once votos. Ponente: Juan Díaz Romero. Secretario: Gonzalo Arredondo Jiménez.

El Tribunal Pleno, en su sesión pública celebrada hoy veinticinco de junio en curso, aprobó, con el número XXXII/2002, la tesis aislada que antecede; y determinó que la votación es idónea para integrar tesis jurisprudencial. México, Distrito Federal, a veinticinco de junio de dos mil dos. Novena Época. Instancia: Pleno. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Tomo: XVI, Julio de 2002. Tesis: P. XXXII/2002. Página: 10.

HOMICIDIO, LA LLAMADA *PARTICIPACIÓN NECESARIA* NO SE DA EN EL DELITO DE. Si de acuerdo con el artículo 302 del Código Penal Federal, comete el delito de homicidio, el que priva de la vida a otro, lo que significa que para consumar ese ilícito se requiere, cuando menos, de la intervención de dos sujetos: el activo que priva de la vida a otro y el pasivo que sufre el daño de muerte, resulta obvio que en dicha infracción penal *no puede presentarse la llamada participación necesaria que genera la impunidad en el agente, porque esa forma de participación se da en ilícitos como el fraude por usura y el lenocinio, en los cuales solamente al prestamista y al que explota el comercio carnal puede sancionárseles penalmente, no así, en el primer caso, al necesitado, y en el segundo, a la persona prostituida*, de manera que en ninguno de esos supuestos encuadra la conducta delictiva del quejoso, que consistió en ejecutar, en unión de otros individuos el homicidio intencional de cinco personas.

PRIMER TRIBUNAL COLEGIADO DEL DÉCIMO PRIMER CIRCUITO.

Amparo directo 322/92. Alfonso Velázquez Hernández. 27 de septiembre de 1993. Unanimidad de votos. Ponente: Joel González Jiménez. Secretario: Epicteto García Báez.

PANDILLERISMO O PANDILLISMO NO CONFIGURADO. De conformidad con lo previsto por el artículo 149 bis del Código Penal Estatal abrogado, se entiende por pandilla la reunión habitual, ocasional o transitoria, de tres o más personas que sin estar organizadas con fines delictuosos cometan en común algún delito; y, si en el caso, en mérito de la concesión de amparo *a una de las tres personas que se dice intervinieron en los hechos, con motivo de ello, la participación delictiva en el antisocial de robo, se redujo jurídicamente a dos personas, resulta claro que los elementos integrantes de la comisión en pandilla no se configuran* y, por ende, la resolución judicial que condene por ese motivo viola los derechos subjetivos individuales del inculpado.

TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA PENAL DEL TERCER CIRCUITO.

Amparo directo 37/86. Gregorio Alvarado Gómez. 25 de agosto de 1986. Unanimidad de votos. Ponente: Lucio Lira Martínez. Secretario: Miguel Alvarado Servín.

SALUD, DELITO CONTRA LA PARTICIPACIÓN EN LA POSESIÓN. Así como se reconoce que el hombre con su conducta, puede vulnerar varias normas, dando origen al concurso de delitos, igualmente se acepta que varios hombres, con sus actividades, pueden infringir una sola norma: en el primer caso, hay pluralidad de delitos; en el segundo, unidad en el delito con concurso de sujetos. Hecha tal distinción, debe separarse *el concurso necesario, en virtud de que la exigencia el tipo precisa la participación de varias personas, sin cuyo presupuesto el delito no existe*, del llamado concurso eventual, en donde sin existir la exigencia aludida, la intervención de varios sujetos hace nacer el concurso en el delito, al cual se le denomina “eventual” o participación propia. Normalmente se identifica a la participación con el problema de la causalidad, pues la intervención de varios sujetos, sea directa o indirecta, en la producción del delito, colocan su particular actuar en el rango de condiciones que, en conjunto, producen el resultado típico. El contenido del artículo 13 del Código Penal Federal, nos lleva a considerar que en él la participación no encuentra fundamento en la teoría estricta de la causalidad, pues es evidente que la estimación delictiva del hecho no depende de la especial culpabilidad del autor material, sino de la apreciación culpable tanto de esa particular conducta como de las convergentes a la producción del delito, contribución que será punible cuando exista, en quien la produce, conciencia de la ilicitud del acto ejecutado, respecto al hecho único que en cooperación realiza, y voluntad en su ejecución. En la especie, fue ilegal que se considerara al quejoso partícipe en la posesión de heroína, pues si bien es cierto tuvo conciencia de que cooperaba con su coacusado al presentarlo con otros sujetos, para que aquél les transfiriera a éstos la droga recogida, sin embargo, su conducta no puede estimarse como un auxilio en la posesión del estupefaciente porque no la tuvo dentro del radio de acción de su disponibilidad, ni realizó una conducta tendiente a favorecer la posesión por parte de su coacusado y, en todo caso, su proceder ilícito constituiría una colaboración para la transferencia de la heroína o auxilio para su venta, modalidad por la cual no fue acusado ni condenado.

Amparo directo 833/86. David Francisco Lugo López. 25 de mayo de 1986. 5 votos. Ponente: Francisco Pavón Vasconcelos.

VIOLACIÓN, PARTICIPACIÓN EN LA Y VIOLACIÓN TUMULTUARIA. INCOMPATIBILIDAD (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE TLAXCALA). Tratándose del delito de violación, respecto a quien auxilia a su comisión, es acertada la afirmación en el sentido de que si se invocan como aplicables las reglas del artículo 265 del Código Penal de Tlaxcala, en cualquiera de sus primeros seis párrafos y además el séptimo, este último que se refiere a la intervención de dos o más personas en la violación, aún en el caso de que una sola de ellas efectúe la cópula, se está incurriendo en una grave contradicción, pues o se participa en el delito o se interviene en la violación tumultuaria, pero no en ambas hipótesis. En efecto, en algunos sistemas penales, la sola circunstancia de que participen en la violación dos o más personas, hace operante una agravación en la penalidad que se impone a la violación en el ordenamiento punitivo. En tal caso, la pluralidad de sujetos activos da nacimiento a un tipo complementado y agravado en su penalidad, pero no autónomo con relación a la figura básica de violación. El Código Penal de Tlaxcala, por lo contrario, constituye un tipo autónomo e independiente en el séptimo párrafo del artículo 265, que literalmente dice: "Cuando en una violación intervengan dos o más personas, aun cuando sólo una de ellas efectúe la cópula, se aplicarán a todas ellas de cuatro a veinticinco años de prisión y multa de quinientos a cinco mil pesos, según las circunstancias a que se refieren los párrafos anteriores." Ahora bien, aunque los párrafos anteriores del precitado artículo 265 tipifican

la violación genérica, la violación impropia que recae sobre persona impúber o privada de razón o de sentido o que no pudiere resistir por cualquier causa, así como la de persona impúber menor de diez años, y otras variantes como la de violación de un ascendiente sobre su descendiente, o de éste a aquél, la violación de un hermano a su hermana o hermano, así como la del padrastro a la hijastra o hijastro y la ejecutada por éste a su madrastra, o entre ascendientes o descendientes adoptivos, la circunstancia particular por tratarse de una de estas hipótesis, según su gravedad, establecerá un índice que servirá al juzgador para poder individualizar la pena dentro del ámbito represivo que a la violación tumultuaria concede el último párrafo del multicitado artículo 265, pero lo que sí resulta claro, es que la citada violación tumultuaria no opera como una circunstancia meramente agravadora de penalidad con relación a los tipos anteriores. Por tanto, aun cuando la llamada *violación tumultuaria en el fondo precise de una codelinuencia o participación delictiva, por tratarse de un delito plurisubjetivo propio*, no puede fincarse responsabilidad a una persona aduciendo que su conducta queda inmersa tanto en dicho dispositivo (último párrafo del artículo 265), como dentro de algún otro párrafo del propio precepto, ya que ambas figuras tienen penalidades distintas y elementos constitutivos diversos. En consecuencia de lo anterior, se observa que si la pena correspondiente a la violación que recae sobre persona impúber, tipificada en el párrafo segundo del artículo 265 del Código Penal de Tlaxcala, va de tres a ocho años de prisión, al partícipe en esa figura, sea coautor, cómplice o mero encubridor, le corresponderá igualmente dicha pena y no la prescrita en la última parte del precitado artículo, ya que la penalidad que a la violación tumultuaria le corresponde va de los cuatro a los veinticinco años de prisión y multa de quinientos a cinco mil pesos, según las circunstancias a que se refieren los párrafos anteriores.

Amparo directo 4312/80. Rosendo Barrera Morales. 29 de septiembre de 1980. Cinco votos. Ponente: Francisco Pavón Vasconcelos.

VIOLACIÓN E INCESTO, INCOMPATIBILIDAD DE LOS DELITOS DE (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE SONORA). La tesis número 339, visible en la página 725 del Apéndice al Semanario Judicial de la Federación 1917-1975, Segunda Parte (tesis número 299, Apéndice 1917-1985, Segunda Parte, página 659), a la letra dice: "El delito de violación y el de incesto son figuras autónomas, sin que alguna de ellas rechace a la otra, aunque ambos ilícitos se ejecuten en un sólo hecho, verificado en un sólo acto". Ahora bien, el tipo relativo al incesto está formulado, en el Código Penal del Estado de Sonora, en los términos siguientes: "220. Se impondrá sanción de uno a seis años de prisión a los ascendientes que tengan cópula con sus descendientes. La sanción aplicable a estos últimos será de seis meses a tres años de prisión. Se aplicará esta misma sanción en caso de incesto entre hermanos". *Atento el texto transcrito del tipo del incesto, debe decirse que en la legislación del Estado de Sonora se trata de un delito bilateral; ello es, de una figura delictiva en la que se requiere que quienes intervienen tengan voluntad en el yacimiento, independientemente de que puede existir inculpabilidad en alguno de ellos por desconocimiento del lazo de consanguinidad. No se trata de un delito de participación necesaria sino de uno simplemente bilateral*¹³⁸. Otro tanto sucede con el adulterio. Por lo tanto, a virtud de la estructura del tipo, cuando la cópula es impuesta está fuera de la hipótesis del incesto, como se estaría fuera de la hipótesis del adulterio cuando el hombre

¹³⁸ En esta afirmación se desconoce que el delito bilateral es uno de los supuestos de participación necesaria. El que uno de los participantes, como se dice, pueda ser impune, en este caso, por la ignorancia no le quita la pertenencia a esta figura jurídica.

casado impone el yacimiento sexual a una mujer dentro del domicilio conyugal. No pueden coexistir violación y adulterio y tampoco técnicamente coexisten incesto y violación, atenta la estructura de los tipos. Es por esta razón que la jurisprudencia transcrita no opera en el caso de la legislación de Sonora, pues se trata de figuras incompatibles.

Amparo directo 8376/84. Máximo Villanueva Loredó. 14 de enero de 1985. Unanimidad de cuatro votos. Ponente: Fernando Castellanos Tena.

1.2.3.3. Doctrina jurídico penal. Existen autores que este tema no lo analizan¹³⁹, y otros autores cuando desarrollan el tema de la autoría y participación se refieren a la *participación necesaria* o a los *delitos plurisubjetivos* de forma limitada¹⁴⁰, lo que ha generado un desconocimiento de la misma y su no aplicación en la solución del caso concreto. Al hacerse la revisión de los autores mexicanos se constató que unos –siguiendo la orientación alemana– tratan el tema de *participación necesaria* dentro de la autoría y participación, en tanto que otros, por la influencia de la *doc jur pen italiana*, lo analizan cuando estudian la clasificación de los tipos penales, hablando de *delitos* o *tipos plurisubjetivos*, y otros, el estudio lo hacen en ambos apartados.

La decisión por una u otra postura, entre otros: *Fernando CASTELLANOS TENA* (p. 143): 9. DELITOS UNISUBJETIVOS Y PLURISUBJETIVOS: Esta clasificación atiende a la unidad o pluralidad de sujetos que intervienen para ejecutar el hecho descrito en el tipo. El peculado, por ejemplo, es delito unisubjetivo, por ser suficiente, para colmar el tipo, la actuación de un solo sujeto que tenga el carácter de encargado de un servicio público y sólo él concurre con su conducta a conformar la descripción de la ley, pero es posible su realización por dos o más; también son unisubjetivos el homicidio, el robo, la violación, etc. El adulterio, al contrario, es un delito plurisubjetivo, por requerir, necesariamente, en virtud de la descripción típica, la concurrencia de dos sujetos para integrar el tipo (a menos que opere en favor de uno de ellos, por ejemplo, una causa de inculpabilidad por error de hecho esencial e insuperable); igualmente la asociación delictuosa, en donde se exige típicamente el concurso de tres o más individuos. *Celestino PORTE PETIT CANDAUDAP* (1990, pp. 859 y 860): Cuando se comete un delito, puede realizarse únicamente por un sujeto o pueden intervenir en el mismo varias personas; entonces estamos frente a la participación, exceptuando la participación necesaria, como en el caso de homicidio o lesiones en riña (artículo 314), asociación delictuosa (artículo 164) o duelo (artículo 297), en los que, no obstante la concurrencia de varias personas, no existe la participación, ya que es el tipo correspondiente el que exige la concurrencia de tales sujetos. En estos casos estamos lisa y llanamente frente a los delitos plurisubjetivos. Los delitos monosubjetivos o de sujeto único son aquellos en los que el tipo no requiere la presencia de dos o más sujetos o, en otros términos, el delito puede cometerse por un único sujeto, como las lesiones, homicidio, parricidio, infanticidio, violación, estupro, robo, abuso de confianza, fraude u otros más. De esta manera, la forma de indagar si un delito es monosubjetivo o plurisubjetivo es examinar la figura legal y determinar si exige o no la concurrencia de dos o más personas; es decir, hay concurso necesario cuando la naturaleza de la figura delictiva exige forzosamente la concurrencia de varios sujetos activos, y concurso eventual cuando una figura delictiva puede ser cometida por uno o

¹³⁹ Entre otros: Raúl PLASCENCIA VILLANUEVA, *Teoría del delito*, 1998. Sergio GARCÍA RAMÍREZ, *Derecho penal*, 1998.

¹⁴⁰ Así Ignacio VILLALOBOS, *Derecho penal...*, p. 477.

más sujetos; (1999, p. 348): 5. En orden al número, la doctrina, divide los delitos en individuales, monosubjetivos o de sujeto único y delitos plurisubjetivos, colectivos, de concurso necesario o pluripersonal. Monosubjetivo es aquél en que el tipo puede realizarse por uno o más sujetos. El plurisubjetivo, cuando el tipo requiere la intervención de dos o más personas, o sea, como dice Ranieri, son aquellos que, “según su modelo legal, pueden ser perpetrados sólo por la cooperación de varias personas”. Autores italianos, como Manzini, Cavallo, Ranieri, Grisogni, Pannain y Bettiol, se ocupan de esta cuestión relativa a los delitos plurisubjetivos. Por otra parte se clasifican los delitos plurisubjetivos: a) De conductas paralelas; b) De conductas congruentes, y c) De conductas contrapuestas. Estos delitos plurisubjetivos se clasifican en sentido propio y en sentido amplio. Ignacio VILLALOBOS (p. 477): Muchos tratadistas se han preocupado por distinguir el delito colectivo, el bilateral y el recíproco, que son aquellos que no pueden cometerse sin la concurrencia de dos o más personas (como el motín, el duelo, la riña, el adulterio, etcétera), pues consideran que a tales casos no deben aplicarse las reglas especiales de la participación, ya que el concurso de varias personas es un presupuesto necesario para la integración del tipo y cada concurrente debe responder de su propio acto *como delito integral*, aún cuando es claro que en esa especie de infracciones pueda haber también partícipes accesorios que induzcan al delito, proporcionen medios para su comisión y aún concurren *sin necesidad* a la ejecución de los actos constitutivos del tipo. Luis FERNÁNDEZ DOBLADO (p. 312): II.- Hay ocasiones en las cuales los tipos o figuras delictivas, requieren por definición, la concurrencia en su estructura de la actividad de varias personas a efecto de que se realice [*sic*; ¿*realice*?] la hipótesis criminosa en ellos prevista, dando margen a las llamadas formas de participación necesaria y a las figuras de delitos plurisubjetivos en contraposición al denominado concurso eventual que se origina en los delitos individuales o monosubjetivos, los cuales sólo necesitan para su integración, de la actividad de una sola persona sin que ello excluya la posibilidad de concurrencia de otras, en diversos modos. A este concurso eventual es al que se refieren los tratadistas, en materia de unidad y pluralidad de sujetos en el delito. Por otra parte, la exclusión del concurso necesario en relación con el tema que analizamos no implica descartar el posible concurso eventual en las hipótesis de infracciones plurisubjetivas, por ej. A instiga a B a cometer adulterio con X. Las reglas del concurso eventual o contingente no les son aplicables a los coautores que intervienen en los supuestos de concurso necesario. Luis MUÑOZ (p. 270): Es indispensable distinguir la codelincuencia de la cooperación necesaria que el tipo legal exige para que la acción se reputé criminal. La cooperación necesaria la encontramos en aquellos delitos que por definición legal sólo pueden perpetrarse por varias personas: riña, etc. Francisco PAVÓN VASCONCELOS (p. 187): II. En razón del número de los sujetos: a) Delitos monosubjetivos, en los que el esquema legal permite la comisión de la conducta o del hecho por una sola persona, y b) Delitos plurisubjetivos, los cuales, según el modelo legal, sólo pueden realizarse con el concurso necesario de varios sujetos. RANIERI distingue, en esta categoría, entre delitos plurisubjetivos *en sentido propio* y plurisubjetivos en sentido *impropio*, pues en estos últimos se hace necesaria la cooperación de una pluralidad de sujetos, siendo sólo uno de ellos culpable y punible, con exclusión de los demás, mientras en los primeros todos son considerados culpables y punibles, aun cuando en ocasiones la pena sea diversa. El mismo RANIERI distingue, entre los delitos plurisubjetivos, según la *proyección de la conducta*: a) Delitos plurisubjetivos de *conductas paralelas*, en los cuales las conductas se desarrollan en planos paralelos, con la misma dirección y hacia idéntico resultado: b) Delitos plurisubjetivos de *conductas convergentes*, en los que las conductas de los sujetos necesarios, partiendo de puntos opuestos, se encuentran en colaboración una con la otra hacia el mismo sentido, y c) Delitos plurisubjetivos de *conductas contrapuestas*, en que las conductas, partiendo de puntos opuestos, una contra la otra, se encuentran en igual plano de colaboración. [Y cuando desarrolla el tema de la autoría y participación, que él llama <la participación delictuosa>, agrega, pp. 527 y 528:] Para centrar en el lugar debido el problema de la participación, MAGGIORE empieza por distinguir entre delitos individuales, unisubjetivos o monosubjetivos y delitos colectivos o plurisubjetivos, en razón de la exigencia típica referida a los sujetos activos en el delito; éste es unisubjetivo cuando el tipo permite que su comisión se realice de ordinario por una persona, aunque eventualmente puedan realizarlo varias; es plurisubjetivo cuando la descripción legal de la conducta o del hecho sólo admite la comisión del delito por una pluralidad de personas. 2. CONCURSO NECESARIO Y CONCURSO EVENTUAL DE SUJETOS. Hecha tal distinción, debe separarse el concurso necesario, en virtud de que la exigencia del tipo precisa la participación de varias personas sin cuyo presupuesto el delito no existe, del llamado concurso eventual en donde, sin existir la exigencia aludida, la intervención de varios sujetos hace nacer el concurso en el delito, al cual se le denomina “eventual” o participación propia. El artículo 164 del Código Penal, punitivo de la participación en una asociación o banda de tres o más personas organizadas para delinquir, por el solo hecho de ser miembro de la asociación e independientemente de la pena que merezca el delito cometido, tipifica un delito plurisubjetivo y quienes participan tienen el carácter de autores en forma necesaria, pues la descripción del hecho requiere la concurrencia de conductas culpables. Por el contrario, si en el homicidio intervienen varias personas, tanto en su preparación como en su ejecución, tocando a cada una de ellas diversa actividad dentro de la unidad del propósito concebido, el conjunto de sus conductas, convergentes a la producción del resultado, da origen al concurso eventual o participación delictuosa. Ricardo FRANCO GUZMÁN (p. 402): 2. Cuando el delito es cometido por una sola persona – pudiendo concentrarse en la misma las fases que recorre el iter criminis–, se habla de delito unisubjetivo. En cambio, si

concurren varias personas a la producción de un resultado delictuoso, se está frente al delito colectivo o plurisubjetivo. De este modo, si varios sujetos intervienen con sus ideas o acciones a producir un delito, se está en presencia del *concurso*, el cual se distingue en *necesario* y *no necesario* o eventual. El primero existe cuando el tipo legal exige en forma terminante la concurrencia de varias personas para que se integre el delito. Así el caso de la bigamia, del incesto, de la asociación delictuosa, de la conspiración, etc. *Francisco PAVÓN VASCONCELOS/Gilberto VARGAS LÓPEZ* (pp. 171 y 172): Una idea cabal respecto a la noción de la participación delictuosa hace necesario distinguir, como lo afirma Maggiore, entre los delitos individuales, *unisubjetivos* o *monosubjetivos* y los delitos colectivos o *plurisubjetivos*. El delito es unisubjetivo cuando el tipo permite que su comisión se realice de ordinario por una persona, aunque eventualmente puedan verificarlo varias; en cambio, el delito es plurisubjetivo cuando la descripción legal de la conducta o del hecho sólo admite la comisión del mismo por una pluralidad de personas (*Derecho Penal*. II, p. 96). Hecha tal distinción, debe separarse el *concurso necesario*, en virtud de que la exigencia del tipo precisa la participación de varias personas sin cuyo presupuesto el delito no existe, del llamado *concurso eventual* en donde, sin existir la exigencia aludida, la intervención de varios sujetos hacen nacer el concurso en el delito, al cual se le denomina *eventual* o *participación propia*. El artículo 132 del Código Penal del Estado, punitivo de la participación en una asociación o banda de tres o más personas, organizada para delinquir, por el sólo hecho de ser miembro de la asociación e independientemente de la sanción que le corresponda por el delito que pudiere cometer o haya cometido, tipifica un delito plurisubjetivo y quienes participan tienen el carácter de autores en forma necesaria, pues la descripción del hecho requiere la concurrencia de *conductas culpables*. *Miguel Angel CORTÉS IBARRA* (p. 130): Debemos advertir que en la comisión de un delito, pueden intervenir dos o más sujetos, aplicándose en estos casos las reglas de la participación delictiva (art. 11 del C.P. del E. de S.) (Art. 13 del C.P. para el D.F. y T.F.) En otros casos, la pluralidad de sujetos es esencial para la integración del delito, como por ejemplo en la asociación delictuosa prevista en el artículo 140 del mismo ordenamiento legal estatal. El sujeto también puede ser una persona moral, pero, por lo que respecta a nuestra Legislación Penal estatal, nos remitimos a lo expuesto en el Capítulo VII de este trabajo¹⁴¹. *Luis RODRÍGUEZ MANZANERA* (p. 49): Se habla de concurso necesario (o plurisubjetivo) cuando la intervención de varias personas es esencial a la existencia del delito (adulterio, asociación delictuosa, etc.). No se trata de una forma de realización del delito, sino de una diferente categoría de delitos, en los que la pluralidad de agentes es un elemento constitutivo del tipo. En este punto la doctrina está dividida. Una parte dice que en realidad no es un caso de concurso y, por lo tanto, las normas generales del concurso no son en ninguna forma aplicables a estos casos (Grispigni, Vasalli). Otros, por el contrario, opinan que las reglas del concurso son generales, y, por lo mismo, deben aplicarse aun al concurso necesario (Gallo, Antolisei). *Gustavo MALO CAMACHO* (p. 316): 4. *Clasificación de los tipos en orden al número de sujetos activos*. I. Tipos de delito mono-subjetivos, individuales o unisubjetivos. Aparecen caracterizados porque la conducta típica observa su comisión por un solo sujeto activo (*Vgr.*: el robo perpetrado por una sola persona). II. Tipos de delito pluri-subjetivos, colectivos o plurisubjetivos, en donde se hace necesario que la conducta típica sea realizada por un número plural de sujetos activos (*Vgr.*: asociación delictuosa). *Olga ISLAS DE GONZÁLEZ MARISCAL* (p. 41): e) **Pluralidad específica**. Algunos tipos penales exigen una cierta pluralidad en el sujeto activo, por ejemplo: la asociación delictuosa, el incesto, la rebelión, la sedición, etc. En esos tipos, la pluralidad de personas físicas debe ser la necesaria y suficiente para hacer factible la lesión del bien jurídico. Por ello, se habla de *autoría material necesariamente múltiple* (...) Pluralidad específica es el número de sujetos, exigidos en el tipo, necesario para la realización de la conducta descrita en el tipo. [*Y en la p. 52, agrega*]: 2. En orden al sujeto activo: a) Tocante a la calidad específica: comunes o especiales; b) por cuanto a la pluralidad específica: monosubjetivos o plurisubjetivos. (...) *Tipo monosubjetivo* es el que no requiere más de un sujeto para su concreción. *Tipo plurisubjetivo* es el que exige dos o más sujetos para su concreción. *Irma Griselda AMUCHATEGUI REQUENA* (p. 60): **Plurisubjetivo**. Para su integración se requiere la concurrencia de dos o más sujetos, por ejemplo, adulterio, incesto, delincuencia organizada, etcétera. [*Y en la p. 107, agrega*]: **Delito plurisubjetivo**. Es aquel en el que la propia norma exige la concurrencia o participación de dos o más sujetos; por ejemplo, adulterio, incesto y delincuencia organizada. *Roberto REYNOSO DÁVILA* (p. 316): Hay dos clases de concurso personal: a) el necesario que corresponde a los delitos denominados plurisubjetivos, que por su naturaleza no pueden cometerse por un solo sujeto, como la rebelión, la conspiración, la asociación delictuosa, etc.; cuando únicamente, por la naturaleza del delito participan dos partes, se denomina delito bilateral, como el adulterio (ya derogado), el cohecho, etc., y. *Eduardo LÓPEZ BETANCOURT* (1994, p. 283): I. *Por el número de sujetos*: 1. Unisubjetivos. Cuando el tipo se colma con la participación de un solo sujeto. 2. Plurisubjetivo. Cuando el tipo penal requiere de dos o más sujetos. Por ejemplo, el adulterio requiere necesariamente de dos personas. *Fernando ARILLA BAS* (p. 311): 268.- PLURALIDAD DE SUJETOS ACTIVOS DEL DELITO.- El delito no siempre es obra de un solo sujeto. La pluralidad de sujetos del delito reviste tres formas: (...) b) La coautoría necesaria, que se vierte cuando varios sujetos realizan una conducta típica, que solamente puede ser realizada por el número de sujetos mencionados en la descripción típica (asociación delictuosa, incesto, adulterio). *José Arturo GONZÁLEZ QUINTANILLA* (p. 246): h) Delitos

¹⁴¹ Este comentario lo hace en el apartado que el llama <<2. ELEMENTOS DEL TIPO, a) Sujeto del delito>>.

bilaterales y de participación necesaria. Bilaterales son aquellos en los cuales para su realización es indispensable la voluntariedad de la conducta de dos o más personas (incesto, estupro, bigamia). De participación necesaria aquellos en que, además de ser bilaterales los que intervienen son fatalmente responsables (asociación delictuosa, rebelión, motín, asonada), estos se denominan también "de convergencia al consistir en actividades que requieren una cooperación de varias personas en el mismo sentido paralelo"¹⁴². Octavio Alberto ORELLANA WIARCO (p. 379): El tipo penal se describe a partir de la consideración de la intervención del sujeto activo, elemento imprescindible. El tipo, por consideraciones que el legislador toma en cuenta, integra los tipos partiendo de la conducta de uno o varios sujetos, lo que da lugar a los tipos llamados unisubjetivos y plurisubjetivos como ya se mencionó al tratar de la clasificación de los tipos. En los unisubjetivos el tipo requiere, respecto del sujeto activo, a un solo sujeto; en los plurisubjetivos, el tipo exige varios sujetos activos. El delito de homicidio es ejemplo del tipo unisubjetivo; la asociación delictuosa lo es del delito plurisubjetivo, pues la ley exige la concurrencia de tres o más sujetos. Arturo ZAMORA JIMÉNEZ (pp. 131 y 132): Las conductas típicas se concretan en el mundo fáctico, por la intervención directa o indirecta de un sujeto o de un grupo de personas. Existen tipos penales que pueden ser lesionados por un solo sujeto, y otros en que se exige pluralidad de éstos, como sucede en el delito de asociación delictuosa al establecer el concurso mínimo de tres personas (art. 164 Código Penal Federal). Para efectos de determinar las formas de autoría y participación del número de sujetos en la conducta típica, los denominaremos delitos individuales y delitos colectivos, que corresponden a las categorías lógicas de uno y de varios intervinientes en el hecho típico. Esta clasificación se conoce entre nosotros como delitos unisubjetivos o monosubjetivos que son cometidos por una sola persona, y los colectivos o plurisubjetivos que sólo pueden ser cometidos con el concurso de varias. En los primeros basta con la actuación de una sola persona para realizar el tipo, y en los segundos se requiere por lo menos la presencia de dos sujetos, además en algunos supuestos la acción de ellos debe convergir en el mismo objetivo. El tipo monosubjetivo no impide la intervención de varios sujetos, mientras que, en la plurisubjetividad para que el tipo se agote en razón de la autoría exige la presencia de varias personas, como de hecho acontece en el delito de conspiración (art. 141 Código Penal Federal). En la construcción de algunos tipos penales se establece, tanto la monoparticipación, como la pluriparticipación, así acontece en el delito de cohecho (art. 222 Código Penal Federal) que en una de sus formas típicas sanciona al particular <<por el hecho de ofrecer>> y en otras variantes <<al que ofrece o da>> junto con <<el que pide o recibe>>, de aquí se colige que el mismo delito puede ser, en el primer supuesto unipersonal y en el segundo pluripersonal. Los delitos de convergencia, son aquellos en los cuales el tipo exige la concurrencia de varias personas uniformemente para alcanzar el mismo objeto (asociación delictuosa, rebelión), este tipo de delitos se distingue de los llamados delitos de encuentro, en donde las personas actúan autónomamente formando parte de una misma relación delictiva (cohecho o aborto consentido) comportándose como parte de una relación complementaria, a estos tipos Mezger los denominó delitos de conducta pluriforme o fragmentaria. Alberto FERNÁNDEZ MADRAZO (p. 62): Los delitos individuales, también denominados unisubjetivos, son cometidos por una sola persona, p. e., el robo individual. Los delitos colectivos, también denominados plurisubjetivos, son aquellos que, por su estructura, no pueden ser cometidos sino por varias personas, es decir, por una colectividad. Se dividen en delitos de conducta convergente, si la actividad de los sujetos se despliega en una misma dirección, como la asociación delictuosa. De conducta antitética, si la actividad de los sujetos tiende hacia direcciones opuestas, como la riña. Se dividen también en bilaterales, si sólo requieren la participación de dos personas, como el incesto, adulterio, bigamia; y en plurilaterales, si las personas concurrentes son más de dos, como la conspiración, la asociación delictuosa.

1.2.4. Nuestra opinión

Para nosotros las denominaciones que aceptamos son las de *autoría necesaria* y *participación necesaria aparente*, porque dándole validez a las críticas para la denominación *participación necesaria*¹⁴³ y en tanto que lo que hoy se

¹⁴² Las comillas se refieren a la cita: <<MEZGER, EDMUND, *Derecho penal*, Cárdenas Editores, traducción Ricardo C. Núñez, 1957, p. 324>>. Esta clasificación la hace en el apartado relacionado con la <<acción o conducta>>, significando con ello, su desvinculación con el tipo penal y con la autoría y participación.

¹⁴³ Reinhart MAURACH/Karl HEINZ GÖSSEL/Heinz ZIPF, *Derecho penal...*, p. 402: (...) En la práctica, este efecto opuesto o recíproco puede tener muy diversas configuraciones, no sólo en la dirección de voluntad sino

acepta es *autoría y participación*, es más defendible calificar de *autores* y no de partícipes (instigador – cómplice) a los varios que *deben* intervenir para la concreción del tipo penal. La denominación *autoría necesaria* la utilizamos para hacer referencia a los supuestos en los que el legislador estableció la necesidad de que dos o más personas realicen su acción de manera coordinada para lograr el contenido del tipo penal y todos son punibles, con lo que, todos son *autores necesarios* porque sin todos ellos el tipo penal no se configura; y la de *participación necesaria aparente* se refiere a los supuestos en los que también, desde el tipo penal, se necesitan dos o más personas, sólo que, en este caso, cada una realiza su acción con interés propio, pero que estas acciones aún y cuando opuestas se necesitan para que el contenido del tipo penal se realice, pues si bien los dos *participan*, uno de ellos será autor y el otro será un *partícipe necesario aparente* sin consecuencias jurídicas (no punible).

también en la forma externa, como por ejemplo en forma de coautoría (§ 173), de inducción (§ 174, inc. 2º, nº 2; § 176, inc 5º, nº 2, y § 333), de la complicidad (§ 180 y 283c, d) o también de todas las formas de intervención (§ 125), por lo cual parece más correcto hablar de *intervención necesaria* que de *participación necesaria*. María del Mar CARRASCO ANDRINO, *Los delitos plurisubjetivos...*, pp. 32 y 33: La constatación de que no siempre la colaboración típica del sujeto que interviene necesariamente en el delito se puede subsumir en alguno de los tipos de participación recogidos en la Parte General, obliga a cuestionarse la exactitud de la denominación atribuida a la categoría jurídica objeto de estudio. En este sentido, LANGE había tachado de incorrecta e incompleta la expresión <<participación necesaria>>. *Incorrecta*, porque, de acuerdo con su interpretación, la actuación del partícipe necesario no era verdadera participación, sino que se encontraba más próxima a la categoría de la autoría. A lo que se añade el dato de que en otras muchas ocasiones no puede hablarse propiamente de participación cuando se trata de una colaboración impune. *Incompleta*, porque los casos en que un sujeto participa de diversas formas en un mismo hecho, a saber, como inductor y como cómplice, no están comprendidos en dicha expresión, a pesar de que presentan la misma problemática que los de participación necesaria. Es, por ello, que algunos autores, han preferido hablar de forma genérica de *colaboración o intervención necesaria en el delito*, ya que de esta manera no se prejuzga la calificación jurídica que corresponda atribuir al sujeto que interviene necesariamente en el delito. Quizás la expresión más afortunada haya sido la ofrecida por SCHÜTZE, pues con ella se consigue poner de manifiesto la peculiaridad de los delitos de participación necesaria, sin que el *nomen* empleado condicione su relación con las reglas generales de participación. Concretamente, el autor se refiere a los delitos de una pluralidad (de personas) –*Mehrheitsdelikts*–, entendiendo por tales aquellos en los que la pluralidad de sujetos intervinientes es exigida por el propio tipo de la Parte Especial. Esta expresión vendría a ser el equivalente a la de los <<delitos plurisubjetivos o pluripersonales>>, utilizados por la doctrina italiana.

En tanto no se les preste la atención que se merecen a la *autoría necesaria* y a la *participación necesaria aparente* como problemas de la estructura del tipo penal y se le vea sólo como *pluralidad de personas*, su aplicación en la solución del caso concreto seguirá presentando los inconvenientes que hoy tiene. Como un ejemplo de esto, se transcribe una parte de una resolución dictada en un juzgado de distrito a propósito del delito de delincuencia organizada:

Así se concluye que (...), probablemente realizó el ilícito de VIOLACIÓN A LA LEY FEDERAL CONTRA LA DELINCUENCIA ORGANIZADA, previsto por los artículos 1º y 2º, fracción I y sancionado por el diverso 4, fracción I, inciso b), de la citada Ley, dentro de la hipótesis que señala la fracción III del artículo 13 del Código Punitivo Federal, al constatarse a dicho indiciado, como probable responsable de la conducta que se le imputa, pues acordó pertenecer a una agrupación criminal, con el solo objetivo de delinquir y llevaron a cabo en forma permanente y reiterada el ilícito contra la salud, además tenían colaboradores que integraban la banda criminal comandada (...), empleados que tenían funciones distintas, con lo que al parecer llevaron a cabo la conducta antijurídica que ahora se le reprocha; de tal forma que infringió la Ley Federal con el Crimen Organizado [*sic*]¹⁴⁴.

En la fracción III del artículo 13 del Código Penal Federal, se dice:

Artículo 13. Son autores o partícipes del delito:
I. Los que acuerden o preparen su realización;
II. Los que lo realicen por sí;
III. Los que lo realicen conjuntamente;
IV. Los que (...).

En esta fracción III se regula la *coautoría*. El desconocimiento de la *autoría necesaria* llevó a quien dictó esta resolución (¿secretario-juez?) a decir que, como los intervinientes eran más de tres, eran coautores y con fundamento en dicha fracción. Esta postura jurídicamente no es válida (salvo para el poder Judicial), porque al decirse en el art. 2º. de la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada, que:

¹⁴⁴ Ni siquiera existe preocupación por la denominación del texto legal, la cual es <<Ley Federal contra la Delincuencia Organizada>>.

Artículo 2º. Cuando tres o más personas acuerden organizarse o se organicen para realizar, en forma permanente o reiterada, conductas que por sí o unidas a otras, tienen como fin o resultado cometer alguno o algunos de los delitos siguientes, serán sancionados por ese solo hecho, como miembros de la delincuencia organizada:

I. Terrorismo, (...).

Se está reconociendo que este tipo penal por su estructura exige para su configuración la intervención de tres o más personas, lo que hace de él un supuesto de *autoría necesaria*, por lo que, los «tres o más» que intervienen todos son autores (y no coautores) y el fundamento es el mismo art. 2º. y, si se quiere, por la existencia de la fracción II del art. 13, reforzarlo con ella. En esta resolución se pone de manifiesto que para quienes *hablan en nombre* de los tribunales la *autoría necesaria* pertenece a esa laguna del conocimiento jurídico penal que les impide reconocer que la diferencia entre ésta y la *autoría y participación* está en la estructura del tipo penal. En la primera, siempre, su estructura típica es diferente de la generalidad de los tipos penales, los cuales, están pensados para el autor individual; y en la segunda, sólo existirá una estructura típica diferente cuando el tipo penal que está pensado para el autor individual, se concrete con autores y partícipes. Además, esta estructura típica diferente tiene efectos jurídicos distintos: (1) si en la *autoría necesaria* jurídicamente no existe el número de autores señalados en el tipo penal, existe atipicidad¹⁴⁵; (2) si en la *autoría y participación* quien no existe jurídicamente es el autor, no desaparece la tipicidad respecto de los partícipes sino que existe dificultad procesal para imponerles pena por el principio de accesoriedad, cuando en el *Cp* se regula un concepto diferenciador de autor. Por último, estas figuras jurídicas no se excluyen porque pueden presentarse

¹⁴⁵ Arturo ZAMORA JIMÉNEZ, *Cuerpo del...*, p. 132: Para efectos útiles, al aplicar los códigos sustantivos en el derecho procesal veremos cómo en algunas hipótesis, los tipos penales exigen pluralidad de sujetos para su realización, por lo tanto, al no darse el requisito de participación plural, nos encontraremos ante un supuesto de atipicidad.

casos en los que concurran la *autoría y participación* con la *autoría necesaria* o los *delitos plurisubjetivos*¹⁴⁶.

¹⁴⁶ Francesco ANTOLISEI, *Manual...*, p. 418: Hay que advertir, por último, que también respecto del delito plurisubjetivo es posible el concurso eventual, que, naturalmente, puede darse solo [*sic; ¿sólo?*] por parte de *personas distintas de los sujetos esenciales*, es decir, distintas de los concurrentes necesarios, y siempre en el previo supuesto de que el delito antedicho esté completo en todos sus elementos. Así, puede haber concurrentes eventuales en el delito de incesto (ejemplo: la persona que favorece el delito, al permitir que las reuniones de los amantes se tengan en su habitación); en el duelo (ejemplo: el que instiga a un amigo a resolver el pleito con un lance de honor mediante una partida de arma), etcétera.

CAPÍTULO 2

CLASES DE CONCEPTO DE AUTOR

SUMARIO: 2.1. Clases de concepto de autor. 2.1.1. Concepto unitario de autor. 2.1.1.1. Concepto unitario formal de autor. 2.1.1.2. Concepto unitario funcional de autor. 2.1.1.3. Técnica de tipificación. 2.1.1.3.1. Parte especial. 2.1.1.3.2. Parte general. 2.1.1.4. Semejanzas y diferencias entre el concepto unitario formal de autor y el concepto unitario funcional de autor. 2.1.1.5. Teoría de la asociación criminal. 2.1.1.6. Situación en México. 2.1.1.6.1. Legislación. 2.1.1.6.2. Jurisprudencia. 2.1.1.6.3. Doctrina jurídico penal. 2.1.2. Concepto diferenciador de autor. 2.1.2.1. Concepto restrictivo de autor. 2.1.2.2. Concepto extensivo de autor. 2.1.2.3. Situación en México. 2.1.2.3.1. Concepto diferenciador de autor. 2.1.2.3.1.1. Legislación. 2.1.2.3.1.2. Jurisprudencia. 2.1.2.3.1.3. Doctrina jurídico penal. 2.1.2.3.2. Concepto restrictivo de autor. 2.1.2.3.2.1. Legislación. 2.1.2.3.2.2. Jurisprudencia. 2.1.2.3.2.3. Doctrina jurídico penal. 2.1.2.3.3. Concepto extensivo de autor. 2.1.2.3.3.1. Legislación. 2.1.2.3.3.2. Jurisprudencia. 2.1.2.3.3.3. Doctrina jurídico penal. 2.1.3. Concepto secundario o negativo de autor. 2.1.4. Nuestra opinión.

BIBLIOGRAFÍA: Adato Green, Victoria/García Ramírez, Sergio/Islands de González Mariscal, Olga, *Código penal y código de procedimientos penales modelo*, 2004. Amuchategui Requena, Irma Griselda, *Derecho penal*, 2001. Antolisei, Francesco, *Manual de derecho penal, parte general*, 1988. Arilla Bas, Fernando, *Derecho penal, parte general*, 2001. Aranguz Sánchez, Carlos/Alarcón Navío, Esperanza, *El código penal francés*, 2000. Avalos Sandoval, Salvador, «Comentarios sobre autoría y participación en el proyecto del Código Penal para el Distrito Federal», 2003. Azzolini Brincaz, Alicia Beatriz, «La autoría en el sistema penal mexicano», 2001. Bacigalupo Zapater, Enrique, *Principios de derecho penal*, 1998. Ballvé, Faustino, «El problema de la participación en el delito», 1954. Berchermann Arizpe, Antonio, *Derecho penal mexicano, parte general*, 2004. Berdugo Gómez de la Torre, Ignacio/Arroyo Zapatero, Luis/García Rivas, Nicolás/Ferré Olivé, Juan Carlos/Serrano Piedecabras, José Ramón, *Lecciones de derecho penal, parte general*, 1999. Bolea Bardon, Carolina, *Autoría mediata en derecho penal*, 2000. Búnster Briceño, Álvaro, *Escritos de derecho penal y política criminal*, 1994. Bustos Ramírez, Juan J./Hormazábal Malarée, Hernán, *Lecciones de derecho penal, v. II*, 1999. Cagliari, José Francisco, «Do concurso de pessoas», 1999. Cárdenas, Raúl F., *El código de Martínez de Castro*, 1979. Carrancá y Rivas, Raúl, *La participación delictuosa. Doctrina y ley penal*, 1957. Carrancá y Trujillo, Raúl/Carrancá y Rivas, Raúl, *Derecho penal mexicano, parte general*, 1999; *Código penal anotado*, 1985. Carrasco Andriño, María del Mar, *Los delitos plurisubjetivos y la participación necesaria*, 2002. Castellanos Tena, Fernando, *Lineamientos elementales de derecho penal*, 2000. Castillo González, Francisco, *La participación criminal en el derecho penal costarricense*, 1993; *La autoría mediata*, 1996. Ceniceros, José Angel/Garrido, Luis, *La ley penal mexicana*, 1934. Cobo del Rosal, Manuel/Vives Antón, Tomás Salvador, *Derecho penal, parte general*, 1999. Conde – Pumpido Ferreiro, Cándido, *Contestaciones de derecho penal al programa de judicatura*, 2004. Cortés Ibarra, Miguel Angel, *Derecho penal mexicano, parte general*, 1971. Cury Urzúa, Enrique, *Derecho penal, parte general*, 2005. Champo Sánchez, Nimrod Mihael, *El dominio del hecho. Formas de autoría en el delito*, 2005. Daza Gómez, Carlos Juan Manuel, *Teoría general del delito*, 1998; «Autoría y participación», 2002. Díaz de León, Marco Antonio, *Código Penal Federal con comentarios, t.I*, 2001. Díaz y García Conledo, Miguel, *La autoría en derecho penal*, 1991. Fernández Doblado, Luis, «La participación y el encubrimiento», 1959. Fierro, Guillermo J., «La autoría mediata en el Código Penal Tipo para Latinoamérica», 1974. Franco Guzmán, Ricardo, *El concurso de personas en el delito*, 1962. García Ramírez, Sergio, *Derecho penal*, 1998. Gómez Benitez, José Manuel, *Teoría jurídica del delito. Derecho penal, parte general*, 1992. Gómez González, Orlando T., *Participación criminal: análisis doctrinal y jurisprudencial*, 2001; *Participación criminal*, 2001; «El derecho penal y la política criminal en Cuba», 2003. González de la Vega, René, *Tratado sobre la ley penal mexicana, t. I*, 2003. González Quintanilla, Arturo, *Derecho penal mexicano*, 1999. González – Salas Campos, Raúl, «El tipo de autor y el tipo de participación», 1989. Guerrero Agripino, Luis Felipe, *La delincuencia organizada. Algunos aspectos penales, criminológicos y político-criminales*, 2000. Gutiérrez Rodríguez, María, *La responsabilidad penal del coautor. Fundamento y límites*, 2001. Hernández Esquivel, Jorge Alberto, «Concurso de personas en el delito», 1993. Hruscka, Joachim, «Prohibición de regreso y concepto de inducción. Consecuencias», 2000. Hurtado Pozo, José, *Manual de derecho penal, parte general*, 1987; *Manual de derecho penal, parte general I*, 2005. Islas de González Mariscal, Olga, *Análisis lógico de*

los delitos contra la vida, 2000; *Análisis lógico de los delitos contra la vida*, 2004; «Comentarios sobre el proyecto de Código Penal para el Distrito Federal elaborado en el Instituto de Investigaciones Jurídicas», 2003. Jakobs, Günther, *Derecho penal, parte general. Fundamentos y teoría de la imputación*, 1995. Jiménez de Asúa, Luis/Antón Oneca, José, *Derecho penal conforme al código de 1928*, 1929. Jiménez Huerta, Mariano, *Derecho penal mexicano, t. I*, 1985. Jescheck, Hans – Heinrich/Weigend, Thomas, *Derecho penal, parte general*, 2002. Latagliata, Angelo Raffaele, *El concurso de personas en el delito*, 1967. Liszt, Franz von, *Tratado de derecho penal, t. III, s/f*. López Barja de Quiroga, Jacobo, *Autoría y participación*, 1996. López Betancourt, Eduardo, *Introducción al derecho penal*, 1995; *Teoría del delito*, 1994. López Peregrín, María del Carmen, *La complicidad en el delito*, 1997. Lozano, José María, *Derecho penal comparado o el código penal del Distrito Federal y territorio de la Baja California*, 1874. Madrazo, Carlos A., *La reforma penal (1983-1985)*, 1989. Malo Camacho, Gustavo, *Derecho penal mexicano*, 1997. Mancera Espinosa, Miguel Angel, «Tópicos sobre la autoría y participación, repercusiones en el delito de violación previsto en el código penal del D.F. », 2000; «Autoría y participación en el Nuevo Código Penal para el Distrito Federal», 2003. Maurach, Reinhart, *Tratado de derecho penal t. II*, 1962. Maurach, Reinhart/Heinz Gössel, Karl/Zipf, Heinz, *Derecho penal, parte general 2*, 1995. Maggiore, Giuseppe, *Derecho penal. Volumen II: El delito. La pena. Medidas de seguridad y sanciones civiles*, 2000. Mommsen, Teodoro, *Derecho penal romano*, 1991. Monarque Ureña, Rodolfo, *Lineamientos elementales de la teoría general del delito*, 2002. Moreno Hernández, Moisés, «Participación criminal», 1993; «Autor del delito», 1994; «Complicidad», 1994; «Comentarios en torno a la legislación penal del Estado de Veracruz», 1997; «Algunos comentarios sobre el proyecto de Código Penal para el Distrito Federal elaborado por el Instituto de Investigaciones Jurídicas (2001)», 2003. Muñoz Conde, Francisco, *Introducción al derecho penal*, 1975. Muñoz, Luis, *Comentarios al Código Penal para el Distrito y Territorios Federales y al anteproyecto elaborado para reemplazarlo*, 1951. Novoa Monreal, Eduardo, *Curso de derecho penal chileno, t. II*, 2005. Orellana Wiarco, Octavio Alberto, *Curso de derecho penal, parte general*, 1999. Pavón Vasconcelos, Francisco, *Derecho penal mexicano*, 1994; *Las reformas penales (análisis críticos de la parte general)*, 1987. Peñaranda Ramos, Enrique, *La participación en el delito y el principio de accesoriedad*, 1990. Plascencia Villanueva, Raúl, *Teoría del delito*, 1998. Porte Petit Candaudap, Celestino, *Programa de derecho penal, parte general*, 1990. Ramírez Hernández, Elpidio, «Autoría y participación», 1985. Reynoso Dávila, Roberto, *Teoría general del delito*, 1995. Robles Planas, Ricardo, *La participación en el delito: fundamento y límites*, 2003. Rodríguez Barillas, Alejandro, «Autoría y participación», 2001. Rodríguez Manzanera, Luis «El concurso de personas en el delito, en el derecho penal italiano», 1968. Rodríguez Muñoz, Arturo, «Nota del traductor» en Edmund Mezger, *Tratado de derecho penal*, 1957. Roxin, Claus, *Dogmática y política criminal*, 1998; *Autoría y dominio del hecho en derecho penal*, 1998. Serrano Butragueño, Ignacio, «Le nouveau code penal (El nuevo código penal)», 1994. Vergara Tejada, José Moisés, *Manual de derecho penal, parte general*, 2002. Villalobos, Ignacio, *Derecho penal mexicano, parte general*, 1983. Welzel, Hans, *Derecho penal alemán*, 1987. Zaffaroni, Eugenio Raúl, *Tratado de derecho penal, parte general, t. III*, 1981. Zaffaroni, Eugenio Raúl/Alagia, Alejandro/Slokar, Alejandro, *Derecho penal, parte general*, 2001. Zamora Jiménez, Arturo, «Autoría y participación en el código penal de Jalisco», 1997; *Cuerpo del delito y tipo penal*, 2001.

2.1. Clases de concepto de autor

En este capítulo no se trata de definir cuándo uno de los intervinientes en el delito es “autor”, sino revisar cuáles son las opiniones que en la *doc jur pen* han buscado explicar si todos los que intervienen deben ser considerados como autores o sólo alguno o algunos de ellos y cómo debe encontrarse esta respuesta; es decir, este capítulo está referido a los temas que en la *doc jur pen* se refieren al *concepto unitario de autor, concepto diferenciador de autor,*

*concepto restrictivo de autor, concepto extensivo de autor y concepto negativo de autor*¹⁴⁷.

2.1.1. *Concepto unitario de autor*¹⁴⁸. Con él se considera que todos los intervinientes en la realización del delito son autores¹⁴⁹. Se reconoce que en el derecho positivo los *Cps* que se identifican con este concepto son los de Italia¹⁵⁰, Austria¹⁵¹, Dinamarca, Noruega¹⁵², Suecia¹⁵³, entre otros, sin que la

¹⁴⁷ Otra clasificación: Miguel DÍAZ y GARCÍA CONLLEDO, *La autoría en derecho penal*, p. 41: Tres han sido fundamentalmente los conceptos de autor mantenidos por la doctrina penal, unas veces teorizando sobre el mismo concepto de autor, otras siguiendo la orientación marcada por las distintas legislaciones positivas. Estos tres conceptos son el unitario, el extensivo y el restrictivo.

¹⁴⁸ [Se reconoce otra denominación:] Francisco CASTILLO GONZÁLEZ, *La participación...*, pp. 24 y 25: Como alternativa a ese sistema [se refiere al diferenciador] un grupo de autores ha propuesto el llamado sistema de “autor único”. En éste se castiga como responsable a quien haya dado un aporte causal al delito, independientemente de si ese aporte causal puede enmarcarse como autoría, coautoría, instigación o complicidad y del peso que haya tenido para la consumación.

¹⁴⁹ Miguel DÍAZ y GARCÍA CONLLEDO, *La autoría...*, p. 47: Como he dicho antes, el concepto unitario de autor se caracteriza por una renuncia a la distinción entre autor y partícipe (en el sentido que a esta palabra se le da como intervención en el hecho de otro) y por el encuadramiento de todas las formas de intervención en el delito bajo una única figura de autoría, aunque sea con la denominación general de participación, intervención, colaboración, codelincuencia o expresiones similares. Orlando T. GÓMEZ GONZÁLEZ, *Participación criminal: análisis doctrinal y jurisprudencial*, p. 39: El concepto unitario de autor se caracteriza por una renuncia a la distinción entre autor y partícipe (en el sentido que a esta palabra se le da como intervención en el hecho de otro), y por la introducción de todas las formas de intervención en el delito bajo una única figura de autoría, aunque sea con la denominación general de participación, intervención, colaboración u otras acepciones similares. [Véase la similitud de este último texto con el primero. El autor del último texto no hace mención de García Conlledo].

¹⁵⁰ Angelo Raffaele LATAGLIATA, *El concurso de personas en el delito*, 1967, p. 24: Mientras el Código Zanardelli, según el ejemplo de la mayor parte de las legislaciones penales europeas, distinguía expresamente el concurso de varias personas “en la ejecución de un delito” (art. 63, apartado primero) del concurso “en el delito” mediante determinación, instigación o ayuda (art. 63, apartado quinto, y 64), y preveía para esta segunda forma de participación penas inferiores con respecto a las reservadas para los ejecutores y para los cooperadores inmediatos, tal distinción ha desaparecido del Código vigente. El art. 110, primer apartado, dispone, en efecto, que “cuando varias personas concurren en un mismo delito, cada una de ellas será sometida a la pena establecida para ese delito”. Edmund MEZGER, *Derecho penal...*, p. 298: (...) En cambio, el Código Penal Italiano de 1930, en el art. 110, les impone, en principio, a todas las personas que concurren en el hecho punible, la pena fijada legalmente, pero admite, en virtud de la menor importancia de la cooperación, una atenuación de la pena. Por lo tanto, tampoco aquí el autor y los partícipes son objeto del mismo tratamiento. José Arturo RODRÍGUEZ MUÑOZ [en Edmund Mezger, *Tratado...*, II, pp. 284 y 285]: (*) El camino iniciado por el § 58 del Código noruego se sigue fundamentalmente por el Código Rocco italiano de 19 de octubre de 1930, que en el artículo 110, primero del capítulo III del título IV del Libro Primero, relativo al “concurso de varias personas en el delito”, dispone “que cuando varias personas concurren en el mismo delito, cada una de ellas incurrirá en la pena establecida para dicho delito, salvo las disposiciones contenidas en los artículos siguientes”. Como ya advierte la *Relación del Ministro* (página 165), en materia de concurso de varias personas en el mismo delito, el *Proyecto* (y después el Código) ha modificado notablemente la regulación seguida en el Código Zanardelli, abandonando la distinción entre participación primaria (*correitá*) y participación secundaria (*complicitá*), entre participación moral o psíquica y

aceptación sea total y sin cuestionamientos¹⁵⁴. En el *Cp* Francés si bien se hace la distinción entre autores (art. 121-4)¹⁵⁵ y cómplices (art. 121-7)¹⁵⁶, a

participación material, entre correos y cooperadores inmediatos, entre cómplices necesarios y no necesarios. Y añade que “exigencias teóricas y prácticas han inspirado el sistema adoptado, que equipara todas las formas de concurso, principales y accesorias, morales y materiales”. María del Mar CARRASCO ANDRINO, *Los delitos plurisubjetivos y la participación necesaria*, pp. 10 y 11: (...) En este sentido, se ha puesto de manifiesto cómo la problemática de los delitos pluripersonales sólo comienza a ser objeto de discusión en la doctrina italiana con la instauración, por el Código Rocco, de un modelo unitario de autoría y participación, que apoyado sobre las ideas de la causalidad de la aportación respecto del resultado delictivo y de la mayor peligrosidad del ilícito penal colectivo frente al individual, plantea el problema de explicar porqué, en relación con los delitos pluripersonales, determinadas aportaciones causales, expresamente recogidas en la figura delictiva concreta de la Parte Especial, no se encuentran, a pesar de ello, sometidas a pena.

¹⁵¹ Franz von LISZT, *Tratado...*, p. 78: VI. Mientras que los Proyectos alemán y suizo mantienen la distinción fundamental entre los actos del autor y la participación, el Proyecto austriaco (§ 12) ha equiparado a todos los que toman parte en el delito y sólo ha atenuado la sanción penal más grave respecto del cómplice. [*Véase como este autor reconocía el concepto unitario en el texto del proyecto*].

¹⁵² Luis JIMÉNEZ DE ASÚA/José ANTÓN ONECA, *Derecho penal conforme al código de 1928, 1929*, p. 175: Para evitar estos inconvenientes [*se refiere a las lagunas de punibilidad*] se ha creado la doctrina de la autonomía de la complicidad o de la complicidad delito distinto, en virtud de la cual se considera la acción realizada por cada uno de los participantes como una infracción independiente. Caben en esta dirección dos sistemas. El primero es considerar que el cómplice es también autor. Fué propugnado por Getz y adoptado por el Código penal noruego (1902), que suprime la teoría del concurso de delincuentes, considera el cómplice como autor y permite en su § 58 la disminución de la pena para aquel cuya participación tuvo escasa importancia. Enrique BACIGALUPO ZAPATER, *Principios...*, p. 353: (...) Si el derecho positivo unifica todas las formas de participación la delimitación de partícipes principales y partícipes secundarios, es decir entre autores y simples partícipes (inductores y cómplices), será prescindible. Este es el caso en derecho penal de Noruega (art. 58 CP. noruego), que en ciertos delitos (p. ej. contra la vida) equipara a los autores y los partícipes, en el derecho penal italiano (art. 23.1 CP. italiano), en el austriaco (§ 12 CP. austriaco) y probablemente en el derecho penal francés (art. 121 IV y VII del CP. francés de 1992). Miguel DÍAZ y GARCÍA CONLLEDO, *La autoría...*, p. 56: Por fin, el concepto unitario ha tenido también acogida, al menos aparentemente, en algunas legislaciones, tales como el CP noruego de 1902, el danés de 1930, el italiano de 1930, la OWiG alemana, desde 1968, hasta la hoy vigente, el ÖStGB de 1974, todos ellos hoy vigentes y algunos otros Códigos y Proyectos de diversos países. [*De opinión diferente:*] Edmund MEZGER, *Derecho penal...*, pp. 297 y 298: Históricamente (en el derecho romano y en el derecho común) y, desde el punto de vista del derecho comparado, en los derechos extranjeros, encontramos siempre la tendencia a equiparar fundamentalmente las distintas formas de participación. Todo partícipe es, en este sentido, cocausante y autor del hecho. Se toma como ejemplo, comúnmente, el código penal noruego de 1902 (§ 58), pero no es un ejemplo acertado. Este § 58 presupone, efectivamente, que toda participación debe ser castigada, pero ofrece también la posibilidad de castigar en forma diferente a los distintos partícipes; también la parte especial del código penal noruego distingue, por consiguiente, entre el que hace algo y el que coopera.

¹⁵³ José HURTADO POZO, *Manual de derecho penal, parte general*, 1987, p. 514: En Noruega y en Suecia, se ha dejado también de lado la distinción entre autores y partícipes secundarios. Se parte del principio de que todas las personas que intervienen en una infracción deben ser juzgadas de acuerdo a las mismas reglas.

¹⁵⁴ En este sentido: Miguel DÍAZ y GARCÍA CONLLEDO, *La autoría...*, pp. 61 y 62, cita número 68: Así, por citar sólo ejemplos relevantes: respecto al CP noruego, a favor de considerarlo defensor de un concepto unitario, la mayoría de los autores, por lo que omito la cita; en contra, p. ej. SAHM, *Täterschaft*, 1941, 30 s., 45-48 y passim; DIETZ, *Materialen II*, 1954, 340, y *Täterschaft*, 1957, 128 s., que afirma que por el hecho del abandono de la accesoria no hay que confundirlo con el concepto unitario, pues sigue diferenciando, aunque declarando autónoma la participación; quizás la cosa quedara hoy resuelta diciendo que se trata de un concepto unitario funcional. Respecto al CP italiano, vid. a favor de considerarlo reflejo del concepto unitario, DIETZ, *Materialen, II*, 1954, 329-331; en contra, DETZER, *einheitstäterlösung*, 1972, 130, con un análisis de la doctrina y la jurisprudencia italianas; (...). Giuseppe MAGGIORE, *Derecho penal...*, II, pp. 106 y 107: Es cierto que en el Código vigente, que ha igualado el tratamiento penal de todos los concurrentes (art. 110), la

estos últimos se les sanciona como autores (art. 121-6)¹⁵⁷, lo que hace que este texto pueda ser o no considerado como orientado a un concepto unitario¹⁵⁸. El *Cp* cubano de manera general se orienta por un concepto diferenciador de autor, pero, regula un *concepto unitario de autor* en el número 4 del art. 18:

Artículo 18. 1. La responsabilidad penal es exigible a autores y cómplices.
2. Se (...) ¹⁵⁹.

distinción de las formas del concurso ha perdido gran parte de su importancia. Pero esto no puede afirmarse de manera absoluta, pues la ley continúa hablando de “determinación para el delito” (art. 111), de “acuerdo para cometer un delito” (art. 115), y de “instigación para cometer un delito” (Ibíd.), conservando una multiplicidad y una jerarquía de formas. Y por otra parte, cualquiera que sea el sistema del Código, el concurso criminal no podrá entenderse en su verdadero dinamismo, si no se le estudia en la morfología fundamental con que se presenta en la vida cotidiana y en la experiencia jurídica. Por lo tanto, hay que exponer, aunque sea concisamente, la doctrina de las formas del concurso, según la terminología de la ciencia criminal.

¹⁵⁵ Art. 121-4. Es autor de la infracción quien: 1.º Comete el hecho penado por la Ley; 2.º Intenta cometer un delito grave o, en los casos expresamente previstos por la Ley, un delito menos grave.

¹⁵⁶ Art. 121-7. Son cómplices de un delito grave o menos grave los que, conscientemente, con su ayuda o cooperación, hayan facilitado su preparación o ejecución. También son cómplices quienes, por medio de dádiva, promesa, amenaza, orden, o bien abuso de autoridad o de poder, hayan inducido a otro o le hayan dado instrucciones para que se cometa la infracción.

¹⁵⁷ Art. 121-6. Serán castigados como autores los cómplices de la infracción, en el sentido del artículo 121-7. [*Estos arts. del Cp francés fueron tomados de la traducción de Carlos Aranguz Sánchez/Esperanza Alarcón Navío*].

¹⁵⁸ [*En este sentido*] Enrique BACIGALUPO ZAPATER, *Principios...*, p. 353: (...) y probablemente en el derecho penal francés (art. 121 IV y VII del *CP* francés de 1992). José HURTADO POZO, *Manual de derecho penal, parte general I*, 2005, p. 854: (...) No obstante, este mismo criterio ha sido consagrado en los arts. 121-6 y 121-7 del *CP* francés. Ignacio SERRANO BUTRAGUEÑO, <<Le nouveau code penal (El nuevo código penal)>>, 1994, p. 107: En segundo lugar, el NCP francés trabaja solamente con dos categorías de responsables penales: Los autores y los cómplices, toda vez que el encubrimiento resulta tipificado como delito autónomo contra la acción de la justicia. Ahora bien, el concepto de cómplice es, por un lado, sumamente amplio (<<el que ayuda o colabora en la preparación...>>), y, por otro, exagerado a efectos punitivos, ya que se equipara al autor. Por tanto, cualquiera que colabore o ayude en la perpetración –e incluso en la preparación– de un crimen o delito, independientemente del grado y del carácter de su participación (principal o accesoria), será sancionado con la misma pena que el autor, lo que estimo contrario a los más elementales principios de un Derecho Penal moderno. Tal vez busque el legislador galo que no haya medias tintas a la hora de responsabilizarse de una infracción penal. Algo así como si dijera, <<piénsalo bien antes de colaborar en un crimen o en un delito, porque si colaboras te equipararé al autor del mismo>>.

¹⁵⁹ Artículo 18.1. La responsabilidad penal es exigible a autores y cómplices. 2: Se consideran autores: a) los que ejecutan el hecho por sí mismos; b) los que organizan el plan del delito y su ejecución; c) los que determinan a otro plenamente responsable a cometer un delito; ch) los que cooperan en la ejecución del hecho delictivo mediante actos sin los cuales no hubiera podido cometerse; d) los que ejecutan el hecho por medio de otro que no es autor o es inimputable, o no responde penalmente del delito por haber actuado bajo la violencia o coacción, o en virtud de error al que fue inducido. 3. Son cómplices: a) los que alientan a otro para que persista en su intención de cometer un delito; b) los que proporcionan o facilitan informes o medios o dan consejos para la mejor ejecución del hecho punible; c) los que, antes de la comisión del delito, le prometen al autor ocultarlo, suprimir las huellas dejadas u ocultar los objetos obtenidos; ch) los que sin ser autores cooperan en la ejecución del delito de cualquier otro modo. 4. En los delitos contra la humanidad o la dignidad humana o la salud colectiva, o en los previstos en tratados internacionales, son autores todos los responsables penalmente, cualquiera que fuere su forma de participación.

4. En los delitos contra la humanidad o la dignidad humana o la salud colectiva, o en los previstos en tratados internacionales, *son autores todos los responsables penalmente, cualquiera que fuere su forma de participación*¹⁶⁰.

El *Cp* de Brasil, de inicio, su redacción permitiría la aplicación de un *concepto unitario de autor*¹⁶¹:

DEL CONCURSO DE PERSONAS

Art. 29. Quien de cualquier modo, contribuye para el crimen incide en las penas a éste conminadas, en la medida de su culpabilidad.

Parágrafo 1º. Si la participación fuera de menor importancia, la pena puede ser disminuida de un sexto a un tercio.

Parágrafo 2º. Si alguno de los concurrentes quería participar del crimen menos grave, será aplicada la pena de éste, esa pena será aumentada hasta la mitad, en la hipótesis de haber sido previsto el resultado más grave¹⁶².

Si bien el art. 29 en su primer párrafo tendría orientación al *concepto unitario de autor*, los párrafos primero y segundo al mencionar *participación* y regular una disminución de pena *a priori* para ésta, permitiría al intérprete pensar en un *concepto diferenciador de autor de carácter restrictivo*, como lo señala José Francisco *CAGLIARI*:

A reforma penal abandonou essa orientação. Entanto, divergem os autores sobre a opção do legislador de 1984. Assim, boa parte dos doutrinadores entende que, diante da aceitação da teoria finalista da ação, o Código passou a adotar a teoria do domínio do fato. Outros, como Damásio e Mirabete sustentam que a nova Parte Geral do Código acolheu a teoria restritiva, eis que o *caput* e os §§ 1º e 2º do art. 29 distinguem nitidamente entre autor e

¹⁶⁰ [Sin cursivas en el texto original]. Orlando T. GÓMEZ GONZÁLEZ, «El derecho penal y la política criminal en Cuba», 2003, pp. 648 y 649: El apartado 4 del artículo 18 extiende la autoría en el caso de delitos contra la humanidad o dignidad humana, en delitos contra la salud colectiva o en los previstos en los tratados internacionales al disponer «*son autores todos los responsables penalmente, cualquiera que fuere su forma de participación*». A pesar de la gravedad de los hechos, el considerar a todos autores vulnera las reglas que rigen la participación criminal. (...) Prescindir de la diferenciación entre autores y partícipes en los delitos contra la salud colectiva, dignidad humana, unido al empleo de igual técnica en otros delitos hace cuestionable la diferenciación establecida en el artículo 18.4 con carácter general.

¹⁶¹ José Alberto HERNÁNDEZ ESQUIVEL, «Concurso de personas en el delito», 1993, p. 68: Esta opción de política criminal ha sido consagrada en algunos códigos como el italiano que en su art. 110 dispone que “Cuando concurrieren varias personas a una misma infracción, cada una de ellas será sometida a la pena establecida para esta infracción”, y también en el brasileño; pero no es posible entre nosotros [*se refiere a Colombia*], donde existe una clara distinción entre autoría y formas de participación.

¹⁶² La traducción nos fue proporcionada por el Profr. Dr. Cândido Furtado Maia Neto.

partícipe. Um e outro, porém, acolhendo esta concepção, acrescentam que, autor, além do executor material da conduta expressa pela verbo núcleo do tipo, é também aquele que a realiza por intermédio de outrem (autoria mediata). Assim também se pronuncia Fragozo¹⁶³.

De este concepto hoy se reconocen dos orientaciones: *concepto unitario formal de autor* y *concepto unitario funcional de autor*.

2.1.1.1. *Concepto unitario formal de autor*. Esta denominación empieza su reconocimiento en el año de 1970 cuando *Diethelm KIENAPFEL*¹⁶⁴ la utiliza para hacer la distinción – dentro del concepto unitario – de su *concepto unitario funcional de autor*¹⁶⁵. Antes de esta denominación se utiliza la de *concepto unitario de autor* que es la más conocida y con la que se inicia su divulgación a partir de los planteamientos en las obras de *Christoph Carl STÜBEL*¹⁶⁶ y de *Wilhelm von SCHIRACH*¹⁶⁷ en las primera décadas del siglo XIX. Otros trabajos que aceptaron y postularon el concepto unitario de autor

¹⁶³ <<Do concurso de pessoas>>, 1999, p. 54.

¹⁶⁴ El trabajo es <<Beteiligung>> und <<Teilnahme>>. Zum Verhältnis vom OWiG zum StGB, en: NJW 23, 1970, pp. 1826-1833.

¹⁶⁵ [En este sentido] Miguel DÍAZ y GARCÍA CONLLEDO, *La autoría...*, p. 65: En las versiones que podríamos llamar clásicas del concepto unitario se defendía, como sabemos, que todo participante en un hecho es autor del mismo y, en esa definición, no se describían distintas formas en que pudiera realizarse la autoría. KIENAPFEL ha denominado a este concepto clásico “concepto unitario formal”; frente a éste, él propugna otro distinto, que, en su opinión, más que un concepto es un sistema, al que denomina “unitario funcional” o “material”, en el que, partiendo de la igualdad como autores de todos los intervinientes, se pueden definir distintas figuras de autoría; (...). Ma. del Carmen LÓPEZ PEREGRÍN, *La complicidad en el delito*, pp. 38 y 39: Fue KIENAPFEL el que por primera vez utilizó la expresión <<formales Einheitstätersystem>> (traducido habitualmente al castellano por concepto unitario formal de autor) para referirse a la versión clásica, básicamente causal, del concepto unitario de autor, en contraposición al <<funktionales Einheitstätersystem>> (concepto unitario funcional de autor), defendido por él.

¹⁶⁶ *Über den Thatbestand der Verbrechen, die Urheber derselben un die zu einem verdammenden Endurteile erfor derliche Gewissheit der ersten, besonders in Rücksicht der Tödtung, nach gemeinen in Deutschland geltenden und Chursächischen Rechten*. 1805. *Über die Theilnahme mehrerer Personen an einem Verbrechen. Ein Beitrag zur Criminalgesetzgebung und zur Berichtigung der in den Criminalgerichten geltenden Grundsätze*. Hilscher'sche Buchhandlung, Dresden, 1828. Citadas por Ma. del Carmen LÓPEZ PEREGRÍN, *La complicidad...*, p. 515.

¹⁶⁷ *Versuch eines Beweises, daß es sowohl nach positiven Gesetzen, als nach allgemeinen Grundsätzen in Ansehung der Strafbarkeit keinen Unterschied zwischen dem Urheber des Verbrechens und dem Gehilfen bei demselben gebe*, en NAC 3 (1819), págs. 415-435. Citada por Ma. del Carmen LÓPEZ PEREGRÍN, *La complicidad...* p. 513.

son los de *Bernhard GETZ*¹⁶⁸, *MASSARI*¹⁶⁹, *Johannes FOINITZKY*, *Alexander NICOLADONI*¹⁷⁰, coincidiendo en el cuestionamiento de la opinión que permite

¹⁶⁸ Francisco CASTILLO GONZÁLEZ, *La participación...*, pp. 22 y 23: 15.- Bernhard Getz, jurista noruego, ideó el sistema denominado de “criminalidad particular de los participantes”, que encontró aplicación en el Código penal noruego de 1902. Getz toma como punto de partida de su teoría la doctrina de la causalidad tal y como la formularon los autores alemanes von Buri y von Bar: para él todos los participantes, -autores, cómplices o instigadores-, son causantes del delito y por ello, autores del delito. Es por lo anterior que afirma, que es necesario derogar las disposiciones particulares referentes a la participación, porque toda determinación o delimitación de las nociones de autor o de cómplice es arbitraria. Así, escribe Getz: “Cuando se dice que el límite de demarcación entre las nociones en cuestión pasa por aquí, yo no veo por qué no podría sostenerse con igual razón que pasa por allá. Yo no puedo saber quien [*sic*; ¿quién?], es el autor de la infracción, sino por oposición al instigador o al cómplice”. Guillermo Julio FIERRO, «La autoría...», p. 36: (...) Este enfoque [*se refiere al concepto unitario de autor*] del problema encuentra su origen en la posición asumida por Bernardo Getz, redactor principal del Código noruego de 1902, quien basándose principalmente en la teoría causalista de la equivalencia de condiciones, trasladó esas consideraciones al campo de la participación concluyendo en que no cabía diferenciar conceptualmente los distintos aportes que contribuyen a la producción de un hecho delictivo por cuanto todos son igualmente determinantes.

¹⁶⁹ Luis JIMÉNEZ DE ASÚA/José ANTÓN ONECA, *Derecho penal...*, pp. 175 y 176: (...) El otro sistema es hacer de la complicidad un *delictum sui generis*, llamado delito de concurso, de naturaleza accesoria, que se imputaría por un título especial independientemente de la contribución prestada al delito principal. La teoría de la complicidad delito distinto no ha tenido gran fortuna. Se le acusa de divorciada de la realidad. No puede negarse, se dice, que el delito es producto de varios partícipes y que la responsabilidad de cada uno recibe significación y relieve del conjunto. [*En este comentario los autores en la cita número 3, señalan:*] E. MASSARI, *Il momento esecutivo del reato*, 1923, números 70-71; MANZINI, *Trattato di diritto penal*, 2ª. ed, II, núm. 479. Eduardo NOVOA MONREAL, *Curso de derecho penal chileno, parte general, t. II*, 2005, p. 155: En el otro extremo se sitúa la teoría pluralista, sustentada por Massari, que ha tenido pocos adeptos. Según Massari, cada una de las intervenciones de los diversos sujetos, en el caso de concurso, tiene una vida propia, por lo que jurídicamente se les ha de conceder significación como actos singulares. De esta manera, la actuación de los partícipes ha de transformarse en un delito especial, diverso del hecho punible del ejecutor principal. Habría, pues, aparte del hecho punible del autor directo, un delito *sui generis* llamado “delito de concurso” de naturaleza accesoria, que constituiría un título delictual autónomo.

¹⁷⁰ [*Según*] Álvaro BÚNSTER BRICEÑO, «Responsabilidad asociada o disociada en el concurso de agentes. La posición de los <<modernos>>», en *Escritos de derecho penal y política criminal*, pp. 91 y 92: Una vía simple de eludir muchos de esos problemas parecería ser la renuncia legislativa a la regulación del concurso como un haz que cohesiona los diversos actos. Esos intentos, propugnados por alguna doctrina de fines de siglo y recogidos con diversos alcances y variada fortuna por algunas legislaciones, responden a motivos de política – criminal y a requerimientos de orden técnico. Al acogerlos la ley, surgiría por añadidura la simplificación de los problemas dogmáticos que presenta el concurso de sujetos a un hecho punible. Premisa común a esas tentativas parece haber sido el principio de que no debe castigarse el hecho, sino a su agente, y que, por lo que hace al *concursum delinquentium*, el enjuiciamiento y castigo de los diversos sujetos no debe tener por punto de partida el delito a que todos han concurrido, sino lo que ha hecho y querido cada concurrente singular. La responsabilidad de cada individuo y la independencia de su propio acto deben remplazar a la responsabilidad resultante de subordinar el acto del partícipe al acto del autor. Los diversos colaboradores no deben ser ya concebidos como *coculpables* de un delito, sino como autores singulares de la acción misma que cada cual ha realizado. Esa premisa, sin embargo, conduce a diversos modos de proscripción del sistema ortodoxo. Partiendo de ella, se aspira a veces a fragmentar el concurso de agentes en tantos delitos independientes cuantos sean los sujetos que han intervenido, convirtiendo a todos éstos en autores de su propio hecho y reemplazando la unidad por la pluralidad, como resulta notorio en las concepciones de *jure condendo* expuestas por Foinitzky y Nicoladoni y en la interpretación ofrecida de las normas pertinentes del Código Zanardelli por Massari. Otras veces, un pensamiento más radical postula suprimir el concepto de participación y disolverlo en una idea única de autor, según acontece en la doctrina de Getz. Ignacio VILLALOBOS, *Derecho penal...*, pp. 478 y 479: C) *Teoría que afirma la pluralidad de delitos.*- Frente a esas dos posiciones anteriores e insistiendo en asignar a cada responsable una penalidad adecuada al

diferenciar entre autores y partícipes por las dificultades que representa ésta y por las lagunas de punibilidad que con ella se dan, reconociéndose que es mejor postular la no distinción de entre los intervinientes que realizaron el delito. Su fundamentación la encuentran los autores en la causalidad con la teoría de la equivalencia de las condiciones, pues al tener el mismo significado en el hecho todas las condiciones, sólo era posible la existencia de autores, reconociéndose diferencias entre ellos hasta el momento de individualización de la pena¹⁷¹.

2.1.1.2. Concepto unitario funcional de autor. Esta denominación se debe a *Diethelm KIENAPFEL* (1970), en opinión de *Ma. del Carmen LÓPEZ PEREGRÍN*:

Fue KIENAPFEL el que por primera vez utilizó la expresión «formales Einheitstätersystem» (traducida habitualmente al castellano por concepto unitario formal de autor) para referirse a la versión clásica, básicamente causal, del concepto unitario de autor, en contraposición al «funktionales Einheitstätersystem» (concepto unitario funcional de autor), defendido por él¹⁷².

acto por él ejecutado, a su responsabilidad y a su peligrosidad demostrada, se pensó que tal propósito era incompatible con la unidad y comunidad del delito y se quiso cortar el mal de raíz, para lo cual se atribuyó a cada concurrente (que ya no podría llamarse “partícipe”) un delito autónomo con su pena propia. Así, además, se podrían estimar para cada sujeto las excluyentes, agravantes o atenuantes que a él se ligaran, con absoluta independencia de los demás cuyos actos tenían sus elementos propios y formaban unidades distintas. Massari es indicado, de ordinario, como responsable de esta doctrina, si bien colaboraron en su producción y defensa otros varios como Foinitzky, Getz y Bataglini, sin que la tesis haya logrado mayor fortuna.

¹⁷¹ Faustino BALLVÉ, «El problema...», p. 34: (...) Stübel adopta desde un principio, en su *Tatbestand* (1805), una posición radicalmente objetiva y parte del postulado de la equivalencia de condiciones. No se atreve sin embargo, a atribuir la autoría a todos los codelincuentes y distingue entre participación próxima y participación remota, la última de las cuales divide en participación plena y no plena según dicha participación incluya o no causas eficientes del hecho. En su último libro *Über die Teilnahme* (1828), prescinde de estos distingos, declara radicalmente la igualdad de todos los codelincuentes reservando al juzgador la apreciación de sus grados de culpa; pero deja subsistente, sin embargo, el concepto de cómplice que es, según él, “el que fomenta un delito ajeno del que personalmente no puede hacerse culpable”. [*Y en la p. 35, agrega*] 4) *El subjetivismo.*- Al decir Stübel que objetivamente la causación de todos los codelincuentes es equivalente; pero que debe quedar reservada al juzgador la apreciación del dolo, es decir: de la responsabilidad subjetiva, cerró de hecho el camino de la investigación objetiva de la codelincuencia y, como he dicho ya, sus mismos epígonos debieron echar mano de elementos subjetivos.

¹⁷² *La complicidad...*, pp. 38 y 39. El trabajo, según cita de López Peregrín, fue «*Beteiligung*» und «*Teilnahme*». *Zum Verhältnis vom OWiG zum StGB*, en *Neue Juristische Wochenschrift*, 23, 1970, pp. 1826-1833.

La separación de este concepto unitario funcional del concepto unitario formal se da con la aceptación de que las aportaciones en el delito pueden ser diferentes, aunque todas sean reconocidas como acciones de autoría. Esta clasificación de la autoría se basa en el contenido de la descripción típica y en la causalidad, según lo expone *Ma. del Carmen LÓPEZ PEREGRÍN*:

KIENAPFEL distingue entre dos formas de comisión del hecho. Existe *autoría inmediata* cuando el hecho es directamente subsumible en la descripción literal del tipo, es decir, cuando se ejecuta de propia mano el hecho punible. Junto a ella, habrá *autoría mediata* en los casos en que la conducta, sin responder de forma literal a la descripción típica, supone una contribución causal, imputable objetivamente, a un hecho punible.

Se aprecia así que el concepto de autoría mediata en el sistema de KIENAPFEL no se corresponde con la categoría del mismo nombre en un sistema diferenciador. Por el contrario, abarca todas las conductas de intervención en el hecho que no supongan ejecución directa de éste. Se divide la autoría mediata de KIENAPFEL en «*Veranlassungstäterschaft*» (autoría por incitación) y «*Unterstützungstäterschaft*» (autoría por apoyo). En esta última categoría estarían incluidos, junto con otros, los supuestos constitutivos de complicidad en los sistemas diferenciadores¹⁷³.

El reconocimiento de la distinta naturaleza de las clases de autoría no presupone la preeminencia de una sobre otra sino sólo una búsqueda de certeza y seguridad jurídicas para la responsabilidad por el hecho al cual se les vincula, pues, el no quedar incluida la acción realizada en alguna de ellas, se traduce en un supuesto de atipicidad al no poderse considerar autor del hecho. Esto no sucede con el concepto formal de autor, basado sólo en la causalidad, pues al considerarse cualquier aporte como causal del delito y siendo todos iguales, no puede existir una clasificación de la autoría. Esta diferenciación –autor inmediato y autor mediato– es un acercamiento con el concepto diferenciador, como se verá más adelante.

¹⁷³ *La complicidad...*, pp. 41–43.

Esta clasificación de la autoría, tampoco vincula la individualización de la pena, pues al no existir ninguna dependencia entre ellas, cada autor responde por sí, pues como dijera *ORTEGA* y *GASSET*: «el hombre es él y sus circunstancias». Esto lo explica *Ma. del Carmen LÓPEZ PEREGRÍN*:

La determinación de la pena para cada interviniente se concreta compensando, dentro del marco penal general, las circunstancias modificativas de la responsabilidad, entre las que se encuentran las referidas a la forma de intervención. De esta forma el menor injusto derivado de la intervención de poca importancia puede compensarse con circunstancias agravantes. Y al contrario, el injusto determinado por la intervención de autoría inmediata puede ser compensado con circunstancias atenuantes¹⁷⁴.

2.1.1.3. Técnica de tipificación. La clasificación de un *Cp* como orientado al concepto unitario de autor debe partir de las fórmulas utilizadas para la redacción de los tipos penales en la parte especial o del contenido de los arts. en los que, en la parte general, se hace referencia a la intervención de varios en el delito.

2.1.1.3.1. Parte especial. De manera general y en su mayoría, los tipos penales están pensados para la figura de la autoría. Ejemplos: «el que priva de la vida a otro»¹⁷⁵, «el que se apodera»¹⁷⁶. Se piensa sólo en la persona que realizará el contenido de la descripción típica, por lo que, si se quiere que en el tipo penal, además de esta acción de autoría se pueda comprender a otra clase de acciones, que también serán de autoría, debe pensarse en la regulación del *Cp* noruego, según lo explica *Francisco CASTILLO GONZÁLEZ*:

El Código penal noruego de 1902 presenta las siguientes características:

¹⁷⁴ *La complicidad...*, p. 45.

¹⁷⁵ *Cp* Federal: Art. 302.- Comete el delito de homicidio: el que priva de la vida a otro.

¹⁷⁶ *Cp* Federal: Art. 367.- Comete el delito de robo: el que se apodera de una cosa ajena mueble, sin derecho y sin consentimiento de la persona que pueda disponer de ella con arreglo a la ley.

Primera: castiga conductas de autoría en el tipo penal concreto y cada uno de éstos especifica si la participación es punible o no, pues no hay una definición de las formas de participación en la Parte General del Código¹⁷⁷.

Y en la cita número 43, agrega:

En los delitos en los que la participación es punible, el Código penal noruego adjunta fórmulas tales como “... o que haya contribuido...” (Arts. 148, 152, 153 du Code Pénal Norvégien, “Les Codes Pénaux Européens”, Tome III) “... o que haya intentado participar...” (Art. 83 Ibid.), “... o tome parte...” (Art. 86 inc. 7 Ibid.), “... o participe en tal acto...” (Art. 87 inc. 7 Ibid.), “... o haya intentado contribuir...” (Art. 98 Ibid.), “o haya contribuido a tales resultados...” (Art. 108 Ibid.) “... o haya ayudado a hacerlo...” (Art. 125 Ibid.)¹⁷⁸.

2.1.1.3.2. *Parte general*. Cuando la definición se encuentra en ella, entonces, los tipos de la parte especial hacen referencia sólo a las acciones de autoría, por lo que, la inclusión de otras acciones como de autoría se logra recurriendo a formulaciones como la del art. 110 del *Cp* italiano¹⁷⁹, el § 12 del *Cp* austriaco o el § 23.1. del *Cp* danés:

110. *Pena para los que concurren en el delito*. Cuando varias personas concurren en el mismo delito, a cada una de ellas se les impondrá la pena establecida para éste, salvo las disposiciones de los artículos siguientes¹⁸⁰.

§ 12. No solamente el autor inmediato comete la acción punible, sino también cualquiera que determina a otro a ejecutarla o el que de otra manera contribuye a su ejecución¹⁸¹.

§ 23.1. La norma penal vigente para un hecho delictivo se aplica a todos los que han tomado parte en él por incitación, consejo o (con un) hecho¹⁸².

¹⁷⁷ *La participación...*, p. 23.

¹⁷⁸ *La participación...*, p. 23.

¹⁷⁹ Luis RODRÍGUEZ MANZANERA, <<El concurso...>>, p. 41: c) El *Código actual* (Códice Rocco, 19/X/1930), elimina las distinciones de los antiguos Códigos, disponiendo en su artículo 110 que cuando varias personas concurren en el mismo delito, a cada una se le aplicará la pena establecida para dicho delito.

¹⁸⁰ 110. *Pena per coloro che concorrono nel reato*.- Quando piú persone concorrono nel medesimo reato, ciascuna di esse soggiace alla pena per questo stabilita, salve le disposizioni degli articoli seguenti.

¹⁸¹ [Tomado de] Claus ROXIN, *Dogmática y política criminal*, 1998, p. 348. [Otro texto de la traducción en:] Miguel DÍAZ y GARCÍA CONLLEDO, *La autoría...*, p. 60, cita número 66: §12. No sólo el autor inmediato comete la acción punible, sino también aquel que determina a otro a ejecutarla o que de otro modo colabora en su ejecución. María del Carmen LÓPEZ PEREGRÍN, *La complicidad...*, p. 40, cita número 16: §12: <<No sólo comete el delito el autor inmediato, sino también el que determina a otro a cometerlo o coopera a su ejecución>>. Jacobo LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, *Autoría...*, p. 40: § 12. Tratamiento de todos los partícipes como autores. No solo [sic; ¿sólo?] el autor inmediato ejecuta la acción punible sino también todo el que determina a otro a su ejecución o de alguna manera coopera con la misma.

¹⁸² [Tomado de] Miguel DÍAZ y GARCÍA CONLLEDO, *La autoría...*, p. 57, cita número 63.

2.1.1.4. *Semejanzas y diferencias entre el concepto unitario formal de autor y el concepto unitario funcional de autor.* Al ser estos conceptos en su esencia un *concepto unitario*, sus características básicas serían:

- 1) Es un sistema monista, en cuanto que todos los que hacen algo en relación con el hecho, son considerados autores del mismo.
- 2) Todos los autores tienen para sí el mismo marco penal, y sólo en el momento de la individualización de la pena se toman en cuenta el aporte y las características de cada uno de ellos.
- 3) Cada autor es independiente de los demás, por lo que, cada uno tiene su *propio injusto* y responde por su propia culpabilidad¹⁸³.

La única diferencia entre ellos sería la clasificación de la autoría en inmediata y mediata en el *concepto unitario funcional* buscando con ello dar un criterio para, mediante la tipicidad, vincular el concepto unitario de autor al principio de legalidad y al principio de acto o de hecho, que son algunos de los cuestionamientos que se le formulan¹⁸⁴.

2.1.1.5. *Teoría de la asociación criminal.* Este planteamiento se debe a la *doc jur pen* italiana. Se considera como expresión del concepto unitario de autor porque en la realización de un delito todos los intervinientes son considerados autores. Esto lo explica *Francesco ANTOLISEI*:

180.- Nuestra concepción.- A nuestro modo de ver, la verdadera esencia de la coparticipación delictuosa salta a la vista si se considera que no es ella

¹⁸³ Cfr. María GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ, *La responsabilidad penal...*, pp. 35-37. También Ma. del Carmen LÓPEZ PEREGRÍN, *La complicidad...*, pp. 56 y 57: Resumiendo todo lo visto hasta ahora, podemos decir que existen dos versiones del sistema unitario: formal y funcional. Entre ellas se aprecian diferencias sustanciales, pero ambas se basan en los mismos principios fundamentales: de una parte, en que realizan una interpretación amplia del tipo; de otra, en que renuncian al principio de accesoria, defendiendo por el contrario la responsabilidad autónoma de los participantes en el hecho punible.

¹⁸⁴ Carolina BOLEA BARDON, *Autoría mediata en derecho penal*, Valencia, 2000, p. 76: En general, la doctrina alemana, no valora positivamente el concepto unitario de autor en ninguna de sus dos variantes, ni siquiera de *lege ferenda*. El rechazo que experimenta este modelo es prácticamente mayoritario en todos los países donde no ha sido impuesto por vía legislativa. Diversas son las razones que se alegan para justificar dicho rechazo. Se la acusa principalmente de disolver las fronteras de lo típico, al conformarse con cualquier contribución causal a la realización del tipo para castigar como autoría; y, de no lograr diferenciar el desvalor de la acción de cada interviniente (...).

más que una manifestación del fenómeno general humano que se denomina “asociación”.

El fenómeno (...).

Ahora bien, la coparticipación delictuosa entra perfectamente en el cuadro del fenómeno asociativo. También en ella hay varios individuos que actúan conjuntamente para un objetivo común, objetivo que consiste en la comisión de un delito. Cada uno de ellos aporta una contribución al resultado deseado por todos, siendo todos conscientes de la cooperación de los demás. También ahí se produce una división del trabajo, por efecto de la cual las distintas acciones se integran unas con otras, formando un complejo unitario.

De lo expuesto se siguen dos consecuencias importantes.

En primer lugar, cada una de las acciones pierde su individualidad. Dirigidas todas ellas a un objetivo único y completándose recíprocamente, vienen a ser partes de una operación única y constituyen un *solo hecho*.

En segundo lugar, las distintas acciones, al formar un bloque unitario, pertenecen a todos y cada uno de los participantes. Como la finalidad es común, *es común también la operación global*, que en la intención de todos está llada a conseguirla. Esta inferencia es perfectamente conforme a los principios generales del derecho, ya que el ordenamiento jurídico no atribuye al hombre solamente los resultados de su comportamiento, sino también los de los hechos exteriores que se han tomado en consideración al actuar. Las fuerzas que no se originan en hecho alguno del hombre, pero que *calcula* él para conseguir sus fines, se consideran “propias” de él. ¿No roba acaso quien se sirve de un dispositivo mecánico o de un animal para sustraer algunas cosas? ¿No mata acaso quien ata un hombre al mástil de una nave que se va a pique? Indudablemente, en este criterio general se inspira la antigua máxima penalista: *qui per alium facit per se ipsum facere videtur* [quien hace algo por medio de otro, se considera que lo hace por sí mismo].

Así, pues, si varias acciones de los participantes no pueden considerarse aisladamente, ya que no son más que partes de una operación única; si tales acciones no pertenecen solo a quienes inmediatamente las ejecutaron, sino a todos y cada uno de ellos: hay que reconocer que no solo el que ejecuta la acción aparentemente principal, sino todo *socius sceleris* es autor del delito. La responsabilidad de los distintos copartícipes encuentra su justificación precisamente en el hecho de que todos son autores de él, pues a cada uno de ellos pertenece la operación global, que ha dado origen al delito.

El orden de ideas que acabamos de exponer, no solo suministra una explicación del instituto del concurso delictuoso que nos parece sumamente diáfana y concluyente, sino que está también en perfecta armonía con nuestro derecho positivo, el cual, como hemos visto, en el art. 110 del Código considera autores a todos los participantes en el delito y conmina, de ordinario, para cada uno de ellos la pena establecida para el delito cometido con el esfuerzo común¹⁸⁵.

¹⁸⁵ *Manual de derecho penal, parte general*, 1988, pp. 392 y 393. [Se respetó la acentuación de la palabra *solo*].

Por el conocimiento y la influencia de la *doc jur pen* alemana, el reconocimiento de esta postura casi desaparece al tratarse el tema de la distinción entre autores y partícipes, salvo excepciones como la de *Manuel COBO DEL ROSAL/Tomás Salvador VIVES ANTÓN*, quienes señalan:

b) La teoría de la asociación criminal

Quienes ven en el concurso de delincuentes *un fenómeno unitario, de índole asociativa (societas sceleris)*, niegan también la distinción entre contribuciones principales e independientes, constitutivas de autoría, y contribuciones accesorias y dependientes, constitutivas de participación. “Si las distintas acciones de los concurrentes no pueden contemplarse aisladamente –dice Antolisei– en cuanto no son sino partes de una operación única; si tales acciones no pertenecen sólo a los que inmediatamente las han realizado, sino a todos y cada uno de ellos, debe deducirse que no sólo el que ejecuta la acción que parece principal, sino todo *socius sceleris* es autor del delito”.

No cabe desconocer que la idea de “asociación criminal” se apoya, efectivamente, en la realidad sociológica. Por ello, la contemplación del concurso de delincuentes como fenómeno unitario, carente de matices individuales, aún recusada por la doctrina mayoritaria, renace, al menos parcialmente, cada vez que se utilizan criterios funcionales para deslindar el ámbito de la autoría. Pero, a la hora de enjuiciar una determinada posición dogmática, no basta, para considerarla acertada, comprobar que se apoya en datos reales, sino que es menester que otorgue a tales datos una valoración adecuada, que se ajuste a la que les concede la Ley.

En un Derecho penal de acto cada individuo ha de responder por lo que haya efectivamente realizado. Su contribución al injusto ha de valorarse en sí misma, no diluída en la del todo un grupo al que, más o menos ocasionalmente, pertenezca. Así lo exige, por otra parte, la concreta regulación legal. Y éste es, además, el punto de vista político-criminalmente acertado.

Ya Rossi, reconociendo que los partícipes forman con los autores del delito una especie de asociación, se preguntaba si no convendría considerarlos sujetos por igual a las resultas de la empresa criminal, a lo que respondía negativamente, argumentando que una Ley que tal hiciera parecería sugerida por los malhechores; pues éstos, cuanto mayor es el peligro que arrostran, mayor interés ponen en que ese peligro sea igual para todos (ya que, de no ser así, los amenazados con penas más leves podrían sentir la tentación de romper el *pactum sceleris*). Por el contrario, *el interés del legislador estriba en distinguir papeles principales y papeles secundarios en el drama del crimen*¹⁸⁶.

¹⁸⁶ *Derecho penal, parte general*, 1999, p. 737.

En la *doc jur pen comparada* se refieren al *concepto unitario de autor*, entre otros: Hans – HEINRICH JESCHECK/Thomas WEIGEND (pp. 694 y 695): 1.- El **concepto unitario de autor** trata como autor a todo interviniente que ha realizado una prestación causal para la realización del tipo, sin atender a cuál es el significado que se atribuye a su colaboración en el marco del suceso global. Esta cuestión sólo adquiere significado para la determinación de la pena y es aquí donde, con independencia de todas las distinciones dogmáticas de la teoría de la participación, debe ser resuelta sólo de acuerdo con la culpabilidad individual del codelincuente. Esta concepción, recomendada especialmente por la escuela moderna, pero también desde el “Derecho penal de la voluntad” no permite que se origine ninguna laguna de punibilidad (vid. el caso resuelto por la OLG Stuttgart JZ 1959, pág. 579) y hace posible que las sanciones se adapten sólo de acuerdo con la personalidad del autor. En este punto la solución unitaria facilita la aplicación del Derecho pues no hay que delimitar las diferentes formas de participación. Günther JAKOBS (719): 1. El concepto unitario de autor niega en absoluto la trascendencia de la accesoriedad: Todo aquel que toma parte ha de considerarse autor de un hecho antijurídico y culpable, sin tener en cuenta las cualidades delictivas de la contribución de los demás que toman parte (dolosa, imprudente, inevitable; culpable, inculpable) y sin más que un vínculo causal con el estado de desarrollo de las aportaciones de los otros (preparación, tentativa, consumación). Ignacio BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE/Luis ARROYO ZAPATERO/Nicolás GARCÍA RIVAS/Juan Carlos FERRÉ OLIVE/José Ramón SERRANO PIEDECASAS (pp. 287 y 288): a) *Concepto unitario*. La primera respuesta doctrinal al problema de la pluralidad de sujetos en un hecho delictivo consiste en la no diferenciación entre autores y partícipes. Al enunciarse el concepto unitario de autor, prevalecía la teoría de la equivalencia de las condiciones y se consideraba que las aportaciones de todos los intervinientes en el hecho debían poseer una relación causal con el resultado. El concepto unitario de autor sostiene que todos los sujetos que intervienen de una u otra forma en el hecho punible son autores, dado que el delito es obra de todos ellos. Esta teoría entiende que todas las aportaciones de los sujetos que contribuyen causalmente a producir el resultado deben considerarse de la misma importancia, y por lo tanto no realiza diferenciación alguna entre autores y partícipes. José Manuel GÓMEZ BENITEZ (p. 118): a) *Concepto unitario de autor*. El concepto unitario de autor entiende que es autor todo aquel que contribuye causalmente a la realización del hecho típico, con independencia de la mayor o menor importancia de su contribución causal, y con independencia de si realiza la descripción típica o no. Se llama <<unitario>> a este concepto porque no diferencia entre autores y partícipes, puesto que desde una perspectiva estrictamente causal todos los intervinientes en el hecho aportan alguna condición causal al mismo (teoría de la *equivalencia* de las condiciones, aplicada al concepto de autor). Pues bien, al equiparar el artículo 14 CP¹⁸⁷ las consecuencias penales que le corresponde al *inductor*, con las que corresponden a los autores, está poniendo de manifiesto que todavía está parcialmente vigente la esencia causalista del concepto unitario de autor. Jacobo LÓPEZ BARJA DE QUIROGA (pp. 20 y 21): El **concepto unitario de autor** se presenta cuando no se aceptan distinciones entre las conductas de autoría y la de participación. Conforme a esta teoría autores son todos aquellos intervinientes que han realizado algún aporte causal al hecho. Aplica la teoría de la equivalencia de las condiciones, de manera que todas las condiciones tiene igual valor y no puede hacerse ninguna distinción o diferenciación entre ellas. La consecuencia inmediata de esta concepción se encuentra en que no admite distinción alguna entre autores y partícipes, pues, todos son autores. No existe la participación. Necesariamente en los delitos especiales tampoco podrá aceptarse la distinción y consecuentemente cualquier aporte causal realizado por un *extraneus*, dará lugar a que sea considerado autor. Por consiguiente, no puede hablarse de participación en los delitos especiales, pues, el interviniente causal será autor. Además, al no aceptar la distinción entre autores y partícipes, no pueden existir criterios para diferenciar intensidades penológicas y, en consecuencia, todos los intervinientes han de sufrir la misma pena. Este corolario es inaceptable y, por ello, aunque se parta de una posición de no diferenciación, sin embargo, por fuerza han de reconocerse diferencias a la hora de la individualización penal, previendo posibilidades atenuatorias. Para establecer estas posibilidades, no es admisible, desde luego, recurrir a un derecho penal de autor y discriminar la pena en función de la personalidad del sujeto. Sin duda, de esta concepción no puede partirse. Cándido CONDE – PUMPIDO FERREIRO (p. 338): b) El **concepto unitario del autor**, que considera tales a todos los partícipes, esto es, a todos los que de una u otra forma contribuyen al resultado. Es esta tesis la consecuencia de aplicar en este terreno la teoría de la equivalencia de condiciones. La aportación de todos los co-delincuentes tienen igual valor, por lo que todos deben ser considerados autores del hecho al que han contribuido con su aporte causal. Únicamente pueden establecerse en el marco de la pena única diferencias remitidas al arbitrio judicial en su tarea individualizadora de la pena, en función de la personalidad de cada autor, como antes dijimos, citando a VON LISZT. Eugenio Raúl ZAFFARONI/Alejandro ALAGIA/Alejandro SLOKAR (p. 735): 2. Pese a que la intervención de una pluralidad de personas en una obra es un acontecer propio de la vida corriente, se mantiene una larga disputa entre quienes sostienen que los conceptos de *autor* y de *partícipe* son elaboraciones puramente legislativas, y quienes postulan que la ley debe respetar los datos de realidad que le vienen dados por la experiencia cotidiana. Se trata de una discusión muy antigua, al punto que Binding llamó al instigador del StGB imperial, un *homúnculo de la retorta de la*

¹⁸⁷ Se refiere al *Cp* abrogado por el *Cp* de 1995.

doctrina. De admitirse la primera tesis, el legislador podría negar cualquier diferencia entre autor y partícipe, plegándose a la llamada tesis del *autor único*, para la cual es autor todo el que hace cualquier aporte al delito, sea como autor o partícipe, la que fue solución del código italiano de 1930. Su insuficiencia es tal que la doctrina italiana se vio obligada a desarrollar la teoría de la participación para establecer adecuadamente las diferencias. [Y en la p. 736, dice]: (...) La teoría del autor único no ha logrado nunca modificar el concepto de autor sino *sólo aplicar al partícipe la pena del autor*, que no es lo mismo, llegándose al extremo máximo de irracionalidad cuando se quiere considerar autor del delito de autoaborto al farmacéutico que proporciona el abortivo a la mujer, o autor de violación al que sólo golpea o amedrenta a la víctima. José HURTADO POZO (2005, pp. 853 y 854): En primer lugar, el denominado sistema unitario de autoría (*Einheitstätersystem*), que se basa en una noción amplia del autor (*extensiver Täterbegriff*). Según esta teoría, son autores todos aquellos que, de una u otra manera, contribuyen a la realización del comportamiento delictuoso. Lo esencial es que cada una de las intervenciones sea una de las causas del resultado. Si uno de los que intervienen causalmente en el hecho, de manera excepcional, no debe ser considerado como autor, es indispensable entonces que esto sea establecido expresamente; estas formas de participación causal no calificadas de autoría constituyen sin embargo circunstancias restrictivas de posibilidad (*Strafeinschränkungsgründe*). Esta es la razón de que no importe, en general, determinar la relevancia de cada una de estas intervenciones; esto se tendrá en cuenta sólo en el momento de individualizar las penas. Esta concepción, fundada en la idea de la causalidad, rechazada casi por unanimidad, ha sido criticada sobre todo porque no concuerda con la función de garantía de la ley penal, consagrada en el principio de legalidad. En efecto, este principio no tendría sentido si se considerara como autor a todo aquel que contribuya causalmente a la producción del resultado delictuoso, para practicar sólo más tarde algunas distinciones. Además, la aceptación del sistema unitario de autoría conduciría a una ampliación desmedida de la función represiva. Por último, en la práctica, no se puede dejar de distinguir en el momento de imponer la pena. Alejandro RODRÍGUEZ BARILLAS (p. 330): Para el concepto unitario de autor, todas las personas que intervienen en la realización de un hecho delictivo, sin importar su contribución material y con independencia de la importancia de dicha colaboración en el marco de la totalidad del hecho, son autores. En consecuencia, no distingue entre autores, inductores, cómplices y encubridores. Este método a primera vista puede parecer sencillo y práctico. Sin embargo, existen importantes reservas al mismo. La más importante es que desemboca en una pérdida de matización, porque excluye la posibilidad de marcos diferenciados de penalización, castigando de igual forma tanto a quien realiza el tipo, por ejemplo, quien dispara el arma y mata, como a quien meramente le ayuda, por ejemplo, el que le ha conseguido el arma. Enrique CURY URZÚA (pp. 585 y 586): a) **El concepto unitario de autor.** Con el auge de los criterios causal naturalistas a mediados del siglo XIX, se impuso un punto de vista según el cual es autor todo aquel que pone una condición para la causación del resultado típico. Como eso puede afirmarse también de quien sólo presta una colaboración poco significativa o muy remota, ya que de conformidad con la teoría entonces dominante sobre la materia todas las condiciones de la causación del resultado son equivalentes entre sí (*conditio sine qua nom*), es imposible encontrar en ella un punto de apoyo para la distinción entre autor y partícipe. Ello conduce a un *concepto unitario* de autor, para el cual son autores prácticamente todos los intervinientes en la producción del resultado. Así, las formas de participación en sentido estricto no constituyen más que una creación de la ley, la cual las ha extraído del amplio círculo de la autoría atendiendo a la naturaleza más o menos secundaria de su significación para el hecho; para un punto de vista coherente, esas distinciones solo [*sic*; ¿sólo?/] obedecen a un capricho legislativo y, por eso, los sostenedores más consecuentes del concepto unitario desearían que de *lege ferenda* se las suprimiera. Las consecuencias de este punto de vista son insatisfactorias. Transforma al autor en un concepto residual que se obtiene por exclusión: es autor aquel concurrente a la causación del resultado en quien no se dan las características especificadas por la ley para considerarlo cómplice o inductor. De esta manera, la imagen del principal interviniente en el delito se desdibuja y se la despoja de rasgos positivos que perfilen lo propio de su entidad; pues, en efecto, para esto último es inútil la referencia a la causación del resultado, ya que es una característica que se da lo mismo en el autor que en los partícipes. Por otra parte, el concepto unitario aparece especialmente inadecuado para aprehender la esencia de la autoría en los delitos cualificados porque es evidente que la sola concurrencia causal no puede transformar en "obligado" a un tercero en el cual la cualificación no concurre. Asimismo, en los "delitos de propia mano" también habría que considerar autor a quien, sin embargo, no ha ejecutado por sí mismo la conducta descrita en el tipo.

2.1.1.6. Situación en México

2.1.1.6.1. *Legislación.* El concepto unitario de autor es, quizá, el menos conocido en nuestro ámbito de cultura hasta hoy en día aún y cuando,

inicialmente, en los *Cps* mexicanos existió esta orientación¹⁸⁸, en el procedimiento penal se pensaba sólo en él¹⁸⁹, y en los autores existía mayor influencia de las ideas y legislación penal italianas. Digo hasta hoy, porque con la entrada en vigor del Código Penal para el Estado de Tabasco (1997) el reconocimiento de dicho concepto ya no tiene duda a partir de los planteamientos del llamado «modelo lógico matemático del derecho penal» propuesto inicialmente por *Eugenio Raúl ZAFFARONI*¹⁹⁰, *Lian KARP S.*, *Elpidio RAMÍREZ HERNÁNDEZ* y *Olga ISLAS MAGALLANES*, autora de dicho *Cp*, de acuerdo con los arts. 223, 224, 225, 226, 227:

SECCION TERCERA
DELITOS CONTRA LA SOCIEDAD
TITULO PRIMERO
DELITOS CONTRA LA SEGURIDAD
DE LOS BIENES JURÍDICOS
CAPITULO I
COMISION DE DELITO
POR MEDIO DE OTRA PERSONA

Art. 223.- Al que lleve a cabo un delito valiéndose de otra persona, se le aplicarán las sanciones previstas para la comisión dolosa de ese delito.

CAPITULO II
INSTIGACIÓN A COMETER DELITO

¹⁸⁸ Como ejemplo el *Cp* de Coahuila de 1983. En este sentido, Antonio BERCHELMANN ARIZPE, *Derecho...*, p. 724: El aporte material causal como factor casi exclusivo de la participación ya se sostuvo en el CPC desde 1983 hasta 1991. El artículo 19 del CPC disponía: “*Serán responsables del delito los que pongan una condición para su realización*”. El CPC no reguló durante ese período ninguna «forma específica» de “participación”. Esta postura tiene su antecedente en el Código Penal Italiano de 1930, que recoge un modelo unitario formal de la participación y que, por ende, apoya un concepto extensivo de autor. Con lo que la postura del CPC de 1983 se distanció de la distinción entre autores, inductores y cómplices. [*Así lo reconocían los criterios de jurisprudencia*]: DELITOS, RESPONSABLES DE LOS. Según el principio establecido en el artículo 13 del Código Penal del Distrito Federal, son responsables de los delitos, todos los que toman parte en su concepción, preparación o ejecución, o prestan auxilio o cooperación de cualquiera especie, por concierto previo o posterior, o inducen directamente a alguno a cometerlo, y esta responsabilidad nace en las personas indicadas, cualquiera que sea el provecho o ningún provecho que haya obtenido con tal acto. Amparo penal directo 9556/44. Chávez López José Jesús. 8 de octubre de 1945. Unanimidad de cuatro votos. Ausente: José María Ortiz Tirado. La publicación no menciona el nombre del ponente. Nota: En el Semanario Judicial de la Federación aparece la expresión “Personas responsables de los delitos ...”, la cual se corrige con base en la errata marcada en la publicación, como se observa en este registro.

¹⁸⁹ Si bien la mayoría de los *Cps* mexicanos contienen disposiciones y estructura que deciden la existencia de un *concepto diferenciador de autor*, la práctica procesal penal mexicana no siempre lo ha hecho realidad pues en sus resoluciones se acepta un *concepto unitario formal de autor*, porque tan pronto en las constancias del expediente se ve que en el hecho han intervenido dos o más personas, sin más, se hacía o se hace uso de expresiones como «coparticipación», «codelinfluencia», «coautoría», «corresponsables», «coacusados», ignorando las disposiciones que existen en los *Cps* sobre *autoría y participación*.

¹⁹⁰ Eugenio Raúl ZAFFARONI, *Tratado...*, p. 72: (...) En México se ha elaborado un modelo lógico – formal de la teoría del delito –en cuyos comienzos participamos– que presenta similitudes con el finalismo, al menos en cuanto a la ubicación del dolo en el injusto.

Art. 224.- Al que instigue a otro a cometer un delito, se le impondrá:
I.- Las tres cuartas partes de la sanción aplicable al delito que fue motivo de la instigación, o
II.- La sanción correspondiente al delito instigado, cuando la persona instigada sea un menor o un inimputable o se encuentre bajo los efectos de bebidas embriagantes o de estupefacientes o psicotrópicos u otras sustancias que produzcan efectos similares.

CAPITULO III

AYUDA EN LA COMISION DE UN DELITO

Art. 225.- Al que ayude a otro a cometer un delito, se le impondrán dos tercios de la sanción aplicable al delito para cuya comisión prestó la ayuda.

CAPITULO IV

AYUDA AL AUTOR DE UN DELITO

Art. 226.- Al que, con posterioridad a la comisión de un delito, ayude al delincuente, en cumplimiento de una promesa anterior al delito, se le impondrán dos tercios de la sanción aplicable al delito cometido por la persona a la cual prestó la ayuda.

CAPITULO V

ACUERDO EN LA COMISION DE UN DELITO

Art. 227.- Al que acuerde con otro la comisión de un delito y al cometerlo no intervenga en su ejecución, se le impondrá la mitad de la sanción aplicable al delito acordado; pero si dicho delito hace posible la comisión de otro delito distinto, en cuya ejecución sí interviene, se le aplicará la sanción del delito acordado, sin perjuicio de la sanción que corresponda al delito en el cual sí intervino¹⁹¹.

Esta técnica de tipificación del *concepto unitario de autor* –aún cuando no es la primera¹⁹²– sería característica del *Cp* de Tabasco¹⁹³ al crear *tipos de*

¹⁹¹ En la definición del marco penal se retoma la idea del «modelo lógico matemático del derecho penal»: Elpidio RAMÍREZ, «Autoría y participación», p. 251: 6. *La punibilidad*. A) La punibilidad para la instigación a cometer un delito debe ser: a) mayor que la correspondiente a la ayuda; b) menor que la asociada al delito vertebral, excepto cuando el instigado sea un menor o un inimputable permanente, caso en el cual debe parificarse con la punibilidad del delito vertebral. B) La punibilidad para la ayuda a la comisión de un delito debe ser menor que la de la instigación. C) La punibilidad para el servir de otro para la comisión de un delito debe ser la correspondiente a la comisión dolosa del delito vertebral.

¹⁹² Faustino BALLVÉ, «El problema...», p. 40: (...) Así Nicoladoni, Höffner y van Hamel son partidarios de tipificar la complicidad y la instigación y no digo el encubrimiento porque la tipificación de este [*sic*; ¿*éste?*] ya estaba haciendo estragos entonces y los continúa haciendo en nuestros días y el venerable Josef Köhler entiende que los conceptos de inductor, complice [*sic*; ¿*cómplice?*] y encubridor son conceptos de los que no podrá ya prescindir el Derecho penal y que han de tener alguna clase de consecuencias en la medida de la pena siendo acaso lo mejor incluirlos en los casos de circunstancias atenuantes. Moisés MORENO HERNÁNDEZ, «Complicidad», p. 548: Hay por supuesto, autores que niegan que la complicidad (como la instigación) tengan naturaleza accesoria, y afirman que se trata de un tipo independiente, es decir, de una «autoría de participación», de una conducta con desvalor propio e independiente del desvalor de la conducta en la que se participa, que puede entrar en concurso con el o los delitos que se cometan o bien queda con estos

autor¹⁹⁴ aplicables a todos los demás tipos penales diferenciándose de los *Cps* que estas formas de autoría las regulan en la parte general (italiano, austriaco, danés) y del *Cp* noruego que las formas de autoría las refiere en el tipo concreto. Con este concepto de autor la *doc jur pen* y el aplicador del *Cp* de Tabasco no se preocupan por diferenciar entre autor y partícipe, y al ser todos autores la explicación es¹⁹⁵: (1) el que dispara es autor de homicidio; (2) el que

en relación de exclusión por absorción; pero se trata de una concepción doctrinariamente desacreditada, por las consecuencias inaceptables a que conduce.

¹⁹³ [Esta idea también se ha propuesto en el proyecto de Código Penal para el Distrito Federal elaborado en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM [arts. 235-241). Así lo dice] Moisés MORENO HERNÁNDEZ, «Algunos comentarios sobre el proyecto de Código Penal para el Distrito Federal elaborado por el Instituto de Investigaciones Jurídicas (2001)», 2003, p. 81: 4) En la materia relativa a la autoría y participación se observa un cambio esencial en el proyecto del Instituto. En efecto, mientras que las iniciativas del PRD y PAN son coincidentes al adoptar el criterio político – criminal del proyecto de 1999, que considera a dicho problema como una materia de la parte general, como lo hace el Código Penal vigente y la mayoría de los Códigos Penales del mundo y del país, el proyecto priísta lo traslada a la parte especial (libro segundo) del Código Penal, por lo que eleva a cada una de las “formas de intervención” a rango de delito (artículos 235-241). [La misma orientación tiene el llamado «Código Penal modelo» elaborado, también, en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, como lo reconocen sus autores:] Victoria ADATO GREEN/Sergio GARCÍA RAMÍREZ/Olga Islas de GONZÁLEZ MARISCAL, «Consideraciones sobre el proyecto de código penal», 2004, p. 5: a) El capítulo referente a las personas responsables de los delitos, materia doctrinariamente conocida doctrinariamente como “autoría y participación”, fue eliminado del libro primero, y los textos relativos, por ser verdaderos tipos penales, se trasladaron al libro segundo, a un título independiente denominado: “Delitos contra la seguridad de los bienes jurídicos”, en la sección tercera destinada a los “Delitos contra la sociedad”. [Sobre esta propuesta, René GONZÁLEZ DE LA VEGA, *Tratado sobre la ley penal mexicana*, t. I, 2003, pp. 111 y 112, dice] Recientemente (2001), una fracción partidista en el Congreso de la Unión mexicano preparó y pretendió darle forma de iniciativa a un anteproyecto de Código Penal Federal a partir de estas nociones, tan ajenas y confusas. Propone ese anteproyecto –y confío que en eso quede– desaparecer de nuestra legislación penal la noción y sistema tan depurado, explorado y ameritado en doctrina y jurisprudencia, de la autoría y participación, tal y como lo conocemos en este gigante normativo que es el artículo 13, para llevar a la parte especial, figuras delictivas de “novedosa” factura, dedicadas a sancionar – por cierto con pena privilegiada – a los “que determinen a...”; “auxilien a...”, para que la figura típica consumada tan sólo se le reproche y se sancione a quien mantuvo ese llamado “dominio del hecho”, y a aquéllos, a partir de esos tipos subordinados, hacerlos responder por una conducta diversa.

¹⁹⁴ Elpidio RAMÍREZ, «Autoría y participación», p. 251: 7. *La técnica legislativa*. La instigación, la ayuda y el servirse de otro deben ser reguladas en la parte especial de los códigos penales. [Por ello, Olga ISLAS DE GONZÁLEZ MARISCAL no habla de autoría y participación sino de «autoría eventualmente múltiple»]: *Análisis...*, p. 41: En otros tipos penales no se requiere una pluralidad en el sujeto activo, por ejemplo: el homicidio, el robo, etc. Estos tipos se concretizan generalmente, por una sola persona, aunque en algunos casos. Se dice, entonces, que se trata de una autoría eventualmente múltiple.

¹⁹⁵ Elpidio RAMÍREZ, «Autoría y participación», p. 250: En el nivel del delito es decisiva la presencia de los microuniversos, que ya no se integran con clases de antisocialidad ni con normas penales, sino con delitos. Aquí, el microuniverso incluye un delito vertebral y tres delitos complementarios. Con el mismo ejemplo: el homicidio es el delito vertebral; y la instigación al homicidio, la ayuda al homicidio y el servirse de otro para la comisión del homicidio son los delitos complementarios. Obviamente se trata de cuatro delitos distintos, cada uno de los cuales: a) se fundamenta en su propio tipo previo, escrito y estricto; b) satisface la exigencia de tipicidad, entendida como la correspondencia unívoca uno a uno entre los elementos del tipo y los contenidos del delito; es decir, que para cada elemento del tipo tiene que haber una porción de contenido del

paga por la muerte es autor de instigación de homicidio; (3) el que facilita el arma y el que cumpliendo una promesa anterior trasladada al autor para que escape, es autor de ayuda de homicidio, teniendo cada una de estas acciones relevancia jurídica por sí desde que se realizan, por ser ésta la consecuencia del abandono del principio de accesoriadad en el *concepto unitario de autor*. Pero, por la redacción de los arts. en los que se definen los *tipos de autor*, pareciera que el *principio de accesoriadad*, como *accesoriadad cuantitativa*, no se asume en un sentido estricto que sería que la acción realizada por cada autor tiene relevancia jurídica desde que se realiza (pagar la cantidad de dinero convenida, prestar el arma) sin consideración de las demás (matar)¹⁹⁶, sino que, su relevancia jurídica –al igual que en el concepto diferenciador de autor– necesita que el autor material realice «algo»¹⁹⁷ en relación con el delito, porque se dice: «al que instigue a otro a cometer un delito»; «al que ayude a otro a cometer un delito»; «al que con posterioridad a la comisión de un delito ayude al delincuente»; «al que acuerde con otro la comisión de un delito y al cometerlo no intervenga en su ejecución». Este reconocimiento del principio

delito que satisfaga la semántica de aquél, y para cada porción de contenido del delito tiene que haber un elemento del tipo que exija su concreción; c) tiene su propio autor.

¹⁹⁶ Ejemplo: si al que se le pagó para que matara decide no hacerlo y se va con el dinero y la pistola que le facilitaron; descubriéndose el hecho, el que pagó y el que facilitó el arma serían procesados y responsables penalmente porque existe un tipo penal propio para cada una de las acciones mediante las que se funda lesionar al bien jurídico.

¹⁹⁷ Alicia Beatriz AZZOLINI BRINCAZ, *La autoría...*, pp. 154 y 155: En el Código de Tabasco, en cambio, el principio no tiene cabida. Pero como se analizó en su momento, aunque en Tabasco se regulen tipos autónomos esto no significa que no haya relación entre el tipo del que ayuda o instiga y la concreción del tipo objeto de esa ayuda o instigación. Esto es consecuencia necesaria de la distinción de niveles que inspira al modelo lógico. El primer nivel es fáctico, es el de los eventos antisociales. El segundo nivel es normativo, es la regulación que hace el legislador de esos eventos. Necesariamente el legislador debe respetar el orden de los sucesos de la realidad para normarlos adecuadamente. Cuando varios toman parte en un homicidio, aunque cada uno de los intervinientes realice conductas distintas –ayudar, instigar–, no puede soslayarse que hay un hecho unificador, de la misma manera que en el delito continuado, aunque hay conductas delictivas independientes, se rescata la unidad de propósito delictivo. Esta importancia que tiene en los hechos el delito llamado “principal” no puede ignorarse en las normas. Por eso en la propuesta del modelo lógico también hay, a pesar de lo que digan sus autores, una relación entre los tipos de comisión de delito por medio de otra persona, instigación a cometer un delito, ayuda en la comisión de un delito, ayuda al autor de un delito y acuerdo en la comisión de un delito, y el delito en cuestión. Este *delito* es elemento de esos tipos penales. Por eso, las punibilidades de los que ayudan e instigan se calculan en relación con la punibilidad del hecho “principal”.

de accesoriidad y el que, desde el contenido de cada tipo de autor, se establezcan diferencias: (1) *se hace una clasificación: autor mediato* (art. 223), *autor de instigación* (art. 224), *autor de ayuda* (arts. 225 y 226), *autor de acuerdo* (art. 227); (2) *se señala marco penal diferente para algunos autores*, hacen que esta técnica de regulación aparezca como un *eclecticismo entre el concepto unitario y el concepto diferenciador*, pero al final un *concepto unitario de autor*¹⁹⁸ por reflejar el pensamiento de su autora¹⁹⁹:

De todo lo expuesto se concluye que el artículo 22 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 dolosamente a otro a cometer un delito:
- c) Ayudar o auxiliar dolosamente a otro para la comisión del delito:

¹⁹⁸ De otra opinión Alicia Beatriz AZZOLINI BRINCAZ, *La autoría...*, pp. 138 y 139: No debe confundirse esta propuesta [*se refiere a la de Olga Islas Magallanes establecida en el Cp de Tabasco*] con la de las teorías unitarias aunque ambas reconozcan una sola forma de intervención, la del autor. Las teorías unitarias consideran a todos los que intervienen como autores del delito cometido, sin importar su aportación, en cambio los lógicos recogen las diferentes formas de intervención en tipos de la parte especial. Las teorías unitarias se apoyan en la equivalencia de las condiciones y, las más modernas, en la prevención de integración, mientras que los lógicos fundamentan su construcción en el tipo penal.

¹⁹⁹ [*Así en*] <<Comentarios sobre el proyecto de Código Penal para el Distrito Federal elaborado en el Instituto de Investigaciones Jurídicas>>, 2003, pp. 54 y 55: d) La materia que doctrinariamente se conoce como “autoría y participación” contenida en los artículos 13 y 14 del Código Penal vigente bajo el título de “Personas responsables de los delitos”, fue erradicada del libro primero y los textos que contienen dicha materia, por constituir verdaderos tipos penales, quedaron ubicados, con la denominación: “Delitos contra la seguridad de los bienes jurídicos” (título primero), dentro de los “Delitos contra la sociedad” (sección tercera), título primero en la parte especial (libro segundo) del proyecto. Este cambio, tan trascendente en la normatividad penal, tiene un fundamento teórico (lógico y semántico) muy consistente, a saber: la garantía de legalidad y la definición de autor directo o material. Según el principio de legalidad: “*nullum crimen, nulla poena sine lege*” las únicas acciones y omisiones que tienen la posibilidad de constituir delito son las que previamente están descritas en un tipo penal y, por definición, quien realiza por sí mismo tales acciones u omisiones recibe el nombre de autor directo o material. La consecuencia lógica de esta racional afirmación es obvia: el autor mediato, el instigador (autor intelectual) y el cómplice no escapan a la garantía de legalidad y, por ende, también realizan una conducta descrita en un tipo penal, y, al realizarla, en su plena y exacta connotación vienen a ser autores directos o materiales de esas conductas. Por esta razón, los tipos penales que aparecen en los artículos 13 y 14, deben ser trasladados al libro segundo o parte especial. Esto es, precisamente, lo que hace el proyecto. Por otra parte, no hay que olvidar que a las personas se les debe sancionar por lo que hacen; es decir, por sus propias conductas y no por las conductas realizadas por terceras personas. Así, por ejemplo: a quien induce a otro a cometer un delito se le sanciona, precisamente, por inducir; al que auxilia o ayuda a la comisión de un delito se le aplica una pena por su conducta de auxiliar o ayudar. Por todas las razones apuntadas, el cambio trascendente que se propone es instaurar en el libro segundo los tipos penales que contienen las conductas realizadas por los llamados “autor mediato”, “autor intelectual” y “cómplice”, a la vez que respeta con todo rigor el principio de legalidad, y se facilita su aplicación cotidiana. Por otra parte, su regulación en el libro primero siempre ha dado lugar a múltiples problemas, de los cuales aún no tienen solución.

d) Auxiliar al delincuente, con posterioridad a la ejecución del delito en cumplimiento de una promesa anterior.

Por lo expuesto, al que determina se le sanciona por su propia conducta; igualmente al que se sirve de otro o ayuda o auxilia.

Ahora bien, así como en el homicidio, por ejemplo, del solo enunciado del tipo “al que prive de la vida a otro” se deducen todos los elementos típicos, en la determinación el tipo se configura a partir de la frase “determinar dolosamente a otro a cometer un delito”. Así, la estructura sintáctica y semántica del tipo de determinación está dado por los siguientes elementos:

- Deber jurídico penal: prohibición de determinar a otro a cometer un delito.
- Bien jurídico: la seguridad del bien jurídico que va a ser lesionado o puesto en peligro por el delito determinado.
- Sujeto activo: el que determina.
- Sujeto pasivo: el titular de la seguridad del bien jurídico que va a ser lesionado puesto [*¿sic; lesionado o puesto?*] en peligro por el delito determinado.
- Objeto material: los órganos de los sentidos.
- El hecho: determinar a otro a cometer el delito.
- Lesión del bien jurídico: comprensión [*¿sic; ¿compresión?*] de la seguridad del bien jurídico que va a ser lesionado o puesto en peligro por el delito determinado.
- Violación del deber jurídico penal: violación de la prohibición de determinar a otro a cometer un delito.

La estructura anterior: a) es un tipo específico, pues contiene los elementos necesarios y suficientes para garantizar la protección de su propio bien jurídico; b) es congruente, en razón de que todos los elementos del tipo se relacionan entre sí tanto en su sintaxis como en su semántica; c) es autónoma, porque ningún elemento común existe entre el tipo de determinación y el tipo, verbigracia, de homicidio, o de robo, despojo, rapto, bigamia, etc.; d) tiene su autor material: el que determina.

Las figuras de servirse, ayudar o auxiliar tienen también sus propias estructuras típicas, congruentes y autónomas²⁰⁰.

En esta explicación se observa la regulación de la autoría en el *Cp* Tabasco en la definición del bien jurídico («seguridad del bien jurídico»). Aquí se presenta un cambio porque en las ediciones anteriores, se decía: «Bien

²⁰⁰ Olga ISLAS DE GONZÁLEZ MARISCAL, *Análisis lógico de los delitos contra la vida*, 2004, pp. 35 y 36. [*Esta explicación se refiere a contenidos del Ncp Distrito Federal de 2001*].

jurídico: la libertad de decidir sobre la ejecución de conductas de delictuosas»²⁰¹.

Un *concepto unitario de autor* de acuerdo con el contenido del art. en el que se regula este tema, puede identificarse en los *Cps* de Jalisco²⁰², Michoacán, Nayarit, Nuevo León, Puebla, San Luis Potosí, Sonora, Tlaxcala, Zacatecas:

Cp Jalisco: Capítulo III. Personas responsables de los delitos: Art. 11. Son responsables de los delitos todos los que tomen parte en su concepción, preparación o ejecución, así como los que inducen o compelen directa o indirectamente a otro a cometerlo. También los que presten auxilio o cooperación de cualquier especie al autor del ilícito, por intervención posterior a su ejecución, siempre que ello sea consecuencia de un concierto previo que le haya dado impulso a la infracción penal. *Cp Michoacán*: Capítulo III. Participación en el delito: Art. 17.- Son responsables de la comisión de un delito: I.- Los que intervienen en el acuerdo, preparación o ejecución del mismo; II.- Los que instigan o inducen a otro a su ejecución; III.- Los que sirven para cometer el delito de una persona inculpable e inimputable; IV.- Los que a sabiendas presten auxilio o cooperación de cualquier especie para su ejecución; V.- Los que sabiendo que se está cometiendo un delito o se va a cometer, y teniendo el deber legal de impedir su ejecución, no la impiden pudiendo hacerlo, y VI.- Los que presten auxilio o cooperación al delincuente, una vez consumado el delito, cumpliendo un acuerdo anterior a la comisión del mismo. *Cp Nayarit*: Capítulo III. Personas responsables de los delitos: Art. 13o.- Son responsables todos los que toman parte en la concepción, preparación o ejecución de un delito, o prestan auxilio o cooperación de cualquier especie, por concierto previo o por medio de actos u omisiones que no sean de los expresamente previstos como encubrimiento; o induzcan o compelan directamente a alguien para cometerlo. *Cp Nuevo León*: Título tercero. Personas responsables de los delitos.- Capítulo I. Autores o participantes: Art. 39.- Responderán por la comisión delictiva, quien o quienes pongan culpablemente una condición de la lesión jurídica, entendiéndose por tal, un comportamiento físico o psíquico, que trasciende al delito, y que de no haberse dado o no haber existido, tampoco se hubiere dado la comisión delictiva. Por tanto, debe entenderse que ponen culpablemente una condición del resultado: I.- Los autores intelectuales y los que tomen parte directa en la preparación o ejecución del mismo; II.- Los que inducen o compelen a otros a cometerlos; III.- Los que cooperen o auxilien en su ejecución, ya sea por conducta anterior o simultánea; y IV.- Los que, por acuerdo previo, auxilien a los delincuentes, después de que éstos realicen la conducta delictiva²⁰³. *Cds Puebla*: Capítulo cuarto.- Personas responsables de los delitos: Art. 21.- Son responsables de la comisión de un delito: I.- Los que toman parte en su concepción, preparación o ejecución; II.- Los que inducen o compelen a otros a cometerlo; III.- Los que por

²⁰¹ Olga ISLAS DE GONZÁLEZ MARISCAL, *Análisis lógicos de los delitos contra la vida*, México, 2000, p. 35. [Esta edición y las anteriores se hicieron con los artículos del Código Penal Federal].

²⁰² Arturo ZAMORA JIMÉNEZ, «Autoría y...», p. 64: Hasta el momento, el Código Penal [se refiere al *Cp Jalisco*] establece un concepto “unitario de autor”, al no distinguir la fase de autoría frente a la de participación y al sostener la misma amenaza de punición, tanto a los que intervienen en el acuerdo, preparación o ejecución del delito, como para los que prestan auxilio o cooperación, frente a los autores directos, mediatos o inductores. Rodolfo MONARQUE UREÑA, *Lineamientos...*, p. 135: Por su parte, el *CPJ* y el *CPS*, se afilian a la noción unitaria del autor, puesto que en el artículo 11, de ambos códigos, se estatuye, en términos generales, que son responsables por igual: los que planeen el delito, los que lo realizan por sí, los que lo realizan valiéndose de otros y los que cooperan o encubren previo acuerdo, sin hacer mención de algún privilegio atenuatorio, de todo lo cual se sigue, que la imposición de la pena se deja al arbitrio del juez, dentro de los márgenes mínimo y máximo del delito de que se trate. [Los *Cps* a que se refiere, son: *CPJ*; *Cp Jalisco*; *CPS*; *Cp Sonora*]

²⁰³ Si bien en este *Cp* se dice «autores o participantes», esto no lo hace un concepto diferenciador de autor porque «participantes» es, también, una expresión generalizadora al igual que «autores» o «responsables»; diferente fuera si se hubiera utilizado el término «partícipes» que sí denota diferencia con «autores». Además la utilización de la letra *o* que denota alternatividad, también puede interpretarse con igualdad de valoración para los «autores o participantes».

concierto previo presten auxilio o cooperación de cualquier especie, aun en la etapa posterior a la ejecución. *Cp San Luis Potosí*: Capítulo II. Responsabilidad penal: Art. 8o. 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. *Cp Sonora*: Capítulo III. Personas responsables de los delitos: Art. 11.- Son responsables de los delitos: I.- Los que acuerden, preparen o tomen parte en su iniciación o consumación; II.- Los que, dolosamente, determinan o inducen a otro a cometerlos; III.- Los que, dolosamente, cooperan de cualquier modo a realizarlos; IV.- Los que los llevan al cabo sirviéndose de otro; V.- Los que previo acuerdo o en cumplimiento de una promesa anterior a la ejecución del delito, realicen cualesquiera de las conductas señaladas en el artículo 329 de este Código; y VI.- Los que, sin acuerdo previo, intervengan con otros en su comisión, aunque no conste quién de ellos produjo el resultado. En la aplicación de las reglas establecidas en este Código, y para los efectos de la responsabilidad penal, toda persona se presumirá inocente. *Cp Tlaxcala*: Capítulo III. Personas responsables de los delitos: Art. 12.- Son responsables de un delito ya cometido, todos los que tomaron parte en su concepción, preparación o ejecución, o prestan auxilio o cooperación de cualquier especie, por concierto previo o por intervención posterior a la ejecución, por medio de actos u omisiones que no sean de los expresamente previstos como encubrimiento; y los que induzcan o compelan directamente a alguien para cometer un delito. *Cp Zacatecas*: Capítulo III. Personas responsables de los delitos: Art. 11. Son responsables de los delitos: I. Los que lo realicen por sí; II. Los que lo realicen conjuntamente; III. Los que lo lleven a cabo sirviéndose de otro; IV. Los que determinen intencionalmente a otro a cometerlo; V. Los que intencionalmente presten ayuda o auxilien a otro para su comisión, y VI. Los que con posterioridad a su ejecución auxilien al delincuente, en cumplimiento de un acuerdo anterior a la comisión del delito.

En estos *Cps* la regulación de los intervinientes en la realización de un delito no es idéntica, sin embargo, su orientación hacia un *concepto unitario de autor*, estaría decidida: (1) se utilizan expresiones generalizadoras como «personas responsables», «responsables» o «participación», lo que impide el reconocimiento a priori de la clasificación de *autores y partícipes*; (2) no existe un marco penal diferente para autores y partícipes, con lo que, su distinción se hace hasta el momento de la individualización de la pena.

Si bien la mayoría de los *Cps* mexicanos tienen orientación hacia un *concepto diferenciador de autor*, el legislador no ha podido sustraerse al *concepto unitario de autor* al momento de dar origen a los tipos penales, pues no siempre, en ellos, sólo se hace mención del autor en sentido estricto²⁰⁴; como

²⁰⁴ Reconociendo esta regulación de las formas de participación sin aceptar expresamente que sean expresión de un *concepto unitario de autor*: Moisés MORENO HERNÁNDEZ, «Participación criminal», p. 2336: Conforme a la regulación señalada, podría decirse que, en cierta medida la legislación penal mexicana mantiene un criterio mixto respecto de la naturaleza jurídica de la participación *stricto sensu*, en cuanto que la participación (instigación y complicidad) se encuentra sistematizada en principio en la parte general del CP, y es aplicable, por tanto, al conjunto de los delitos de la parte especial, pero sin dejar de considerar,

ejemplo los arts. 130, 131, 142, 194 fracción III, 196 ter, 197, 207, 208, 400 bis, segundo párrafo del *Cp* Federal; los arts. 207 bis, 226, 254 bis A, 254 bis B, 284, 285 del *Cp* de Sinaloa:

Cp Federal. Artículo 130. Se aplicará la pena de seis meses a ocho años de prisión y multa hasta de diez mil pesos, a los que en forma tumultuaria, sin uso de armas, resistan o ataquen a la autoridad para impedir el libre ejercicio de sus funciones con alguna de las finalidades a que se refiere el artículo 132. A quienes *dirijan, organicen, inciten, compelan o patrocinen* económicamente a otros para cometer el delito de sedición, se les aplicará la pena de cinco a quince años de prisión y multa hasta de veinte mil pesos. Artículo 131. Se aplicará la pena de seis meses a siete años de prisión y multa hasta de cinco mil pesos, a quienes para hacer uso de un derecho o pretextando su ejercicio o para evitar el cumplimiento de una ley, se reúnan tumultuariamente y perturben el orden público con empleo de violencia en las personas o sobre las cosas, o amenacen a la autoridad para intimidarla u obligarla a tomar alguna determinación. A quienes *dirijan, organicen, inciten, compelan o patrocinen* económicamente a otros para cometer el delito de motín, se les aplicará la pena de dos a diez años de prisión y multa hasta de quince mil pesos. Artículo 142. Al que *instigue, incite o invite* a la ejecución de los delitos previstos en este título se le aplicará la misma penalidad señalada para el delito de que se trate, a excepción de lo establecido en el segundo párrafo del artículo 130, en el segundo párrafo del artículo 131 y en la fracción I del artículo 135, que conservan su penalidad específica. Al que *instigue, incite o invite* a militares en ejercicio a la ejecución de los delitos a que se refiere este título, se le aplicará pena de cinco a cuarenta años de prisión²⁰⁵. Artículo 194. Se impondrá prisión de diez a veinticinco años y de cien hasta quinientos días multa al que: III. Aporte recursos económicos o de cualquier especie, *o colabore de cualquier manera* al financiamiento, supervisión o fomento para posibilitar la ejecución de alguno de los delitos a que se refiere este capítulo. Artículo 196 ter. Se impondrán de cinco a quince años de prisión y de cien a trescientos días multa, así como decomiso de los instrumentos, objetos y productos del delito, al que desvíe o por cualquier medio *contribuya* a desviar precursores químicos, productos químicos esenciales o máquinas, al cultivo, extracción, producción, preparación o acondicionamiento de narcóticos en cualquier forma prohibida por la ley. La misma pena de prisión y multa, así como la inhabilitación para ocupar cualquier empleo, cargo o comisión públicos hasta por cinco años, se impondrá al servidor público que, en ejercicio de sus funciones, permita o autorice cualquiera de las conductas comprendidas en este artículo. Son precursores químicos, productos químicos esenciales y máquinas los definidos en la ley de la materia. Artículo 197. Al que, sin mediar prescripción de médico legalmente autorizado, administre a otra persona, sea por inyección, inhalación, ingestión o por cualquier otro medio, algún narcótico a que se refiere el artículo 193, se le impondrá de tres a nueve años de prisión y de sesenta a ciento ochenta días multa, cualquiera que fuere la cantidad administrada. Las penas se aumentarán hasta una mitad más si la víctima fuere menor de edad o incapaz para comprender la relevancia de la conducta o para resistir al agente. Al que indebidamente suministre gratis o prescriba a un tercero, mayor de edad, algún narcótico mencionado en el artículo 193, para su uso personal e inmediato, se le impondrá de dos a seis años de prisión y de cuarenta a ciento veinte días multa. Si quien lo adquiere es menor de edad o incapaz, las penas se aumentarán hasta en una mitad. Las mismas penas del párrafo anterior se impondrán al que *induzca o auxilie* a otro para que consuma cualesquiera de los narcóticos señalados en el artículo 193. Artículo 207. Comete el delito de lenocinio: I. Toda persona que habitual o accidentalmente explote el cuerpo de otra por medio del comercio carnal, *se mantenga* de este comercio u *obtenga* de él un lucro cualquiera; II. Al que *induzca o solicite* a una persona para que con otra comercie sexualmente con su cuerpo o *le facilite* los medios para que se entregue a la prostitución; y III. Al que *regentee, administre o sostenga directa o indirectamente* prostíbulos, casas de cita o lugares de concurrencia expresamente dedicados a explotar la prostitución, *u obtenga* cualquier beneficio con sus productos. Artículo 208. Al que *promueva, encubra, concierte o permita* el comercio

excepcionalmente, hipótesis particulares que requieren otros términos de solución legal. Es decir por lo que se refiere a la participación criminal en sentido estricto, ella posee en nuestra legislación, en principio, naturaleza *accesoria* y no constituye un tipo autónomo, además de ser una causa de extensión de la punibilidad; sin embargo excepcionalmente, la instigación o la complicidad, que es la participación en el hecho de otro, aparecen como tipos independientes, en los que la sola inducción o la prestación de una ayuda o auxilio se traduce en la realización típica. [*En términos similares pero referido sólo a la complicidad, en <<Complicidad>>, p. 548*].

²⁰⁵ Véase como en estos arts. las acciones de autoría creadas por el legislador (*dirijan, organicen, inciten, compelan o patrocinen*) tienen asignada mayor punibilidad que la autoría del propio delito. Y las acciones de *instigar, incitar o invitar* tienen, también, la misma o mayor punibilidad.

carnal de un menor de dieciocho años se le aplicará pena de ocho a doce años de prisión y de cien a mil días multa. Artículo 400 bis. Se impondrá de cinco a quince años de prisión y de mil a cinco mil días multa al que por sí o por interpósita persona realice cualquiera de las siguientes conductas: adquiera, enajene, administre, custodie, cambie, deposite, dé en garantía, invierta, transporte o transfiera, dentro del territorio nacional, de éste hacia el extranjero o a la inversa, recursos, derechos o bienes de cualquier naturaleza, con conocimiento de que proceden o representan el producto de una actividad ilícita, con alguno de los siguientes propósitos: ocultar o pretender ocultar, encubrir o impedir conocer el origen, localización, destino o propiedad de dichos recursos, derechos o bienes, o alentar alguna actividad ilícita. La misma pena se aplicará a los empleados y funcionarios de las instituciones que integran el sistema financiero, que dolosamente *presten ayuda o auxilios* a otro para la comisión de las conductas previstas en el párrafo anterior, sin perjuicio de los procedimientos y sanciones que correspondan conforme a la legislación financiera vigente. La pena (...). *Cp Sinaloa*: Art. 207 bis. Se impondrán las mismas penas del artículo anterior al que a sabiendas y con independencia de las penas que le corresponda por la comisión de otros delitos: I. Desmantele algún o algunos vehículos robados o comercialice conjunta o separadamente sus partes; II. Enajene o trafique de cualquier manera con vehículo o vehículos robados; III. Detente, posea o custodie sin derecho, la documentación que acrediten la propiedad o identificación de un vehículo robado o bien, la altere o modifique de cualquier manera; IV. Traslade el o los vehículos robados a otra entidad federativa; o V. Utilice el o los vehículos robados en la comisión de otro u otros delitos. A quien aporte recursos económicos o de cualquier índole, para la ejecución de las actividades descritas en las fracciones anteriores, *se le considerará copartícipe* en los términos del artículo 18 de este Código. Si en los actos mencionados participa algún servidor público que tenga a su cargo funciones de prevención, persecución o sanción del delito o de ejecución de penas, además de las sanciones a que se refiere este artículo, se le aumentará la pena de prisión hasta en una mitad más y se le inhabilitará para desempeñar cualquier empleo, cargo o comisión públicos hasta por el doble del tiempo de la pena de prisión impuesta. Art. 226. Si el despojo se realiza por dos o más personas o con violencia, se aumentarán hasta en una mitad las penas previstas en el artículo anterior, pero a los *autores intelectuales o a quienes dirijan el despojo* se les aumentará prisión de uno a seis años. Art. 233.- Al que con ánimo de lucro, después de la ejecución de un delito y sin haber participado en éste, adquiera, reciba u oculte el producto de aquél, a sabiendas de esta circunstancia, o *al que ayude* a otro para los mismos fines, se le aplicará prisión de dos a seis años y de sesenta a ciento ochenta días multa. Art. 254 bis A. Las mismas sanciones del artículo anterior se aplicarán a quien: I.- *Permita, auspicie, induzca* o realice la venta o distribución de bebidas alcohólicas en casa-habitación; II.- A sabiendas *permita, auspicie, induzca, ordene* o realice la venta o la distribución de bebidas alcohólicas a vendedores clandestinos; o III.- *Permita, auspicie, induzca, ordene* o realice la introducción, distribución o venta de bebidas alcohólicas en los lugares destinados al cumplimiento de la pena de prisión. Art. 254 bis B. Se aplicarán de dos a siete años de prisión, y de cien a mil días multa al servidor público que realice, *encubra o favorezca* la venta o distribución ilegal de bebidas alcohólicas. Art. 284. A los que en forma tumultuaria resistan o ataquen a la autoridad con alguna de las finalidades a que se refiere el artículo 286, se les aplicará prisión de tres meses a tres años. A quienes *dirijan, organicen, inciten, compelan o patrocinen* económicamente a otros para cometer el delito de sedición, se les sancionará con prisión de uno a cuatro años. Art. 285. Se aplicará la pena de tres meses a cuatro años y de treinta a trescientos días multa, a quienes para hacer uso de un derecho o pretextando su ejercicio o para evitar el cumplimiento de una ley, se reúnan tumultuariamente, y perturben el orden público con empleo de violencia en las personas o sobre las cosas, o amenacen a la autoridad para intimidar u obligarla a tomar alguna determinación. A quienes *dirijan, organicen, inciten, compelan o patrocinen* económicamente a otros para cometer el delito de motín, se les aplicará la pena de uno a cinco años de prisión y de sesenta a quinientos días multa.

2.1.1.6.2. Jurisprudencia. Entre otros, con los siguientes criterios de *jurispr* se ejemplifica cómo los tribunales cuando en la realización de un delito intervienen varios sujetos activos al no hacerse la diferenciación, se deciden por un concepto unitario de autor.

ABUSO DE CONFIANZA, DELITO DE (COAUTORIA). No es exacto que el abuso de confianza no permita la corresponsabilidad en su comisión, pues nada se opone a ello; nuestra legislación, independientemente de las diversas teorías sobre el carácter de la participación,

o sea de la *llamada unidad y de la pluralidad o autonomía de la complicidad*, como la llaman los alemanes, ha seguido la tendencia positiva, aun cuando no en el sentido de la sumisión a la antigua escuela positivista, sino en forma deliberada, autónoma y con direcciones de renovación, pues disminuye el casuismo, *al eliminar la antigua y complicada clasificación legal de autores y encubridores*, contenida en los códigos anteriores, y dentro del actual artículo 13 del Código Penal, *involucró todos los problemas de la coparticipación*, según que esta se manifieste antes de la perpetración del delito o en el momento de la ejecución final.

Amparo penal en revisión 3920/47. Cuéllar José. 18 de septiembre de 1947. Unanimidad de cuatro votos. Ausente: Carlos I. Angeles. La publicación no menciona el nombre del ponente.

ABUSO DE CONFIANZA, COPARTICIPACIÓN EN EL. En puridad jurídica, es auxiliar el copartícipe cuya intervención resulta (retrospectivamente investigada) imprescindible, de tal forma que suprimida la actividad por él desarrollada, sea imposible la representación mental del delito tal como se realizó efectivamente; en otros términos, precisa, para la coautoría en el delito, la convivencia del agente en los actos ejecutivos del mismo, que no otra cosa es la participación material de que hablan los tratadistas, diversa a la participación moral que solo consiste en determinar a otro a la ejecución de un delito o en reforzar su voluntad de cometerlo. Nuestra legislación, que ha seguido la tendencia positiva, aun cuando no en el sentido de sumisión a la antigua escuela positivista, sino en forma deliberada, autónoma y con direcciones de renovación, disminuyó el casuismo *al eliminar la antigua y complicada clasificación legal de autores, cómplices y encubridores*, contenida en los códigos anteriores, y dentro del actual artículo 13 del Código Penal (10 del Código de Nuevo León), *involucró todos los problemas de la participación*, según que ésta se manifieste antes de la perpetración, consumativa del delito o en el momento de la ejecución final; se verá pues, resaltar, de manera inobjetable, la irresponsabilidad del reo en los delitos cometidos por otra persona, si no resulta justificado que aquél haya tenido participación alguna en la comisión de estos, aun en el supuesto anterior, dado que ella no se manifestó antes de la perpetración consumativa del delito o delitos cometidos, ni en el momento de su ejecución final. Las omisiones y negligencias en que haya incurrido dicho reo, podrán ser o no materia de responsabilidad en el orden civil, pero en forma alguna integran el delito de abuso de confianza por imprudencia, que nuestra ley sólo reconoce como intencional, puesto que su estructura se finca en la acción volitiva de disponer, para sí o para otro, de las cosas ajenas muebles, que se posean en forma precaria.

Amparo penal directo 8436/45. González Elizondo Ignacio. 20 de marzo de 1946. Unanimidad de cuatro votos. Ausente: Carlos L. Angeles. La publicación no menciona el nombre del ponente.

COAUTORÍA, CASO EN QUE SE CONFIGURA, AUNQUE EL DELITO RESULTANTE LO REALICE PERSONA DIVERSA. (LEGISLACIÓN DE JALISCO). Aun cuando el acusado no haya sido el autor del disparo que lesionó y después causó la muerte del pasivo, si intervino en el acuerdo voluntario y consciente celebrado entre los intervinientes, para causar en común, un mal o un daño a las víctimas, es claro que debe ser inculcado en el ámbito punitivo en los términos que dispone el artículo 12 del Código Penal de Jalisco, aunque el resultado típico producido no hubiera sido el acordado, expresamente porque tal ilícito le es penalmente reprochable a través de la figura de la *participación criminal*.

PRIMER TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA PENAL DEL TERCER CIRCUITO.

Amparo directo 133/91. Everardo Velázquez Castañeda. 7 de enero de 1992. Unanimidad de votos. Ponente: Lucio Lira Martínez. Secretario: Arturo Ramírez Pérez.

COAUTORES EN EL DELITO DE HOMICIDIO (LEGISLACIÓN DE PUEBLA). Debe estimarse que tienen la calidad de coautores en un homicidio, todos aquellos que participaron directa, inmediata y principalmente, en el desarrollo de los acontecimientos que procedieron a ese delito y realizaron hechos encaminados a producirlo, de acuerdo con la definición contenida en la fracción I del artículo 49 del Código Penal del Estado de Puebla, que atribuye la coautoría por participación delictiva, a quienes conciben, resuelven cometer, preparan y ejecutan una infracción penal, ya sea por sí mismos o por medio de otros a quienes compelen o inducen a delinquir; sin que obste en contrario, la circunstancia de que sólo uno de ellos haya inferido la lesión mortal, ya que este antecedente, *en modo alguno puede servir para disminuir o atenuar la responsabilidad criminal de los otros*, cuya intervención directa, inmediata y principal, en los hechos que dieron margen al homicidio, *hace forzoso considerarlos como coautores*, en los términos de la ley.

Amparo penal directo 6364/40. Morales Calixto y coagraviados. 10 de marzo de 1942. Unanimidad de cuatro votos. Ausente: Carlos L. Angeles. La publicación no menciona el nombre del ponente.

COPARTICIPACIÓN DELICTUOSA. Lo característico de la participación es la ejecución de cualquier acto eficaz desde el punto de vista causal para la producción del resultado; no se requiere precisamente la ejecución material del hecho, *es bastante poner una de las condiciones*.

Amparo directo 1734/52. Por acuerdo de la Primera Sala, de fecha 8 de junio de 1953, no se menciona el nombre del promovente. 21 de agosto de 1956. Unanimidad de cuatro votos. Ponente: Agustín Mercado Alarcón.

COPARTICIPACIÓN DELICTUOSA. Si la participación del reo en los hechos consistió en haber proporcionado a su coacusado, el arma con que dio muerte a la víctima, ello significa que correctamente la responsable, estimó esa participación dentro de las normas establecidas por el artículo 13 del Código Penal.

Amparo penal en revisión 7123/47. Tapia Vázquez J. Jesús y coagraviados. 8 de julio 1948. Unanimidad de cuatro votos. Ausente: Carlos L. Angeles. La publicación no menciona el nombre del ponente.

COPARTICIPACIÓN. IMPOSICIÓN DE SANCIONES. (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE PUEBLA). Atendiendo a que el artículo 13, del Código de Defensa Social del Estado de Puebla anterior al vigente, y su correlativo el artículo 21, del Código de Defensa Social del Estado de Puebla actualmente en vigor establece: que son responsables de la comisión de un delito los que inducen o compelen a otros a cometerlo, debe atenderse, para la imposición de las sanciones en esos casos, *no al grado de participación en los hechos ilícitos, sino a las peculiaridades del delincuente* en función de las circunstancias de la comisión del ilícito y del daño causado, *pues el grado de participación no establece una mayor o menor responsabilidad penal*²⁰⁶.

SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO DEL SEXTO CIRCUITO.

Amparo directo 323/88. José Luis Vidal Martínez. 16 de noviembre de 1988. Unanimidad de votos. Ponente: Arnoldo Nájera Virgen. Secretario: Guillermo Báez Pérez.

DELITOS, RESPONSABLES DE LOS. Según el principio establecido en el artículo 13 del Código Penal del Distrito Federal, *son responsables de los delitos, todos los que toman parte en su concepción, preparación o ejecución, o prestan auxilio o cooperación de cualquiera especie, por concierto previo o posterior, o inducen directamente a alguno a cometerlo, y esta responsabilidad nace en las personas indicadas, cualquiera que sea el provecho o ningún provecho que haya obtenido con tal acto*.

²⁰⁶ Obsérvese cómo la diferenciación de la pena para los intervinientes sería hasta la individualización y sin tener en cuenta el aporte, lo que significa que todos serían autores.

Amparo penal directo 9556/44. Chávez López José Jesús. 8 de octubre de 1945. Unanimidad de cuatro votos. Ausente: José María Ortiz Tirado. La publicación no menciona el nombre del ponente. Quinta época. Instancia: Primera Sala. Fuente: Semanario Judicial de la Federación. Tomo: LXXXVI., p. 202.

DELITOS, COPARTÍCIPES EN LA COMISIÓN DE LOS. Si de autos consta que varios individuos, a bordo de un automóvil, asaltaron a otro, y con el intercambio de disparos que hubo entre los ocupantes de ambos coches resultaron algunos muertos y heridos, y está comprobado que el coche de los asaltantes es propiedad del acusado, así como que una de las víctimas tuvo conocimiento de que lo iban a asesinar, lo que declararon varios testigos, sabiendo que quienes pretendían hacerlo, eran individuos designados como pistoleros a sueldo o protegidos del quejoso, es evidente que en el caso existen elementos bastantes para presumir la responsabilidad del acusado, en los delitos de homicidio, lesiones y disparo de arma de fuego, por lo que le fue dictado el auto de formal prisión, ya que conforme al artículo 13 del Código Penal del Distrito Federal, *son responsables no sólo los que toman parte en la concepción, preparación o ejecución de un delito, sino también los que prestan auxilio o cooperación de cualquier especie, por concierto previo o posterior, o inducen directamente a alguno, a cometerlo.*

Amparo penal en revisión 7177/42. Osornio Saturnino. 3 de marzo de 1943. Unanimidad de cinco votos. La publicación no menciona el nombre del ponente.

DESPOJO, DELITO DE. Si en autos está demostrado que los querellantes estaban en posesión de los lotes de terreno, así como que esa posesión provenía de una compraventa, y a pesar de ello el reo autorizó y ordenó de propia autoridad que furtivamente se ocuparan los inmuebles y que se hiciera uso de ellos, es indudable que se configuró el delito de despojo, *y que dicho reo es responsable de su comisión*, en los términos del artículo 13 del Código Penal.

Amparo penal directo 7395/45. Argüello Avendaño Vicente. 12 de febrero de 1947. Unanimidad de cuatro votos. Ausente: José Rebolledo. Ponente: Fernando de la Fuente.

Quinta Época: Tomo XCI, página 3239. Índice Alfabético. Amparo directo 6753/45. Martínez Alonso Fidel. 12 de febrero de 1947. Unanimidad de cuatro votos. Ausente: José Rebolledo. Ponente: Fernando de la Fuente.

ENCUBRIMIENTO. El Código Penal de 1931 para el Distrito y Territorios Federales, comprendió en un delito típico de encubrimiento, clasificado en su artículo 400; todos los casos de auxilio o cooperación al delito, por concierto posterior a su comisión; *en el artículo 13, incluye una forma general de coparticipación delictuosa*, que abarca la cooperación posterior, como se desprende de su redacción literal, cuando habla de los que "prestán auxilio o cooperación de cualquier especie, por concierto previo o posterior o inducen directamente a alguno a cometerlo". El artículo 400 citado, define dos delitos de encubrimiento por omisión; el primero se comete cuando no se procure por los medios lícitos, al alcance del agente, impedir la consumación de los delitos que sabe van a cometerse o que se están cometiendo, si son de los que se persiguen de oficio; el otro, se refiere a la abstención dolosa del que, requerido por las autoridades, no de auxilio para la averiguación de los delitos o para la persecución de los delincuentes. En ambos casos, se establecen excusas absolutorias que justifican esas actitudes de omisión, cuando se trata de proteger a parientes próximos o a personas a quienes el infractor debe respeto, gratitud o amistad. Finalmente se erige un delito de encubrimiento específico para el comprador habitual de cosas robadas. Estas formas de encubrimiento están sancionadas con normas especiales, y por tanto, debe entenderse que son excepciones a la fórmula general de coautoría, establecida en el artículo 13 en éste se incluyen todos los casos de coparticipación posterior, dentro de una *fórmula unitaria, sustituyendo antiguas*

nomenclaturas de autores, cómplices y encubridores; aunque en sentido estricto, los casos de encubrimiento definidos en el artículo 400, pueden caer dentro de la amplísima redacción del artículo 13, el legislador juzgó prudente destacar en nombres especiales de baja penalidad, algunos delitos de encubrimiento que, si bien revelan determinado concierto posterior con el autor material del hecho, tienen en cambio características que denotan poca temibilidad del delincuente, porque sólo se trata de actos de omisión que dificultan la consumación o persecución de los delitos. El artículo 400 y la fracción IX del artículo 15 del mismo código, reconocen determinadas excusas absolutorias para los encubridores. Este último precepto, incluye no sólo la ocultación del responsable, sino los efectos, objetos o instrumentos del delito, pero para que se opere la excluyente, se requiere la circunstancia de que el que asume esa conducta de ocultación, no lo haga por un interés bastardo o valiéndose de algún medio delictuoso; entonces la pesquisa judicial deberá dirigirse a investigar si el encubridor ha sido guiado únicamente por vínculos de parentesco o amistad o por un interés ilegítimo; probado éste último antecedente, desaparece el motivo de excusa que la ley reconoce, pues el encubridor por codicia se convierte prácticamente en coautor. Cuando no existen estos propósitos, no se castiga el encubrimiento, por razones de política social, de utilidad social, o de utilidad práctica, pues el Estado reconoce que la comunidad de sangre que une al encubridor con el autor del delito, excusa a aquél en su conducta criminal.

Amparo penal en revisión 9019/43. Aguiñaga Hernández Luis. 13 marzo de 1944. Unanimidad de cuatro votos. Ausente: José María Ortiz Tirado. La publicación no menciona el nombre del ponente.

Véase: Séptima Epoca, Volúmenes 121-126, Materia Penal, Segunda Parte, pág. 91. Quinta Epoca. Instancia: Primera Sala. Fuente: Semanario Judicial de la Federación. Tomo: LXXIX, p. 5265.

FRAUDE. Si en una cláusula de una minuta se dice que el comprador conoce las condiciones actuales de hecho y de derecho de la finca que adquiere, la generalidad de esta expresión indica claramente que se oculta la existencia de un gravamen sobre la finca cuyo monto era mayor que el valor del mismo. El conocimiento de la situación de derecho se refiere evidentemente si lo expresa la minuta, a que la finca pertenecía a una sucesión no concluida y a los adeudos de contribuciones que reporta, y la mención especial de estas circunstancias, hace ilógico que no se mencionara el principal adeudo que la finca reportaba y que le superaba en valor. El engaño radica fundamentalmente en una actitud psíquica de dolo, que consiste en conocer la verdad y no manifestarla o manifestar una cosa distinta. Por otra parte, si el acusado ocultó que la finca vendida era un bien litigioso, con ello incapacitó al comprador para defenderse y para defender el objeto de su adquisición. En la comisión de un delito, en general, el agente activo puede ser múltiple, dando lugar con ello al *fenómeno jurídico de participación que expresa el artículo 13 del Código Penal del Distrito, al establecer la responsabilidad de todos los que intervienen en la concepción, preparación o ejecución de un delito, por concierto previo o posterior* y la responsabilidad alcanza a las personas que cooperaron con la persona material que cometió el delito, de manera que el hecho de que la minuta en que se vendió un bien que reportaba un gravamen superior a su precio ocultando esa circunstancia, haya sido firmado por el albacea de la sucesión respectiva, no elimina la posibilidad de que sea responsable otra persona, *si se prueba su participación en el acto, en los términos del artículo 13 citado*.

Amparo penal directo 195/39. Echenique Rendón Emilio. 19 de junio de 1942. Unanimidad de cuatro votos. Ausente: Carlos L. Angeles. La publicación no menciona el nombre del ponente.

PARTICIPACIÓN DELICTUOSA. La participación delictuosa comprende, *no sólo el acto final de ejecución de la infracción penal, sino su concepción, su preparación, el auxilio, la inducción y las demás formas de participación que señalan la ley penal, la doctrina y la jurisprudencia.*

Amparo penal en revisión 5980/49. Vázquez Julián. 21 de agosto de 1950. Mayoría de tres votos. Disidentes: Fernando de la Fuente y Teófilo Olea y Leyva. Relator: Luis G. Corona.

PARTICIPACIÓN DELICTUOSA (LEGISLACIÓN DE MICHOACAN). El hecho de que la responsable haya considerado *al inculpado como cómplice y no como coautor, en nada lo perjudica ni viola en su perjuicio garantías individuales.*

Amparo penal directo 1097/51. Herrera Jesús. 6 de junio de 1955. Unanimidad de cuatro votos. Ausente: Mariano Azuela. La publicación no menciona el nombre del ponente.

PARTICIPACIÓN DELICTUOSA (LEGISLACIÓN DE PUEBLA). El artículo 13 del Código de Defensa Social *no hace la distinción entre cómplice y coautor, sino que consagra la figura de la coparticipación.*

Amparo directo 5905/58. José Luis Caballero Pérez. 28 de noviembre de 1958. Unanimidad de cuatro votos. Ponente: Agustín Mercado Alarcón.

PARTICIPACIÓN DELICTUOSA (LEGISLACIÓN DE TAMAULIPAS). Los términos "concibieron o prepararon", ostensiblemente los usa el legislador en el artículo 305 del Código Penal, no en el sentido de premeditación o planeación de un crimen o delito, *sino en el de una de tantas formas de coparticipación*, tal como pueden apreciarse los mismos vocablos en el artículo 13 del propio ordenamiento.

Amparo penal directo 361/53. Por acuerdo de la Primera Sala, de fecha 8 de junio de 1953, no se menciona el nombre del promovente. 6 de enero de 1955. Unanimidad de cuatro votos. Ausente: Luis Chico Goerne. Ponente: Genaro Ruiz de Chávez.

PARTICIPACIÓN. TENTATIVA (LEGISLACIÓN DE PUEBLA). Si aunque rigiera el principio de que "cada uno responda del hecho propio", el quejoso sólo sería responsable por tentativa, empero, como el legislador local adopta la postura ecléctica y pragmática del código del Distrito Federal, de que se acepta la teoría de la condición más eficiente, por lo que se considera como verdadera causa aquella condición que en la pugna de las diversas fuerzas tenga una eficacia predominante (artículo 14 en ambas codificaciones), es incuestionable que ante el *pactum sceleris* concertado entre los autores intelectuales y materiales para alcanzar su propósito, se les representó la posibilidad de la realización de otros ilícitos, además del previsto.

Amparo directo 1752/57. Adolfo Huerta y coagraviado. 31 de enero de 1958. Mayoría de tres votos. Disidentes: Luis Chico Goerne y Genaro Ruiz de Chávez. Ponente: Agustín Mercado Alarcón.

No. Registro: 261,244. Tesis aislada. Materia(s): Penal. Sexta Época. Instancia: Primera Sala. Fuente: Semanario Judicial de la Federación. Tomo: Segunda Parte, XLII, p. 74.

PENA, INDIVIDUALIZACIÓN DE LA. Aun cuando en los términos de la fracción I del artículo 13 del Código Penal, son responsables de los delitos quienes intervienen en la concepción, preparación o ejecución de ellos, *no a todos los participantes corresponde igual pena, pues su monto lo fija el sentenciador de conformidad con la peligrosidad revelada por cada uno de los participantes, según las circunstancias exteriores de ejecución y las peculiares del delincuente*, ya que precisamente la individualización de la pena significa que cada sujeto debe recibir el tratamiento penal intimidatorio, protector o educativo que se juzgue más conveniente a su personalidad criminal y de mayor eficacia para apartarlo del camino de la delincuencia.

Amparo directo 6667/66. Daniel Reyes Torres. 5 de abril de 1967. Cinco votos. Ponente: Manuel Rivera Silva.

Véase: Apéndice 1917-1965, Segunda Parte, Jurisprudencia No. 207, pág. 410. Sexta Epoca. Instancia: Primera Sala. Fuente: Semanario Judicial de la Federación. Tomo: CXVIII, Segunda Parte, p. 33.

RESPONSABILIDAD PENAL.- Se establece, sin dar pábulo a la duda, la culpabilidad jurídico penal del imputado, puesto que *con su conducta puso una condición del resultado antijurídico*, si está acreditada la condición de haber instigado a los agentes materiales del delito para que consumaran el delito distinto como lo es el tipificado en la fracción III del artículo 400 del Código Penal; y como la culpabilidad principia donde los actos de ejecución del agente material del ilícito, *resulta incuestionable la responsabilidad criminal del quejoso, que como autor, lo mismo que como participante sólo es punible el que ha puesto con su condición del resultado, la causación del resultado es el fundamento imprescindible de toda responsabilidad jurídico penal*; sin que pueda decirse que el movimiento corporal del agente deba ser encuadrado, como lo pretende el defensor del quejoso, en la forma de participación a que se refiere el artículo 400 del Código Penal, habida cuenta de que conforme al artículo 13 del código punitivo “*son responsables todos los que toman parte en la concepción preparación o ejecución de un delito o prestan auxilio o cooperación de cualquier especie, por concierto previo o posterior o inducen directamente a alguien a cometerlo...*”.

Amparo penal directo 5366/45. Por acuerdo de la Primera Sala, de fecha 8 de junio de 1953, no se menciona el nombre del promovente. 7 de noviembre de 1953. Unanimidad de cuatro votos. Ausente: Luis G. Corona. Ponente: Teófilo Olea y Leyva. Quinta época. Instancia: Primera Sala. Fuente: Semanario Judicial de la Federación. Tomo: CXVIII., p. 1126.

ROBO, COPARTICIPACIÓN EN EL DELITO DE. Si las presunciones y los elementos procesales llevan al juzgador de la verdad conocida, el robo mismo y su autor material, a lo no revelado, o sea la coparticipación del quejoso, sin la cual no se hubiera realizado el hecho delictuoso, *resulta indiferente que se le clasifique dentro de alguna o algunas de las formas de la participación criminal, dado que el precepto relativo las comprende todas sin designarlas por su nombre*.

Amparo directo 1092/56. Por acuerdo de la Primera Sala, de fecha 8 de junio de 1953, no se menciona el nombre del promovente. 15 de junio de 1956. Unanimidad de cuatro votos. Ponente: Juan José González Bustamante.

En su mayoría los criterios de *jurispr* se refieren a las décadas de los cuarenta y cincuenta. Las orientaciones son: (1) no se hace diferenciación entre autores y partícipes; (2) la diferencia que se acepta es sólo en la individualización de la pena basada en aspectos diferentes al aporte realizado; (3) se utilizan términos generalizadores para referirse a todos los intervinientes (coparticipación, participación); (4) la participación tiene su apoyo en las teorías de la causalidad. Estas características, el tiempo en el que se dice el criterio de jurisprudencia y el contenido del artículo 13 del Código Penal Federal en el tiempo en el que se dictaron los criterios de *jurispr* deciden que su orientación se identifique con el *concepto unitario formal de autor*.

2.1.1.6.3. *Doctrina jurídico penal.* En México, lo relacionado con este concepto, por lo general, es dejado de lado por los autores quizás por la idea equivocada de que en los *Cps* mexicanos existe un concepto diferenciador de autor, o porque ellos se deciden por el mismo e ignoran lo referente al concepto unitario, salvo *Elpidio RAMÍREZ* y *Olga ISLAS MAGALLANES* quienes su pensamiento ha estado orientado al *concepto unitario de autor*.

De entre quienes se refieren al *concepto unitario formal de autor*, se encuentran: *Moisés MORENO HERNÁNDEZ* (1994, p. 284): (...) Hay opiniones en el sentido de negar toda importancia a la distinción entre autores y partícipes, pues consideran a todos autores; parten del criterio de la *causalidad* y sostienen la teoría del "autor único", al considerar autores a todos los que de alguna manera concurren en el delito, pero que son rechazadas por la mayoría de la doctrina actual; el rechazo se plantea tanto desde el punto de vista político-criminal como desde el dogmático: es un criterio que, además de ampliar el ámbito del injusto y de la culpabilidad, conduce a ciertas injusticias, en virtud de tratar igual a todos, no obstante que no todos tuvieron la misma intervención; por otra parte, choca con los diversos conceptos y contenidos conceptuales de la estructura dogmática del delito. *Carlos A. MADRAZO* (p. 232): Para la explicación y delimitación entre autoría y participación en sentido estricto, la doctrina penal siempre se ha planteado la necesidad de buscar criterios adecuados para ello. Pero también podemos encontrar que hay opiniones en el sentido de negar toda importancia a la distinción entre autores y partícipes, pues consideran a todos los que intervienen en un hecho como autores; parten del criterio de la *causalidad* y sostienen la teoría del "autor único", a todos los que de alguna manera concurren en el delito. Este criterio, por supuesto, no es el que adopta la doctrina actual. *Raúl GONZÁLEZ SALAS – CAMPOS* (pp. 151 y 152): a) *Teoría unitaria del concepto de autor*. Esta teoría surgió de los mismos postulados de la teoría de la equivalencia de las condiciones para determinar la causalidad. Según el criterio causalista, todas las personas que intervienen en el hecho son responsables. Según este criterio, para la teoría unitaria no hay razón para distinguir entre autores y partícipes, pues es autor todo aquel que contribuye causalmente a la realización del hecho típico. Si toda condición del hecho, es causante del mismo, todo aquel que contribuya, deberá considerarse como causa del mismo, y por lo tanto autor del mismo. Se considerará autor a todo aquel que haya intervenido en el hecho, no importando el grado de su aportación. *Alicia Beatriz AZZOLINI BRINCAZ* (pp. 131 y 132): 2. Los defensores del concepto unitario de autor consideran a todos los que intervienen en un delito como autores; rechazan así la distinción entre autores y partícipes en sentido estricto. Para ellos no existe un autor que realiza el hecho principal y otros que ejecutan conductas accesorias. Niegan esa distinción en el plano conceptual porque tampoco existiría en el ontológico. Tomando como base la teoría de la equivalencia de las condiciones afirman que es imposible en el terreno causal diferenciar cualitativamente las distintas aportaciones. Cada una de las conductas de los distintos intervinientes constituiría un antecedente necesario del delito. Esta teoría, que nació a la luz de la postura de Von Buri en el siglo pasado²⁰⁷, fue dejada de lado porque a nadie satisfacía que aquel que simplemente proporcionaba el arma asesina fuera considerado autor del homicidio y, fundamentalmente, porque entraba en contradicción con la regulación que la mayoría de los códigos penales contenía en la parte general respecto de los cómplices y de los instigadores. Como excepción, se adecuan a esta teoría los códigos penales de Noruega (1902), Dinamarca (1930), Italia (1930), la Ley de Contravenciones Alemana (1968) y el Código Austríaco (1974). En su redacción original, el Código Mexicano de 1931 también podía incluirse en este grupo. La postura unitaria tomó nuevos aires precisamente a partir de la entrada en vigencia en 1974 del Código Penal de Austria. Se elabora un nuevo concepto unitario, denominado concepto unitario funcional, que se fundamenta en la teoría de la imputación objetiva y en la prevención de integración. Autores como Detzer, Kienapfel o Schmoller parten de las disposiciones del § 12 del Código Penal Austríaco. Consideran que la ley valora igual las distintas formas de intervención, por eso buscan la diferenciación entre los intervinientes, no en el plano conceptual o dogmático, sino en el de la determinación de la pena. La individualización de la pena debe apoyarse en los

²⁰⁷ Esta información no es exacta porque si bien Maximilliam von Buri fue uno de los defensores, el origen se remonta a Stübel y Schirac a principios del siglo XIX. Véase apartado 2.1.1.1. de este trabajo.

criterios de merecimiento y necesidad de pena. Esta teoría sigue sin satisfacer. El concepto de autor es vago, excesivamente amplio, atribuye un mismo hecho a sujetos que realizaron comportamientos totalmente diferentes. Además permite extender las calidades personales de un interviniente a los demás. En fin, contraviene criterios elementales del derecho penal de acto. Pero además, la mayoría de los autores critica severamente a la concepción unitaria porque deja de lado la accesoriedad. La doctrina coincide en aceptar el criterio de accesoriedad limitada, según el cual para que la participación sea punible el hecho principal debe alcanzar, al menos, el grado de tentativa, y debe tratarse de un hecho típico (doloso) y antijurídico. No se exige que sea culpable; la culpabilidad del autor y la de cada partícipe son individuales e independientes. Al tratar a todos los intervinientes como autores, la postura unitaria rompe el esquema tradicionalmente aceptado de un hecho principal alrededor del cual giran las conductas de los partícipes. Esto extiende el ámbito de lo ilícito; serían punibles actos que hoy se consideran como preparatorios, por ejemplo procurarse útiles para el robo. Raúl PLASCENCIA VILLANUEVA (pp. 210 y 211): A. *La concepción unitaria*. En cuanto al concepto unitario de autor, los defensores de dicha teoría pretenden defender la idea de que no es posible distinguir entre autoría y participación, en dichos términos todo sujeto que interviene en un hecho debe ser considerado autor del mismo, lo anterior tiene su fundamento en la teoría de la equivalencia de condiciones, en tal virtud, "si toda condición del hecho, en su concreta configuración es causa del mismo, todos quienes aportan alguna intervención que afecte al hecho deben considerarse causas del mismo y, por consiguiente, autores"²⁰⁸, estas circunstancias cobran especial relevancia en la aplicación de la pena, aludiendo a una respuesta con independencia de los postulados de la teoría de la participación, con única sujeción a los fines de la pena. Carlos Juan Manuel DAZA GÓMEZ (2002, pp. 21 y 22): *CONCEPTO UNITARIO DE AUTOR*. Ante la *concurrencia* –y que no precisamente *concurso*– de personas ante un mismo hecho delictivo, el concepto unitario de autor no sabe distinguir entre autoría y participación. Aquella falta de límite entre la autoría y la participación que nos llega a propósito del concepto unitario de autor tiene lugar en virtud de considerar el *aporte* de cada una de las personas que *concurren* ante un mismo hecho como *causas equivalentes* sin las cuales el resultado no hubiera acontecido. Y si todos los aportes de las personas que concurren para la comisión del hecho son aportes o causas equivalentes, entonces, esta *equivalencia* de contribuciones es la que no permite diferenciar entre quién es autor y quién es partícipe, dado que se califica a todos los intervinientes como si tuvieran aportaciones causalmente equivalentes. La superación del *dogma causal* es una de las principales causas por las cuales esta teoría no tuvo éxito. Rodolfo MONARQUE UREÑA (pp. 131 y 132): 7.2.1. *Concepción unitaria del autor*. Dentro del contexto monista, sobresale la teoría unitaria del autor. De acuerdo con este criterio –que se ampara filosóficamente en la teoría de la equivalencia de las condiciones–, todos los sujetos que intervienen principal o secundariamente en la realización de un delito, deben ser considerados autores, en la medida en que su aportación significa una condición indispensable para la producción del resultado o la puesta en peligro de algún bien tutelado por el Derecho Penal, y por tanto, merecen el mismo disvalor. Esa teoría, ha sido severamente criticada por la doctrina, puesto que en el desarrollo, preparación y consumación de un delito determinado, intervienen sujetos que aportan cuantitativa y cualitativamente conductas de diverso disvalor, de tal suerte que, equipararlas a todas, implica incrementar en forma desmedida la represión, y otorgar un tratamiento jurídicamente unitario a individuos que en la mecánica fáctica cumplen funciones principales y secundarias. Arturo ZAMORA JIMÉNEZ (1997, p. 64): Hasta el momento, el Código Penal establece un concepto "unitario de autor", al no distinguir la fase de autoría frente a la de participación y al sostener la misma amenaza de punición, tanto a los que intervienen en el acuerdo, preparación o ejecución del delito, como para los que prestan auxilio o cooperación, frente a los autores directos, mediatos e inductores. Miguel Angel MANCERA ESPINOSA (2000, pp. 213 y 214): 3.1. *Concepto unitario*. No se acepta distinción alguna entre autores y partícipes, puesto que todos los que intervienen han realizado un **aporte causal al hecho** (teoría de la equivalencia de las condiciones). No existe la participación, todos los sujetos se consideran como autores. No hay distinción en los **delitos especiales** por lo que el **extraneus** será igualmente autor. La pena es la misma para todos los casos²⁰⁹. Luis Felipe GUERRERO AGRIPINO (pp. 182 y 183): 2. *CONCEPTO UNITARIO DE AUTOR*. Esta corriente, se basa en la inconveniencia de distinguir entre autores y partícipes. Propone, por el contrario, que todo sujeto que intervenga en un hecho sea considerado autor del mismo. Tiene su sustento original en la teoría de la equivalencia de las condiciones bajo la cual, toda condición de un hecho, es causa del mismo. El máximo representante del causalismo, Liszt, así lo planteó: "Resulta del concepto de causa, que todo aquel que, poniendo una condición para el resultado sobrevenido, ha contribuido a su producción, ha causado este resultado; que, como todas las condiciones del resultado son de igual valor, no existe una diferencia esencial entre los distintos participantes en la producción del resultado, y que, por tanto, su diferente penalidad sólo se justifica dentro de la misma escala penal". Bajo esta línea de pensamiento, todos aquellos que aporten alguna condición que incida en el resultado, son causantes del mismo y por lo

²⁰⁸ El entrecomillado se refiere a la cita de: <<MIR PUIG, Santiago, *Derecho penal. Parte general, op. cit.*, p. 390>>.

²⁰⁹ En abstracto, porque, precisamente, al momento de individualizar la pena es cuando se establece la diferencia entre los diferentes intervinientes.

tanto tendrán la calidad de autores. Siguiendo este criterio, a todos los aportadores de alguna condición, en principio les corresponde la misma sanción, sin que sea necesario que el castigo de unos (participes) dependa de la acción de otros (autores). Se le confía al juez, el castigo respectivo, atendiendo a la intensidad de la voluntad delictiva y a la importancia de la contribución al hecho. Han existido sistemas penales que no obstante la distinción sistemática que establezcan, atribuyen la misma sanción. *Nimrod Mihael CHAMPO SÁNCHEZ [en las pp. 43 y 44, con cita de Orlando T. Gómez González, dice]* El concepto unitario de autor tiene como principal característica el rechazar la distinción entre autor y partícipe, así como la introducción de todas las formas de intervención en el delito bajo una única figura de autoría con la denominación general de participación, intervención u acepciones similares. Producto de la época del pensamiento naturalista, este sistema tiene el gran inconveniente de concebir autoría y causación de manera idéntica, por lo que se fundamenta en la relación causal de la teoría de la equivalencia de condiciones.

Otros autores, sin utilizar la denominación *concepto unitario* y por la influencia de la doctrina italiana²¹⁰, refiriéndose a la naturaleza de la participación tratan este tema, entre otros: *Luis MUÑOZ* (p. 271): Para obviar estos inconvenientes [*se refiere a los que se derivan del principio de accesoriadad*] se han ideado diversos sistemas: Considerar al cómplice como autor; considerar a la complicidad como un delito "sui generis"; considerar la complicidad como delito distinto. Más la solución adecuada la encontramos haciendo responsable a cada partícipe de su acción, o como dice Bernardino Alimena: "cada uno es responsable del hecho propio". *Celestino PORTE PETIT CANDAUDAP* (p. 866): En otras palabras, para la tercera doctrina, llamada "pluralista", el concurso implica para cada copartícipe un delito propio y autónomo; no solamente existen varios sujetos sino pluralidad de conductas y resultados autónomos. *Ignacio VILLALOBOS* (pp. 478 y 479): C) *Teoría que afirma la pluralidad de delitos.* - Frente a esas dos posiciones anteriores [*se refiere a las <<teoría de la accesoriadad>> y <<teoría sobre la causalidad>>*] e insistiendo en asignar a cada responsable una penalidad adecuada al acto por él ejecutado, a su responsabilidad y a su peligrosidad demostrada, se pensó que tal propósito era incompatible con la unidad y comunidad del delito y se quiso cortar el mal de raíz, para lo cual se atribuyó a cada concurrente (que ya no podía llamarse "partícipe") un delito autónomo con su pena propia. Así, además, se podrían estimar para cada sujeto las excluyentes, agravantes o atenuantes que a él se ligaron, con absoluta independencia de los demás cuyos actos tenían sus elementos propios y formaban unidades distintas. Massari es indicado, de ordinario, como responsable de esta doctrina, si bien colaboraron en su producción y defensa otros varios como Foinitzky, Getz y Bataglini, sin que la tesis haya logrado mayor fortuna. *Luis FERNÁNDEZ DOBLADO* (p. 312): En abierta discrepancia con las anteriores posturas, se encuentra la teoría pluralística de la participación, para la cual las diversas personas que concurren a la producción del resultado delictivo realizan acciones distintas, originadoras de distintos y autónomos delitos para cada una de ellas, los cuales podrían llamarse delitos de concurso. *Fernando ARILLA BAS* (pp. 311 y 312): B) La teoría pluralista, contraria a la monista, sostiene que el delito cometido por varios sujetos, pierde la unidad. Los diversos sujetos que intervienen en él realizan actos propios, independientes de los demás, cada uno de los cuales integra un delito distinto, de suerte que, vista la independencia de su conducta, no pueden ser partícipes en un delito único. Tan es así, expresan los partidarios de esta teoría para reforzarla, que el desistimiento de la tentativa, las causas excluyentes de responsabilidad, las modificativas y calificativas del delito, solamente son admisibles individualmente. *Miguel Angel CORTÉS IBARRA* (p. 293): b) De la autonomía.- Se afirma en la pluralidad de delitos. Cada conducta es violatoria material y psíquicamente de la ley penal. Todos los participantes ponen una causa eficiente en la producción del resultado, siendo responsables en forma independiente. La obra de cada uno se aprecia en forma autónoma, desvinculada de las demás. De aquí se induce que la irresponsabilidad del autor no lleva consigo la irresponsabilidad de los cómplices. *Roberto REYNOSO DÁVILA* (p. 318): b) La teoría de la pluralidad. O de la autonomía de la complicidad, ve en la acción de cada uno de los partícipes un delito distinto. Así, en la disposición referente al que ha determinado a otro a cometer el delito, se advierte que la acción determinante aparece considerada como un momento anterior, como una fase distinta del delito instigado, o sea como una actividad que, precediendo a la comisión del delito mismo, no entra en la fase comisiva y, por tanto, no forma parte del proceso ejecutivo del delito instigado. Otro argumento de Massari: si el acto del partícipe no fuera nada más que un fragmento de un proceso ejecutivo único, ese proceso no debería cambiar, sea que el delito se cometa por un solo sujeto o que resulte del concurso de varias personas; no debería cambiar la

²¹⁰ Francesco ANTOLISEI, *Manual...*, p. 389: **179. Distintas apreciaciones.**- Se discute ante todo si el hecho cometido con el concurso de varias personas hay que contemplar un solo delito o una multiplicidad de delitos. Según la concepción tradicional el delito, aun cuando tiene varios sujetos, continúa siendo único e individual: la coparticipación delictuosa, pues, se configura como unidad de delito con pluralidad de agentes (teoría monista o unitaria). La fundamentación de esta teoría ha sido discutida y varios autores han sostenido que a la multiplicidad de agentes responde un verdadero y propio concurso de acciones distintas y, por lo tanto, una pluralidad de delitos, razón por la cual, en vez de "concurso en un delito", habría que hablar de "delito de concurso".

fisonomía estructural del delito. En cambio, puede demostrarse que, cuando varios sujetos desarrollan una actividad criminosa en colaboración, suelen producirse actos que, si los realizara un sujeto único, sólo tendrían el carácter de actos preparatorios. Así, por ejemplo, la adquisición de armas hecha por uno de los partícipes en un homicidio. Si esta adquisición la hubiera realizado el agente homicida, no tendría otro significado que el de un acto preparatorio; deja de serlo cuando la verifica el partícipe, razón por la cual debe pensarse que la actividad del partícipe constituye el proceso ejecutivo de un proceso distinto. Eduardo LÓPEZ BETANCOURT (1995, p. 189): (...) La teoría pluralística, se dirige más a la persona del delincuente que a la objetividad del delito y considera a cada uno de los participantes como responsables de un delito en particular, y estima su punibilidad de acuerdo con la significación del hecho delictivo antisocial, tomando en cuenta también la temibilidad del delincuente. Raúl PLASCENCIA VILLANUEVA (p.219): b) *Teoría pluralista*. Esta postura discrimina las acciones de las personas que intervienen en el hecho y pretende que cada una de ellas sea la pieza de una obra común en el delito ejecutado. Un ejemplo es la teoría de la autonomía, la cual propone que el delito producido por varios individuos pierde su unidad al considerar que los concurrentes a la producción del evento delictivo realizan comportamientos autónomos y surgen así distintos delitos, cada uno de ellos con vida propia. En atención a lo anterior, los sujetos que intervienen ya no son partícipes, habida cuenta de la autonomía de su conducta, por ende, a la actuación de uno no se le comunican las circunstancias de los demás. Sólo son admisibles individualmente las causas excluyentes de responsabilidad, o las calificativas y modificativas. En atención a que la postura propone que varios delitos producidos por los partícipes, se le considera pluralista en oposición a las monistas anteriores²¹¹.

El *concepto unitario funcional de autor* es difícil encontrarlo en quienes desarrollan la autoría y participación. De entre los pocos que hacen mención de él, se encuentran Alicia Beatriz AZZOLINI BRINCAZ (p. 131): La postura unitaria tomó nuevos aires precisamente a partir de la entrada en vigencia en 1974 del Código Penal de Austria. Se elabora un nuevo concepto unitario, denominado concepto unitario funcional, que se fundamenta en la teoría de la imputación objetiva y en la prevención de integración. Autores como Detzer, Kienapfel o Schmoller parten de las disposiciones del §12 del Código Penal Austríaco. Consideran que la ley valora igual las distintas formas de intervención, por eso buscan la diferenciación entre los intervinientes, no en el plano conceptual o dogmático, sino en el de la determinación de la pena. La individualización de la pena debe apoyarse en los criterios de merecimiento y necesidad de pena²¹².

2.1.2. Concepto diferenciador de autor. El tiempo en el que se inicia esta propuesta, lo explican Hans–HEINRICH JESCHECK/Thomas WEIGEND:

a) El tratamiento diferenciado de las formas de intervención se corresponde con la *tradición histórica*. La elaboración de una teoría especial de la participación fue obra de la Ciencia italiana del Derecho penal de finales de la Edad Media. Estando todavía inacabada, dicha teoría fue asumida en los arts. 177, 107 y 148 de la CCC. A partir de entonces la Ciencia del Derecho común, de acuerdo con el modelo italiano, diferencia entre las distintas formas de participación si bien de otro modo a como lo hace nuestro Derecho actual. Fue sólo influencia de *Böhmers* por quien se impuso la distinción objetiva entre la autoría y la participación de acuerdo con el criterio de la realización de una acción ejecutiva (causa *physica*) o de una acción de mero apoyo a ésta (causa *moralis*). La delimitación actual entre

²¹¹ Si se comparan las dos opiniones, se da la idea de que son concepciones distintas (*unitaria – pluralista*), lo cual no es, pues en el concepto unitario de autor lo característico es que todos los que intervienen en el hecho son autores y su acción es autónoma e independiente de las demás. Esta <<teoría pluralista>> el autor la explica en el apartado de la participación y no en relación con el concepto de autor, que es lo usual.

²¹² En nuestra opinión esta idea del *concepto unitario funcional de autor* presenta cuestionamientos: (1) el concepto y la denominación <<concepto unitario funcional de autor>>, se hicieron antes de 1974 (véase apartado 2.1.1.1. de este trabajo); (2) sí existe una diferenciación de entre los intervinientes desde la tipicidad y no sólo en el momento de la individualización de la pena (véase apartado 2.1.1.2. de este trabajo).

autoría, inducción y complicidad surge del Código penal francés de 1810 (art. 60) y se alcanza con el RStGB a través del StGB prusiano de 1851²¹³.

En el *concepto diferenciador de autor* se establecen características dogmáticas que permiten, de entre los que intervienen en la realización del delito, decir quiénes son autores y quiénes son partícipes. Las características reconocidas como identificadoras de un *concepto diferenciador de autor*, son: (1) el autor es el actor principal y los partícipes son actores secundarios; (2) la diferenciación entre autor y partícipes permite establecer marcos penales para cada uno de ellos²¹⁴; (3) los tipos penales están pensados para el autor por lo que la participación se sanciona sólo si existe disposición expresa en la parte general²¹⁵; (4) la aceptación del principio de accesoriedad al hacer depender la acción de los partícipes de la del autor²¹⁶. Para nosotros, el *concepto*

²¹³ *Tratado...*, p. 695.

²¹⁴ Como ejemplo: *Cp Distrito Federal*: Art. 81 (Punibilidad de la complicidad). Para los casos a que se refieren las fracciones V y VI del artículo 22 de este Código, la penalidad será de las tres cuartas partes del mínimo y del máximo de las penas o medidas de seguridad previstas para el delito cometido, de acuerdo con la modalidad respectiva. *Cp Federal*: Art. 64 Bis. En los casos previstos por las fracciones VI, VII y VIII del artículo 13, se impondrá como pena hasta las tres cuartas partes de la correspondiente al delito de que se trate y, en su caso, de acuerdo con la modalidad respectiva.

²¹⁵ Así: *Cp Federal*: Art. 13.- Son autores o partícipes del delito: I. Los que acuerden o preparen su realización; II. Los que lo realicen por sí; III. Los que lo realicen conjuntamente; IV. Los que lo lleven a cabo sirviéndose de otro; V. Los que determinen dolosamente a otro a cometerlo; VI. Los que dolosamente presten ayuda o 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 sin acuerdo previo, intervengan con otros en su comisión, cuando no se pueda precisar el resultado que cada quien produjo. Los autores o partícipes a que se refiere el presente artículo responderán cada uno en la medida de su propia culpabilidad. Para los sujetos a que se refieren las fracciones VI, VII y VIII, se aplicará la punibilidad dispuesta por el artículo 64 Bis de este Código. *Cp Distrito Federal*: Art. 22 (Formas de autoría y participación). Son responsables del delito, quienes: I. Lo realicen por sí; II. Lo realicen conjuntamente con otro 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 antijurídico 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 la punibilidad dispuesta en el artículo 81 de este Código.

²¹⁶ *Cp Querétaro*: Art. 20.- Sólo será punible la conducta de los partícipes si el hecho del autor ha alcanzado a lo menos el grado de tentativa, y cada uno responderá en la medida de su propia culpabilidad. *Cp Distrito Federal*: Art. 24 (Culpabilidad personal y punibilidad independiente). Los autores o partícipes del delito responderán cada uno en la medida de su propia culpabilidad. *Cp Federal*: Art. 13.- Son autores o partícipes

*restrictivo y el concepto extensivo de autor son expresión de un concepto diferenciador de autor*²¹⁷.

En la *doc jur pen comparada*, entre otros: Hans-HEINRICH JESCHECK/Thomas WEIGEND (pp. 695 y 696): d) Bajo el título de "Autoría y participación" el Derecho vigente regula la totalidad de las formas de colaboración en el delito describiendo sus elementos esenciales. Sin embargo, tal y como inmediatamente se deduce de los §§ 25 a 27, la autoría y la participación no se encuentran al mismo nivel. La línea separadora discurre entre el autor, el coautor y el autor mediato por un lado, y el inductor y el cómplice por otro, pues también el coautor y el autor mediato cometen la acción punible como autores, si bien el primero lo hace en colaboración con otro autor y el segundo por medio de otro que usa como instrumento; en cambio, el inductor y el cómplice colaboran en un delito ajeno. De ahí que la inducción y la complicidad como formas de participación presuponen siempre la autoría de otro. La dependencia de la participación del hecho principal se denomina *accesoriedad* (vid. *infra* § 61 VII). Además, la inducción y la complicidad sólo están castigadas como colaboración *dolosa* en el hecho ajeno. A pesar de ello la participación imprudente no queda impune sin más sino que, en la medida en que en el delito correspondiente también esté castigada la comisión imprudente, queda comprendida por la autoría imprudente (vid. *infra* § 61 VI). Ignacio BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE/Luis ARROYO ZAPATERO/Nicolás GARCÍA RIVAS/Juan Carlos FERRÉ OLIVE/José Ramón SERRANO PIEDECASAS (p. 288): Sin embargo, las teorías unitarias han sido objeto de muchas críticas. En primer lugar, la superación de las teorías que se asientan en el dogma causal ha supuesto el abandono de estos planteamientos. Pero, por otra parte, no parece del todo adecuado considerar autores a quienes realizan aportaciones al hecho que no son relevantes. Se hace necesaria la distinción entre autores y partícipes, desde un punto de vista conceptual y también de cara a la pena a imponer. En base a esta necesidad comienzan a aparecer las teorías diferenciadoras, que en definitiva son las que se han impuesto en nuestro ordenamiento jurídico. En el delito hay autores, que son aquellos que violan directamente la norma y lesionan o ponen en peligro el bien jurídico protegido, y hay partícipes que colaboran en el delito de otro. Enrique BACIGALUPO ZAPATER (p. 353): La teoría de la autoría y la participación tiene la finalidad de diferenciar en el nivel de la tipicidad diversas formas de participación de más de una persona en un hecho punible. Estas formas determinan, o pueden determinar, también diversas consecuencias jurídicas, dado que algunas son más punibles que otras. Es obvio que esta teoría presupone la necesidad dogmática de tal distinción y, por lo tanto, depende, en principio, de la configuración del derecho positivo. (...). En el derecho vigente, el art. 28 CP. es poco claro, dado que <<considera>> autores a los inductores y a los partícipes necesarios. Sin embargo, hay tres razones para sostener un criterio diferenciador en el derecho vigente [*se refiere al Cp español*]. En primer lugar es evidente que cuando la ley dice <<se consideran autores>>, ya gramaticalmente dice también que *no son* autores. Por lo tanto, son considerados autores *a los efectos de la punibilidad*. En segundo lugar, el propio texto legal distingue los cooperadores necesarios y los inductores de los autores y de los simples cómplices (art. 29 CP.). Por último el art. 65 distingue a los efectos de aplicación de agravante y atenuante a los partícipes entre los que tienen carácter individual (sólo se aplican a aquél en el que concurren) y general (comunicables a todos los partícipes). Precisamente el art. 65 CP. viene a establecer una regla que es característica de los sistemas diferenciadores, dado que los unitarios consideran que las circunstancias se comunican a todos los partícipes en todos los casos. José HURTADO POZO (2005, pp. 854 y 855): El segundo sistema, llamado sistema diferenciador, consiste en distinguir entre las diversas formas de intervención de las personas que cometen de manera conjunta un hecho delictivo. Una intervención causal en la ejecución de un delito sólo será calificada como participación su ha sido prevista en la ley como tal, pues autor no son todos los que colaboran en el hecho. Se trata, en definitiva, de un concepto restrictivo de autor (*restriktiver Täterbegriff*). Desde esta perspectiva, las definiciones legales de las formas de participación constituyen circunstancias de ampliación de la punibilidad (tipos legales ampliados). Este sistema constituye la orientación tradicional y preponderante tanto en la

del delito: (...) Los autores o partícipes a que se refiere el presente artículo responderán cada uno en la medida de su propia culpabilidad. Para (...). *Cp Coahuila*: Art. 23. **Reglas para la punibilidad de las conductas de autores y partícipes.** Para la punibilidad de las conductas de autores y partícipes, se observarán las reglas siguientes: **I. Principios de accesoriedad típica y de unidad subjetiva.** Sólo se podrá sancionar a los autores o partícipes si el tipo penal alcanzó por lo menos el grado de tentativa punible. La (...). **VIII. Intervención y culpabilidad.** La culpabilidad de cada autor o partícipe es personal e incommunicable a los demás.

²¹⁷ Así Moisés MORENO HERNÁNDEZ, <<Autor del delito>>, p. 284: (...) En los criterios diferenciadores, a su vez, se encontrará un concepto amplio o extensivo de autor y un concepto restringido; el primero es más propio de los criterios extremos (objetivos o subjetivos). Carlos A. MADRAZO, *La reforma...*, p. 222: Debe señalarse, además, que en los criterios diferenciadores se ha manejado un concepto amplio o extensivo de autor y un concepto restringido, siendo el primero más propio de los criterios extremos.

doctrina, como en la legislación. Sus defensores, si bien coinciden en la necesidad y posibilidad de distinguir entre los diferentes partícipes, disienten sin embargo en el criterio que ha de ser utilizado con este fin. La diversidad de teorías elaboradas y la pluralidad de matices que las caracterizan impiden, en la práctica, clasificarlas. Teniendo en consecuencia como base esta sistemática, así como el Código alemán, el legislador peruano estableció dos regulaciones básicas: por un lado, la referente a la autoría (*Täterschaftsystem*) y, por otro lado, la relativa a la participación (*Teilnahmesystem*). El criterio diferenciador es sin duda alguna el que más conviene para asegurar las garantías del derecho penal liberal. El criterio opuesto nunca ha sido sostenido, en nuestro medio, en la doctrina. Por lo tanto, nuestro legislador hizo bien al mantener en el nuevo CP dicha orientación. Sin embargo, es deplorable que no haya conseguido superar la deficiencia del Código derogado. La técnica empleada para practicar tal distinción será enjuiciada en el momento de analizar cada una de las formas de participación y de estudiar la potestad dada al juez para sancionar a ciertos cómplices con la misma pena que al autor, lo que aparentemente significa la admisión del tratamiento único de todos los partícipes y, por consiguiente, la inutilidad de distinguir entre éstos.

*2.1.2.1. Concepto restrictivo de autor*²¹⁸. Su origen está unido a la causalidad y a la inducción²¹⁹. La denominación se debe a *Leopold ZIMMERL* en 1929²²⁰.

De acuerdo con este concepto en el tipo penal sólo se hace referencia al autor, por lo que los demás intervinientes en la realización del contenido del tipo penal sólo pueden ser responsables si existe una disposición expresa para con ellos. Por eso se dice que las normas reguladoras de la participación son formas para extender la aplicación del tipo penal y de la punibilidad para él establecida.

En la *doc jur pen comparada* hacen mención del concepto restrictivo de autor, entre otros: *Hans WELZEL* (pp. 143 y 144): 3. El que la teoría del autor constituye la piedra clave de la teoría de lo injusto típico, estuvo hasta 1930 fuera de toda discusión. Esto se evidenciaba sobre todo en el concepto (llamado por Zimmerl en z. 49 39) "restrictivo" de autor, dominante en aquella época. Determinaba la autoría por el momento de ejecución de una acción típica, mientras que las formas de participación (instigación, complicidad) eran entendidas como causales de extensión de la punibilidad (o mejor, como causales de extensión de la tipicidad). Sin embargo, esta teoría parecía ser demasiado restringida, por el hecho de relacionar la autoría con la ejecución directa del acto típico; debido a eso no podía abarcar los casos de la

²¹⁸ Miguel DÍAZ y GARCÍA CONLLEDO, *La autoría...*, p. 407: (...) Por ello, quizás es más correcto hablar de interpretación restrictiva de los tipos que de concepto restrictivo de autor; sin embargo, por razones de brevedad en la expresión y por lo ampliamente extendido y aceptado de la terminología, seguiré hablando de concepto restrictivo.

²¹⁹ Joachim HRUSCKA, «Prohibición de...», p. 201: El llamado concepto «restrictivo» de autor deriva de la accesoriedad de la inducción. También se deriva el concepto «restrictivo» de autor de la prohibición de regreso y del concepto fuerte de causa que ésta presupone. El concepto, en lo que aquí interesa, denota que el inductor no es «autor». En realidad, emplear el atributo «restrictivo» no resulta conveniente, porque sugiere que habría algo que restringir, lo cual no es precisamente lo que se da en el caso. El concepto «restrictivo» de autor sólo puede ser válido en un sistema que, sobre todo, distinga. Las distinciones son necesarias: en la medida en que deben subsumirse hechos diversos en tipos diferentes, es precisamente una distinción lo que hace que alguien realice o no un tipo.

²²⁰ Álvaro BÚNSTER BRICEÑO, «El concepto de autor», en *Escritos...*, p. 189, cita número 2: Zimmerl, Leopold, «Vom Sinn der Teilnahmevorschriften» en *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft* 52 (1932). Fue Zimmerl, en el antedicho artículo, quien primero habló de concepto extensivo y restrictivo de autor.

llamada autoría “mediata”, sobre todo el caso de la realización del hecho mediante un instrumento no doloso. *Hans-HEINRICH Jescheck/Thomas WEIGEND* (p. 697): **III. Concepto restrictivo de autor y teoría de la participación.** 1.- El Derecho vigente contiene en el § 25 I una definición conceptual del autor único inmediato y del autor mediato basada en que el autor es quien “comete” el delito. Según ello, sólo es autor quien comete por sí mismo la acción típica, mientras que la mera cocausación del resultado mediante acciones atípicas no puede fundamentar la autoría (**concepto restrictivo de autor**). Dicho concepto significa que el establecimiento de formas especiales de participación como la inducción y la complicidad supone una *extensión* de la *punibilidad* a acciones que se encuentran fuera del tipo, puesto que con éste tan sólo sería castigado quien por medio de su propia persona ha matado, robado o mostrado resistencia. Otros intervinientes que tan sólo determinarían al autor a la comisión del hecho o le ayudaran a ésta, quedarían impunes si no fuera por las disposiciones penales especiales relativas a la inducción y la complicidad. *Enrique BACIGALUPO ZAPATER*, (p. 355): Por el contrario, en la actualidad es dominante el *concepto restrictivo de autor*, que parte de la idea de que los tipos de la parte especial sólo describen el comportamiento del autor. Consecuentemente, la responsabilidad de los partícipes en el hecho cometido por el autor se caracterizan como <<*causas de extensión de la punibilidad*>>. En este marco las teorías de la autoría y la participación tienen una función diferente: deben caracterizar la figura nuclear del suceso (el autor) y además describir los fundamentos que permiten una extensión de la punibilidad a personas que no han realizado acciones de autoría, sino, simplemente, tomado parte en el hecho del autor. *Juan J. BUSTOS RAMÍREZ/Hernán HORMAZÁBAL MALARÉE* (p. 285): 15.2.2. Teorías restrictivas. Si para las teorías extensivas todas las intervenciones en el hecho eran conductas de autoría y que sólo por razones político-criminales se restringía la pena para los cómplices, las teorías restrictivas plantean, por el contrario, que no todos los intervinientes tienen la calidad de autores, sino sólo algunos de ellos. En consecuencia, los preceptos que regulan la participación simplemente fundamentan una extensión de la punibilidad que básicamente es la del tipo prevista para el autor del delito. Dentro de las teorías restrictivas, hay que comprender a la teoría objetiva formal y a la teoría objetiva-subjetiva o del dominio del hecho. *Cándido CONDE – PUMPIDO FERREIRO* (pp. 337 y 338): **a) Posición restrictiva de autor**, según la cual tan sólo pueden considerarse autores aquéllos que realizan plenamente la conducta descrita en la hipótesis legal. Según esa doctrina todas las demás personas que, sin ejecutar la acción típica, contribuyeron con su actividad consciente a la producción del delito habrían de ser estimados partícipes accesorios y solamente serían punibles por aplicación de las normas reguladoras de la codelincuencia, que *extenderían* a estos sujetos la responsabilidad que en el tipo de la parte especial tan sólo estaba prevista para el autor ejecutor (*teoría objetivo – formal*). Se le objeta que deja fuera del concepto de autor tanto al que ejecuta el tipo no por su propia mano sino a través de un instrumento (autoría mediata), como los casos de coautoría en que el tipo se realice fraccionadamente por los distintos coautores, de modo que ninguno llega a ejecutar la totalidad de la acción típica, que resulta de la suma de las conductas individuales. *José Manuel GÓMEZ BENITEZ*, (p. 119): **b) Concepto restrictivo de autor.** Por otro lado, sin embargo, el Código Penal responde fundamentalmente a un concepto restrictivo de autor, puesto que respeta la diferencia básica entre autores y cómplices. El concepto restrictivo de autor entiende, en efecto, que no basta para ser autor la aportación de una contribución causal al hecho, sino que esa aportación debe corresponderse con la descripción típica. Es autor, pues, según esto, *el que realiza por sí mismo la acción típica*. Se denomina <<restrictivo>> a este concepto porque selecciona de entre las contribuciones causales aquellas que se corresponden con la descripción típica (autores), y diferencia, por tanto, los autores de los partícipes, que son precisamente los que contribuyen causalmente a la realización del hecho, pero de forma no contemplada en el tipo penal (teoría de la causación de la participación). Obviamente esta teoría implica que la punición de los partícipes se produce *aunque* no han realizado el tipo penal; en este sentido se dice que las figuras de participación criminal son supuestos de extensión de la pena a la realización de acciones causales, pero atípicas. La complicidad, por ejemplo, constituye, según esto, una punible contribución causal, pero atípica. *Miguel DÍAZ y GARCÍA CONLLEDO* (pp. 407 y 408): Lo que sí es claro que caracteriza al concepto restrictivo de autor, frente al unitario y al extensivo, es que, mientras los últimos parten de la idea de que, en principio, todos los intervinientes en un hecho delictivo a los que les sea objetivamente imputable el resultado (en sentido amplio) del mismo son autores, el primero parte de una idea contraria: no todos los intervinientes en un hecho delictivo son autores, sino sólo algunos de ellos. Gracias a la existencia de preceptos que castigan expresamente otras formas de intervención, pueden éstas entrar en el campo de lo punible; por tanto, los preceptos sobre participación en sentido estricto son causas de extensión de la punibilidad (en sentido amplio), son causas de extensión de lo típico, pero que tienen unas características especiales frente a las figuras de autoría que se derivan de los tipos penales de la parte especial: la sumisión al principio de accesoriidad, que es la pieza clave del sistema de autoría restrictiva y lo que en gran medida lo hace preferible a otros, pues produce un recorte de lo típico bastante preciso, que hace que el concepto restrictivo de autor se conforme mejor que ningún otro a las exigencias del Derecho penal de un Estado de Derecho. *Carolina BOLEA BARDON* (pp. 50 y 51): El concepto restrictivo de autor parte de que no todo el que interviene en un hecho típico es autor del mismo, sino sólo aquél que reúne los presupuestos necesarios para poder afirmar que realiza un tipo de la Parte especial. Como vemos, el punto de partida es opuesto al del concepto extensivo de autor que en principio considera autor a todo el que

interpone una condición causal al hecho. Para el concepto restrictivo de autor, en cambio, causación no equivale a realización del tipo. La distinción entre autoría y participación se realiza a partir de una interpretación de los tipos que atiende a la clase de contribución al hecho, pero que sólo permite considerar autores a los que realizan la conducta descrita en los mismos. Las formas de intervención en el hecho que no son de autoría, es decir, inducción y cooperación, entran dentro del ámbito de lo punible porque existen preceptos sobre participación en sentido estricto. Los preceptos que regulan la inducción y la complicidad son, así, «causas de extensión de la pena».

2.1.2.2. Concepto extensivo de autor. También se le conoce como «concepto ampliativo de autor»²²¹. En el orden de elaboración por la *doc jur pen* este concepto es posterior a la del concepto restrictivo y con él se buscó cubrir las deficiencias y las lagunas de punibilidad que éste originaba²²². Para algunos autores este concepto es equiparable al concepto unitario, por lo que sólo existe uno o el otro (unitario-extensivo)²²³. Para quienes son diferentes, la única similitud con el unitario sería el punto de partida, el cual está basado en las elaboraciones de las posturas sobre la causalidad²²⁴ nada más que como en

²²¹ [Así] Francisco CASTILLO GONZÁLEZ, *La autoría mediata*, p. 25: (...) Precisamente por las dificultades que presentaba esa teoría de la participación, que dejaba impunes muchos casos, –entre ellos, los de autoría mediata–, es que Eb. Schmidt y luego Mezger crearon un diferente concepto de autor, que se conoce con el nombre de “concepto ampliativo de autor”.

²²² [En este sentido] Hans-HEINRICH JESCHECK/Thomas WEIGEND, *Tratado de...*, p. 699: 1. Frente al concepto restrictivo de autor se alzó, sobre todo con la aspiración de colmar las lagunas de punibilidad a las que conducía la aplicación consecuente de aquél, el **concepto extensivo de autor**. Günther JAKOBS, *Derecho penal...*, p. 721: (...) Esta teoría [*se refiere al concepto extensivo de autor*] se desarrolló para reparar las carencias del antiguo *concepto restrictivo de autor* (restrictivo quiere decir: Los tipos de la Parte Especial comprenden sólo a la autoría; la regulación de la participación en la Parte General representa una extensión de la responsabilidad, ya que el concepto de ejecución del hecho, concebido en principio como ejecución de propia mano, excluía de la responsabilidad por autoría todo el ámbito de la autoría mediata. Reinhart MAURACH/Karl Heinz GÖSSEL/Heinz ZIPF, *Derecho penal...*, pp. 299 y 300: b) Frente a ello, la justificación del concepto extensivo de autor es buscada frecuentemente en los adecuados resultados a que conduce en la práctica. Una delimitación de autoría y participación de acuerdo con elementos *materiales*, es decir adecuados al contenido del ilícito del hecho, sólo sería posible sobre la base del concepto extensivo de autor (Goetzeler, SJZ 49, 837). El problema de la autoría mediata sólo sería solucionable con su ayuda, evitando lagunas jurídicas que mediante la utilización del concepto restrictivo de autor serían frecuentemente inevitables entre la autoría, por una parte, y la participación por la otra. Del mismo modo se afirma que el favorecimiento culposo de un hecho doloso ajeno no sería explicable con la ayuda del concepto restrictivo de autor.

²²³ [Así opina] Orlando T. GÓMEZ GONZÁLEZ, *Participación criminal...*, p. 43: Este concepto de autor [*se refiere al concepto extensivo de autor*] no es más que un concepto unitario funcional. Partiendo de la igualdad de todos los intervinientes, se pueden definir distintos tipos de autoría, como es el caso de las formas de inducción y complicidad. Esto conduciría a una concepción subjetiva del delito con una absoluta indiferenciación de los intervinientes en éste. Igual en *Participación criminal*, 2001, p. 68.

²²⁴ Francisco CASTILLO GONZÁLEZ, *La participación...*, p. 25: Para unos el llamado sistema de autor único es una clara derivación del concepto extensivo de autor, conforme al cual es autor de un delito quien haya dado un aporte causal al delito y cuya conducta no puede encasillarse en la instigación o en la complicidad. Esta afirmación puede ser correcta dentro de la legislación alemana que consagra ese sistema en la Ley sobre Contravenciones (Parágrafo 9), de 1968. Pero hay legislaciones que consagraron el sistema de autor único

los *Cps* existen disposiciones que se relacionan con autoría y participación, entonces, esto obliga a establecer diferencias, por lo que, la regulación expresa de la instigación es una equiparación de la pena a la del autor y la de la complicidad es una manera de restringir la responsabilidad de estos intervinientes en el delito²²⁵. Por ello, si las disposiciones sobre participación no existieran todos los intervinientes serían considerados autores²²⁶.

El concepto *extensivo*²²⁷, se reconoce, es propuesta de *Eberhard SCHMIDT*²²⁸ y *Edmund MEZGER*²²⁹, quien dice:

antes del surgimiento del concepto extensivo de autor, de la dogmática alemana. Tal es el caso del Código Penal italiano de 1930 (Arts. 110 a 114), que estableció ese sistema partiendo de las ideas de la Escuela Positivista. También es el caso del Código Penal austriaco (Parágrafo 12), el cual es incluso anterior al Código Penal italiano de 1930.

²²⁵ Reinhart MAURACH, *Tratado...*, p. 302: (...) Autores lo serán pues también instigador y cómplice. A una tal inclusión, impuesta por la ley causal, de la “extendida” o extensiva autoría (instigación y complicidad) en la autoría “típica”, se opone sin embargo el derecho positivo que extrae estas “formas especiales de autoría” de la autoría, y las somete, en cierto modo, a un régimen especial. Frente a ello se debe doblegar también la teoría causal. Instigador y cómplice continúan siendo “en sí” autores, pero con los efectos restrictivos de los párrafos 48 y 49; la instigación constituye una “causa de equiparación penal”; la complicidad, una “causa de reducción penal”. El concepto de autor se obtendrá, pues, por vía negativa: autor es quien pone una condición para el resultado, en tanto no deba ser castigado como instigador o cómplice.

²²⁶ [En este sentido,] Carolina BOLEA BARDON, *Autoría mediata...*, p. 43: El concepto extensivo de autor parte de la teoría de la equivalencia de las condiciones, por lo que entiende que todos los sujetos que aportan alguna intervención que afecta al hecho son por igual causas del mismo, todos son, en principio, autores. Sin embargo, reconoce que la ley obliga a distinguir distintos grados de responsabilidad. Así, los preceptos que regulan la inducción y la complicidad (tipos de participación) aparecen como <<causas de restricción de la pena>>, puesto que sin ellos habría que castigar a todos los intervinientes como autores. Todo ello determina que el autor venga definido en forma negativa, pues autor será quien no sea partícipe.

²²⁷ [Se acepta que las denominaciones <<extensivo>> y <<restrictivo>> fueron dichas por Leopold Zimmerl en 1929. Así lo dicen:] Eugenio Raúl ZAFFARONI/Alejandro ALAGIA/Alejandro SLOKAR, *Derecho penal...*, p. 739, cita número 9: La calificación de “extensivo” y “restrictivo” corresponde a Zimmerl, Leopold, en ZStW, 49, 1929, p. 39 y ss. Claus ROXIN, <<La delimitación... >>, p. 350, cita número 6: El término proviene, al igual que el del concepto “restrictivo” de autor (al respecto, el siguiente párrafo en el texto) de ZIMMERL, “Grundsätzliches zur Teilnahmelehre”, en ZStW 49 (1929), p. 39-54. La discusión sobre el concepto extensivo o restrictivo de autor fue un tema principal de la teoría del autor en los años 30. Francisco CASTILLO GONZÁLEZ, *La autoría mediata*, p. 25: 15.- Durante años se discutió en doctrina sobre el principio que debía dominar la participación criminal y dos teorías fueron elaboradas: la llamada, siguiendo a Zimmerl del concepto “restrictivo” de autor, y la llamada del concepto “ampliativo” de autor. Reinhart MAURACH/Karl Heinz GÖSSEL/Heinz ZIPF, *Derecho penal...*, p. 296: 37 El denominado “concepto extensivo de autor” (expresión acuñada por Zimmerl, ZStW 49, 39) alcanzó una posición fuerte en la praxis bajo la guía del Tribunal Imperial y en la ciencia, especialmente por la influencia de las investigaciones de *Eb. Schmidt* (*Frank – Festschrift*, II 106) y *Mezger* (Lb. 410, ss.), entre otras razones debido a que se le consideró como adecuado para constituir un fundamento sistemático y por ello inhibitorio para la jurisprudencia del Tribunal Imperial en el campo de la delimitación entre autoría y participación. [De opinión diferente] Miguel DÍAZ y GARCÍA CONLLEDO, *La autoría...*, pp. 254 y 255: (...) En esta larga cita de ZIMMERL podemos ver

I. Es autor el que ha causado (I) mediante su acción el tipo legal, en tanto su actividad no aparezca como instigación o auxilio. En el autor encuentran aplicación *inmediata* los diversos preceptos penales.

La *relación causal de la acción con el resultado* muestra aquí su *función positiva*: fundamenta la autoría del agente en tanto no existan razones de Derecho positivo que la excluyan. Esta comprobación tiene su raíz en el pensamiento *jurídico* de la *antijuricidad objetiva*. Pues el sentido de la antijuricidad objetiva-típica es que la realización del tipo, y por tanto la causación del resultado, se halla objetivamente prohibida. El que de modo culpable infringe esta prohibición cae fundamentalmente (como autor del injusto) bajo la pena sancionada por la ley. Ello está en absoluto de acuerdo con el párrafo primero del parágrafo 2 del Código Penal. Ahora bien, este supuesto que en primer término se impone a la consideración, de que mediante tal co-causación del resultado se fundamenta precisamente una responsabilidad como *autor* del delito, es refutable en todo momento en virtud de los párrafos 48 y 49 del Código. Pues los diferentes preceptos de la Parte Especial del Código son completados y determinadamente influidos por las disposiciones de la Parte General; aquí, en consecuencia, por los párrafos 47 y siguientes. Las formas legales de la instigación del parágrafo 48 del Código y del auxilio (complicidad) del parágrafo 49 del mismo texto

efectivamente los rasgos característicos y diferenciales del concepto extensivo y restrictivo de autor, si bien el citado autor en este artículo nunca utiliza estas últimas expresiones, sino las subrayadas en el texto (interpretación extensiva o restrictiva de los tipos), por lo que no es del todo cierto que la terminología “concepto extensivo” y “concepto restrictivo” provenga de este artículo de ZIMMERL.

²²⁸ Carolina BOLEA BARDON, *Autoría mediata...*, p. 45: (...) Para Eb. SCHMIDT, la distinción entre autoría e inducción, impuesta por el Derecho positivo alemán (§ 48 StGB a. r.), «no conduce a una diferencia de las consecuencias jurídico-penales del injusto». Esta distinción viene impuesta, según el autor, por mandato legal, «lo que conduce a ampliar artificialmente el ámbito de la participación a costa de la autoría». En cambio, respecto a la complicidad, «la menor peligrosidad que se da objetivamente en el comportamiento del cómplice frente al bien jurídico lesionado» comporta una razón material suficiente para separarla de la autoría e imponer al cómplice una pena menor que la del autor. [*Los textos de las comillas se refieren a «Die mitterbare Täterschaft»*]: La autoría mediata. *Este trabajo de Eberhard Schmidt se publicó en el tomo dos del Libro homenaje a Reinhard Frank de 1930*].

²²⁹ Enrique PEÑARANDA RAMOS, *La participación en el delito y el principio de accesoriadad*, pp. 262 y 263: (...) El diagnóstico termina así por coincidir en lo esencial con el que a esa misma doctrina alemana ha venido mereciendo el «concepto extensivo de autor» propuesto, entre otros, por Eberhard Schmidt y Mezger, para los que, como es bien sabido, todo aquel que contribuye causalmente a la realización del tipo habría de ser considerado autor del delito si no fuera porque los preceptos que regulan determinadas formas de intervención en el delito (la inducción y la complicidad) vienen a restringir la noción de autor inicialmente establecida. Francisco CASTILLO GONZÁLEZ, *La autoría mediata*, pp. 25 y 26: (...) Precisamente por las dificultades que presentaba esa teoría de la participación, que dejaba impunes muchos casos, –entre ellos, los de autoría mediata–, es que Eb. Schmidt y luego Mezger crearon un diferente concepto de autor, que se conoce con el nombre de “concepto ampliativo de autor”. De acuerdo con mismo [*sic; ¿con el mismo?*], autor es quien comete el hecho por sí mismo o que da una contribución causal al hecho ajeno. Conforme a este concepto, queda comprendida la autoría mediata, pero también son formas de autoría cualesquiera formas de instigación o de complicidad, que no encuadren dentro de las disposiciones legales que regulan estas figuras. Cuando el Código Penal regula de manera especial la instigación y la complicidad, es porque quiere sacar estas figuras del círculo de autores. Pero si esas disposiciones específicas no existieran, según los partidarios de esta teoría, el cómplice y el instigador, en tanto que contribuyen causalmente al resultado, serían autores.

no son, por tanto, “causas de extensión de la pena” (1ª), sino, en realidad, *causas de restricción de la pena*. Pues restringen la pena del autor, que en otro caso se deduciría de la relación causal, en ciertos casos precisamente determinados por la ley, y hacen surgir, en lugar de aquélla, otras formas de punibilidad. Sólo en los “delitos de propia mano” (esto es, en los delitos que sólo pueden ser cometidos personalmente, véase el apartado II), los párrafos 48 y 49 del Código determinan una extensión de la punibilidad. Sólo los preceptos legales de los párrafos 47 y siguientes, *no* un “uso del lenguaje” inexacto y no jurídico, crean el concepto del autor en sentido técnico.

La causación del tipo del delito es causación del resultado último de una manera típica. Esto supone, ante todo, la causación *adecuada* del resultado (pág. 240, t. I.). Pero en determinados casos, y por encima de ello, la ley no quiere alcanzar con sus tipos *toda* producción del resultado último, sino tan sólo una determinada especie de tal producción. Esto ocurre especialmente cuando la ley cita de modo expreso determinados medios de ejecución del delito, como v. gr., en los párrafos 263, 240, 234, 176, número 1, 179, 311, entre otros, del Código Penal. Con gran frecuencia el tipo cualificado depende de tal especial género de ejecución, por ejemplo, en los párrafos 243, número 2, 223a, 251, 302b, 351, entre otros, del Código Penal. Otras veces la ley excluye de la forma típica y punible de ejecución del delito determinadas formas de causación del resultado, como, por ejemplo, en el primer caso del párrafo 209 del Código. En todas estas disposiciones decide siempre en cada caso la especial redacción del tipo concreto²³⁰.

En el contenido de estos párrafos se encuentran ideas que no se explican cuando se cuestiona el *concepto extensivo* de *Edmund MEZGER*. En este párrafo es cierto, se acepta la influencia de la causalidad, pero no con la teoría de la equivalencia de las condiciones como se dice, sino una causalidad que tiene dos límites (1) *causalidad adecuada*, y (2) *la redacción del tipo penal*.

Para nosotros el *concepto extensivo* es un *concepto diferenciador*, porque para diferenciar a éste del *concepto unitario* lo determinante es si se acepta o no el *principio de accesoriedad*, en cuanto que la existencia de los partícipes

²³⁰ *Tratado de derecho penal, t. II*, pp. 292–295.

dependen de la existencia del autor, lo cual sí sucede²³¹ en palabras de *Edmund MEZGER*:

I. La participación, en todas sus formas (coautoría, instigación, auxilio), **es accesoria, esto es, dependiente de la punibilidad de otro como autor plenamente responsable**. Si falta este presupuesto, falta un “hecho conjunto” en el sentido del parágrafo 47 del Código Penal; asimismo tampoco son aplicables las causas de restricción de la pena de los parágrafos 48 y 49 del Código y aparecen en lugar de ellas los puntos de vista de la autoría mediata. (...).

El hecho de que tal participación sólo es posible cuando existe una *acción* de otro, se deduce de la misma esencia de la participación. Pero la exigencia de la accesoriidad tiene mayor alcance: en su cualidad de presupuesto de la participación incluye en sí la plena *responsabilidad jurídico – penal* del otro por su acción. Ello se deduce del claro texto de la ley: de la misma manera que sólo surge la responsabilidad conjunta en el sentido de la coautoría del parágrafo 47 del Código cuando los varios participantes “ejecutan en común una acción *punible*”, así es *sólo* castigado *el instigador*, con arreglo al parágrafo 48 del Código, cuando “ha determinado a otro a la acción *punible* cometida por éste”, y asimismo *sólo es* castigado con la pena atenuada del cómplice, según el parágrafo 49 del Código, el que presta auxilio al autor “en la ejecución del *crimen* o del *delito*”. La ley exige, por tanto, en la instigación y en el auxilio, el total carácter delictivo del acto principal; no es suficiente que dicho acto sea *antijurídico*, necesita también ser *culpable*²³².

La existencia del autor principal en el principio de accesoriidad estaría cumplida al igual que en el concepto restrictivo, diferenciándose sólo en sus efectos en cuanto a la impunidad:

II. **Si falta un acto principal punible** no son aplicables, conforme a lo expuesto, las causas de restricción de la pena de la *instigación* (parágrafo 48 del Código) y del *auxilio* (parágrafo 49); queda en pie la autoría mediata, puesto que la impunidad de la persona medio en nada afecta a la relación causal con el resultado. Por tanto, *en modo alguno se produce*, como muchas veces ha sido temido, la *impunidad*, en tanto no se defienda la errónea tesis, ya antes rechazada, de que no es autor mediato el que presta mero auxilio al enfermo mental, etc. (como hacen ciertamente, con notorio error, las Sentencias J. 11, 56; 21, 14; 40, 21, entre otras)²³³.

²³¹ Jacobo LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, *Autoría...*, pp. 21 y 22: (...) Ahora bien, en tanto en cuanto, esta teoría [se refiere al concepto *extensivo de autor*] acepta la distinción entre autoría y participación va a establecer como base de la participación la accesoriidad, esto es, como dependencia del hecho de <<otro>> y del autor del mismo.

²³² *Tratado... II*, pp. 343 y 344.

²³³ *Tratado... II*, p. 346.

El contenido que *Edmund MEZGER* explica de la causalidad y del principio de accesoriadad hacen que, su llamado «concepto extensivo» pareciera no ser sino un concepto, digamos, *restrictivo – extensivo*, porque existen partícipes cuando existe un autor punible y cuando éste no existe, entonces, los partícipes son autores mediatos (autores)²³⁴. Otros aspectos que deben ser tenidos en cuenta para explicar el porqué la formulación del *concepto extensivo de autor* por *Edmund MEZGER*, son: (1) la falta de regulación, en el *Cp* alemán, relacionada con el autor²³⁵; (2) su vinculación al concepto causal de acción; esto se explica en *Reinhart MAURACH/Karl Heinz GÖSSEL/Heinz ZIPF*:

2) *RECHAZO DEL CONCEPTO EXTENSIVO DE AUTOR*

a) Junto a los defectos recién destacados, el reparo decisivo contra el concepto extensivo de autor es visto, desde la posición aquí defendida, en su directa deducción a partir del *concepto causal de la acción*. Si en todos los casos la acción se agota en una mera causación del resultado típico, sin considerar la dirección de voluntad del autor, entonces de la *causa* del resultado típico se deduce forzosamente la *verdadera* autoría; y la dirección de voluntad del sujeto actuante, hasta ahora declarada como irrelevante en la estructura de la acción, es utilizada tardíamente por la teoría subjetiva de participación como un elemento corrector de este concepto de autor demasiado extenso. Si la voluntad apunta a un *hecho propio*, entonces el sujeto actuante es también *autor en el sentido de la ley*. Al contrario, si éste sólo quería provocar o favorecer el hecho ajeno, entonces puede replegarse a la *causal de atenuación de la pena*, constituida por las formas de participación. Un ejemplo, de hecho muy aclaratorio acerca de la indisponibilidad de la voluntad de acción, pero también para la errada utilización que de este elemento esencial de la acción hace la opinión tradicional, puede ser el siguiente: en lugar de servir como piedra fundamental de la acción y con ello de la autoría como fundamento del

²³⁴ María GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ, *La responsabilidad...*, p. 37: De esta forma al sistema unitario de autor va unida una interpretación extensiva de los tipos penales recogidos en la Parte Especial del Código Penal que permite que los mismos sean capaces de comprender a todos los intervinientes, (...). Por esta razón, el sistema extensivo de autor, a pesar de que asume un sistema diferenciador, se convierte finalmente en un sistema unitario.

²³⁵ Reinhart MAURACH/Karl Heinz GÖSSEL/Heinz ZIPF, *Derecho penal...*, p. 297: (...) De esta manera, la figura central del autor sólo es obtenida por la vía de la síntesis; dado que la antigua redacción del Código Penal alemán no describía al autor, debía considerarse como tal a quien quedara luego de la deducción de la inducción y de la complicidad. Así, la persona supuestamente básica del delito aparece desde esta perspectiva como un producto residual: *causante que no es partícipe* (profundamente crítico Proyecto 62, fundamento 149).

hecho punible, a partir de la cual la participación sea deducida posteriormente como fenómeno accesorio, la voluntad de acción, luego de la afirmación de la *verdadera autoría*, debe servir para delimitar este concepto de autor, demasiado amplio, hacia una forma que se ajuste a la ley²³⁶.

Esta breve explicación del pensamiento de *Edmund MEZGER* está diciendo que la crítica de sus ideas sobre el *concepto extensivo de autor*, debieran ser revaloradas. En este sentido se pronuncia *Ricardo ROBLES PLANAS*:

2. El concepto extensivo de autor ha sido injustamente denostado por la doctrina. Una revisión del mismo sobre la base de la teoría de la imputación objetiva y, en todo caso, de la normativización del concepto de tipo explica aspectos de la teoría de la intervención en el delito que el concepto restrictivo de autor nunca puede llegar a explicar.

Tomemos como punto de partida las siguientes consideraciones del principal defensor del concepto extensivo (en sentido clásico) de autor, MEZGER. Este autor apreció la necesidad de distinguir las diversas formas de intervención en el delito. Para ello se sirvió de la causalidad como punto de arranque científico, es decir, como elemento común que poseen todas las formas de intervención en el delito. MEZGER nunca afirmó que todo el que realizara una aportación causal para el resultado fuera ya sólo por ello autor, sino que la causalidad fundamenta la autoría pero no excluye la calificación de participación, siendo posible que una valoración jurídica de la misma conduzca a considerar que debe ser castigada en menor medida por constituir simplemente una conducta de auxilio. Allí donde MEZGER escribió “autor” sustitúyase por “interviniente”; allí donde MEZGER escribió “causalidad” sustitúyase por “imputación objetiva”. Se llegará a la conclusión que MEZGER estaba en realidad apostando por un concepto de tipo en el que tenían cabida todas las creaciones desaprobadas de riesgo como elemento fundamentador de la responsabilidad (que permite la calificación de un sujeto como “interviniente”) y que sólo como fruto de una valoración normativa posterior la creación del riesgo en cuestión puede definirse como de “autoría” o como de “participación”²³⁷.

En la *doc jur pen comparada* analizan el concepto extensivo de autor: *Hans WELZEL* (p. 144): (...) Para subsanar este defecto [*se refiere a las limitaciones del concepto restrictivo*], Eb. Schmidt (Frank – Festg. II 106 ss.) y Mezger (pp. 415 s.) crearon el llamado concepto “extensivo” de autor, que relacionaba la autoría con la causación de una realización típica, de modo que la instigación y la complicidad –por ser ellas también causantes de la realización del tipo– aparecieron materialmente como formas de autoría, que simplemente eran penadas en forma más leve en virtud de disposición del Derecho Positivo, o sea, como causales de limitación de la punibilidad. Esta doctrina trasladó el concepto de autor, válido en los delitos culposos, a los tipos dolosos; fracasó en los delitos de propia mano y en los delitos especiales propios, en los cuales las disposiciones sobre participación son indiscutiblemente causales de extensión de la punibilidad y no meras causales de limitación de la punibilidad. La teoría extensiva de autor fue un fruto tardío de la doctrina causalista de la acción, que trasladó el concepto de autor válido en los delitos culposos (= concepto de

²³⁶ *Derecho penal...*, p. 299.

²³⁷ *La participación en el delito: fundamento y límites*, Madrid, 2003, p. 262.

causante) a los tipos dolosos. Ya no es sostenida hoy en día en su forma original, dado que Blei la abandonó en la reelaboración de Mezger - Blei I § 79. Sin embargo, sigue ejerciendo influencia, porque el fundamento de la teoría de autor, es decir, el tipo, o bien ha sido abandonado o ya no se le reconoce. Así sobre todo en Roxin, Täterschaft und Tatherrschaft pp. 214, 379 (ver supra, pp. 51 s.), en parte también en Fr. Chr. Schröder, Der Täter hinter dem Täter, p. 147. El abandono del tipo tiene para la teoría del autor consecuencias aun más funestas que el concepto extensivo del autor, que sólo extendía el tipo, pero no lo eliminaba; ahora falta, pues, todo punto de orientación para la teoría del autor y de la participación. En su lugar pone Roxin "el sentido concreto de la acción" (cnfr. en especial pp. 214 ss.), que permite cualquier diferenciación que se desee ("concretización" o "individualización") y, con ello, extiende la autoría en una medida hasta ahora insospechada (ver infra II a. E.). *Reinhard MAURACH* (pp. 301 y 302): 1. El llamado concepto extensivo de autor ha alcanzado –en la práctica bajo la dirección del RG, y en la ciencia por el influjo especialmente de las investigaciones de Eb. Schmidt y de Mezger– una firme posición, y, no en último lugar, por la razón de que se le creyó apropiado para ofrecer una cierta base sistemática y, con ello, limitativa, a la jurisprudencia del RG referente a las fronteras entre autoría y participación. El concepto extensivo de autor trata a la autoría desde el resultado y a partir del texto legal. Acción, según el tradicional concepto causal, es causación del resultado típico. En principio será pues autor quien cause el resultado típico. Lo será, no solamente quien realice las características del tipo, y quien deje actuar a otro como instrumento propio, sino también quien sitúe a un autor responsable en disposición de cometer el hecho, así como quien preste su ayuda a tal autor; también en este último caso existirá causalidad, porque, de lo contrario, el hecho concreto no se hubiera producido en esa forma. Autores lo serán pues también instigador y cómplice. A una tal inclusión, impuesta por la ley causal, de la "extendida" o extensiva autoría (instigación y complicidad) en la autoría "típica", se opone sin embargo el derecho positivo que extrae estas "formas especiales de autoría" de la autoría, y las somete, en cierto modo, a un régimen especial. Frente a ello se debe doblegar también la teoría causal. Instigador y cómplice continúan siendo "en sí" autores, pero con los efectos restrictivos de los parágrafos 48 y 49: la instigación constituye una "causa de equiparación penal"; la complicidad, una "causa de reducción penal". El concepto de autor se obtendrá, pues, por vía negativa: autor es quien pone una condición para el resultado, en tanto no deba ser castigado como instigador o cómplice. *Reinhard MAURACH/ Karl Heinz GÖSSEL/Heinz ZIPF* (pp. 296 y 297): El denominado "concepto extensivo de autor" (expresión acuñada por Zimmerl, ZStW49, 39) alcanzó una posición fuerte en la praxis bajo la guía del Tribunal Imperial y en la ciencia, especialmente por la influencia de las investigaciones de Eb. Schmidt (*Frank – Festschrift*, II 106) y Mezger (Lb. 410 y ss.), entre otras razones debido a que se le consideró como adecuado para constituir un fundamento sistemático y por ello inhibitorio para la jurisprudencia del Tribunal Imperial en el campo de la delimitación entre autoría y participación. a) El concepto extensivo de autor trata de la autoría a partir de un resultado entendido en sentido amplio, como realización de la lesión típica del bien jurídico (ver § 46, nº 6). En correspondencia con la teoría causal (§ 16, nº 28 y ss.), acción es la causación del resultado típico entendido en el sentido recién expuesto. Por ello, es autor, todo aquel que causa el resultado típico. Ello no se aplica, empero, sólo a quien realiza por sí mismo los elementos típicos, ni tampoco a aquel que utiliza a otro como instrumento para sí, sino asimismo a quien influye sobre un autor responsable para la comisión del hecho, o bien concede su apoyo a un autor similar; en el último caso se da también la causalidad, puesto que de otro modo el hecho concreto no se habría dado en esta forma. El concepto extensivo de autor conduce por consiguiente a un sistema de la unidad de autoría (ver nº 8 y ss.; Kienapfel JuS 74, 2, y Schumann, *Einheitstäter system*), de ahí que también sean autores el inductor y los cómplices. Sin embargo, una semejante inclusión de la autoría extensiva o *ampliada* (inducción y complicidad), prácticamente impuesta por la ley causal, en la autoría *típica*, se opone a la ley, la cual extrae estas "formas especiales de autoría" de todo el complejo de ésta y lo somete en cierta medida a un régimen especial. A ello ha debido someterse también la teoría de la autoría referida a la causa. Los inductores y cómplices siguen siendo autores *en sí*, aunque con los efectos restrictivos ordenados por los § 26 y 27; la inducción funda una "causal de equiparación de pena", en tanto la complicidad lo hace con una "causal de restricción de la pena". De esta manera, la figura central del autor sólo es obtenida por la vía de la síntesis; dado que la antigua redacción del Código Penal alemán no describía al autor, debía considerarse como tal a quien quedara luego de la deducción de la inducción y la complicidad. Así, la persona supuestamente básica del delito aparece desde esta perspectiva como un producto residual: *causante* que *no es partícipe* (profundamente crítico Proyecto 62, fundamento 149). *Hans-HEINRICH JESCHECK/Thomas WEIGEND* (p. 699): **IV. Concepto extensivo de autor y teoría subjetiva de la participación.** 1. Frente al concepto restrictivo de autor se alzó, sobre todo con la aspiración de colmar las lagunas de punibilidad a las que conducía la aplicación consecuente de aquél, el **concepto extensivo de autor**. La base dogmática de esta visión –que hasta cierto punto coincide con el concepto unitario de autor (vid. supra § 61 II 1)– viene determinada por la idea de la equivalencia valorativa de todas las condiciones del resultado (vid. supra § 28 II 1). Según este concepto, autor es aquel que ha cocausado el resultado típico, sin necesidad de que su aportación al hecho deba consistir en una acción típica. Según ello también el inductor y el cómplice serían por sí mismos autores pero la incorporación de disposiciones penales especiales para la participación demuestra que estas formas de colaboración, en el marco del concepto de autor, deben ser tratadas de un modo diverso al de la autoría misma. Con ello, la inducción y

la complicidad aparecen como *causas de restricción de la pena*. Si se considera autor a todo interviniente (en la medida en que no alcance a disfrutar como inductor o como cómplice de una causa de restricción de la pena) que realiza una aportación causal al resultado, resulta evidente tanto la punibilidad del autor mediato, que deja que otro actúe por él, como la del coautor que no emprende por sí mismo la acción típica. De este modo, el concepto extensivo de autor garantiza que no pueda existir ninguna aportación causal al hecho que, al menos por principio, no sea abarcada por el Derecho penal. *Günther JAKOBS* (p. 721): C. El *concepto extensivo de autor* también presenta los defectos del concepto unitario de autor (extensivo quiere decir: Los tipos de la Parte Especial abarcan toda forma de tomar parte; la regulación de la participación en la Parte General constituye una limitación de la responsabilidad). Según aquél, toda causación fundamenta autoría (en algunos tipos, toda causación por determinada vía), que luego, con arreglo a diversos *topoi*, mediante la *limitación* de la pena por el Derecho positivo, cabe reducirla a participación (y por eso no es concepto unitario de autor). Esta teoría se desarrolló para reparar las carencias del antiguo *concepto restrictivo de autor* (restrictivo quiere decir: Los tipos de la Parte Especial comprenden sólo a la autoría; la regulación de la participación en la Parte General representa una extensión de la responsabilidad), ya que el concepto de ejecución del hecho, concebido en principio como ejecución de propia mano, excluía de la responsabilidad por autoría todo el ámbito de la autoría mediata. En lugar de concebir ahora la ejecución del hecho en sentido menos naturalístico y más con arreglo a la responsabilidad por el resultado, se la transformó en esta teoría, de modo más naturalístico aún, en mera causación del resultado. El concepto extensivo de autor sigue siendo aún hoy punto de partida de la teoría subjetiva: En el ámbito objetivo, debido a su carácter causal, todos los que toman parte son autores potenciales; según esta teoría –que no tiene en cuenta lo que ocurre objetivamente, salvo la causalidad– sólo cabe diferenciar con arreglo a lo subjetivo. *Enrique BACIGALUPO ZAPATER*, (pp. 354 y 355): Por lo tanto, no debe sorprender que, partiendo de posiciones escépticas sobre la posibilidad de la diferenciación de la dogmática apoyada en la oposición sobre contenido normativo y estructura de la realidad haya desembocado en el llamado *concepto extensivo de autor* cuya principal función fue justificar la llamada autoría mediata. De acuerdo con éste, tanto desde la perspectiva de la causación del resultado como desde el punto de vista de la lesión del bien jurídico, toda aportación será básicamente equivalente y, por lo tanto, fundamentadora de autoría. Sólo por así imponerlo el derecho positivo (arts. 28, 29, 63 y 65 CP.) se deben reconocer –se afirma– la existencia <<*causas limitadoras de la punibilidad*>>, que permiten reducir la pena de algunos partícipes. Para ello la inducción fue considerada como un <<minus normativo>>, dado que se la amenaza en la ley con la misma pena que la autoría. La función de las teorías de la autoría y la participación en este contexto fue la de establecer qué aportaciones de los partícipes son merecedoras de una atenuación de la pena. *Juan J. BUSTOS RAMÍREZ/ Hernán HORMAZÁBAL MALARÉE* (pp. 282 y 283): 15.2.1. Teorías extensivas. Las teorías extensivas están próximas a un concepto unitario de autor. Para estas teorías, la razón de que la ley establezca una respuesta penal diferente para el cómplice no significa que sea sustancialmente diferente al autor. Sólo son causas de restricción de la pena establecida por razones político-criminales por el legislador. A su ventaja de haber podido comprender la autoría mediata simultáneamente siguió una crítica centrada en el papel que en estas teorías se otorga a la causalidad (Hernández, 1996, 15). *Jacobo LÓPEZ BARJA de QUIROGA* (pp. 21 y 22): 3.1. **Concepto extensivo de autor.** Esta concepción parte igualmente de la teoría de la equivalencia de condiciones y, por tanto, de la premisa de que los aportes de todos los intervinientes tienen igual valor y, consecuentemente, todos son autores, pero, sin embargo, como la ley penal realiza distinciones entre autores y partícipes es preciso asumir tal circunstancia y por ello aceptar la diferenciación. Ahora bien, los preceptos que imponen esta diferenciación para los partícipes funcionan como causas de restricción de la pena, pues, sin dichas previsiones legales serían castigados como autores. La inducción y la complicidad conforme a esta teoría son causas de restricción de la pena, pero, cualquier otra categoría que no tenga prevista legalmente y de forma expresa, un tratamiento específico y atenuatorio, deberá ser considerada (en tanto realice una aportación causal) como autoría. No hay por consiguiente problema alguno con la coautoría ni con el autor mediato: se trata de autoría. Ahora bien, en tanto en cuanto, esta teoría acepta la distinción entre autoría y participación va a establecer como base de la participación la accesoriedad, esto es, como dependencia del hecho de <<otro>> y del autor del mismo. Evidentemente, para esta teoría es muy difícil solucionar de forma convincente los supuestos de la participación en los delitos de propia mano y en los especiales. Como señala Welzel, la teoría extensiva de autor fue un fruto tardío de la doctrina causalista de la acción y hoy día se encuentra abandonada. *Miguel DÍAZ y GARCÍA CONLLEDO* (p. 255): (...) Así, en general, el concepto extensivo de autor afirmaría que es autor todo el que interviene en el proceso causal que acaba con la producción de un hecho típico y que por tanto sólo la existencia de preceptos que describen determinadas formas de intervención (en concreto de inducción y complicidad) hace que las mismas salgan del ámbito de la autoría para entrar en el de la participación. Se trata por tanto de causas de restricción de la punibilidad o de la tipicidad. Esta somera descripción del concepto extensivo pone ya de manifiesto su cercanía al concepto unitario, pues es cierto que, en la mayoría de los autores, ambos conceptos parten de ideas similares. Sin embargo, la diferencia esencial entre ambos sistemas es que, como sabemos, el unitario o bien se propugna sólo de *lege ferenda*, o bien se justifica en ordenamientos jurídicos penales que con bastante claridad lo imponen, es decir que expresamente realizan una interpretación extensiva de los tipos de la parte especial, salvando con

ello las pegas que a tal concepto se le pudieran hacer desde el punto de vista del principio de legalidad formal. El concepto extensivo (no en sentido amplio, que abarcaría al unitario, sino en un sentido más concreto y diferenciado) se caracteriza sin embargo porque casi siempre pretende ser aplicable de *lege lata* y concretamente en sistemas que diferencian entre autoría y participación, suponiendo ésta última la excepción a la autoría general o lo que es lo mismo una causa de restricción de la punibilidad o la tipicidad. Por tanto el concepto extensivo de autor se ve obligado a buscar criterios diferenciadores de la autoría y la participación. Eugenio RAÚL ZAFFARONI/Alejandro ALAGIA/Alejandro SLOKAR (p. 739): 1. Doctrinariamente se han ensayado distintos caminos para conceptuar al *autor*. Un sector sostiene un *concepto extensivo* que abarca a todo el que pone una causa para la producción del resultado. Este concepto de autor se basa en la causalidad: *todo causante es autor*, con lo cual la participación sería sólo una forma de atenuación de la pena y, en caso de no atenuación, genera la tesis del *autor único*. Esta tesis unitaria es la que inspira el código italiano de 1930, considerado en la propia Italia como resultado de una tendencia autoritaria represiva propia de la época. Por un lado, sus partidarios deberían admitir que en ciertos casos no resulta admisible, como por ejemplo en los delitos de propia mano, en los delitos en que no basta la simple causación sino que se requiere que el autor realice la conducta descripta por el verbo típico, como también cuando la forma típica es una autoría mediata, puesto que quien directamente *causa* no es el autor, como en el caso del que *hiciera insertar* del tipo del art. 292. Pero lo que resulta incontrastable es que esta teoría no puede menos que reconocer que no todos los caracteres del autor se encuentran en el tipo, sino que también son completados por las disposiciones sobre participación, porque de lo contrario, no podría ser partícipe el que no tuviese los caracteres del autor. Aunque también debe aceptar que eventualmente los tipos restringen el concepto de autor, o que otras veces las disposiciones de la parte general lo amplían. Además, no parece del todo cierto, o al menos no es del todo evidente, que la participación sea siempre una forma de restringir la punibilidad, pues en los *delicta propria*, la punición del partícipe, en lugar de ser una forma de restringir la punibilidad del autor, es una forma de extenderla. Por último, por no ser *autor* equivalente a *causante*, la extensión del concepto de *autor* hasta abarcar a cualquier *causante* es violatoria del principio de legalidad, incluso por identificar la autoría dolosa con la culposa.

2.1.2.3. Situación en México

2.1.2.3.1. Concepto diferenciador de autor

2.1.2.3.1.1. *Legislación*. En la legislación federal, en relación con este concepto, se pueden distinguir dos etapas: (1) 1871 - 1931; (2) 1931 - 2006.

2.1.2.3.1.1.1. *1871 – 1931*. En los *Cps* de 1871 y de 1929 que son los anteriores al *Cp* de 1931, que es el vigente, se consideró la regulación de un concepto diferenciador de autor de acuerdo con el contenido de sus arts²³⁸. En

²³⁸ [El concepto diferenciador de autor se reguló en el *Cp Veracruz de 1835*. Así] Moisés MORENO HERNÁNDEZ, <<Comentarios en torno a la legislación penal del Estado de Veracruz>>, 1997, XVII y XVIII: En los artículos 101 a 107 el Código Penal de 1835 se ocupa de las diferentes formas de intervención en la comisión de un delito, diferenciando las figuras de los autores del delito, de los cómplices, auxiliares y fautores (receptores o favorecedores), aplicando criterios que realmente resultan interesantes dada la época en que se plantearon. Dentro de la figura del autor, por ejemplo, se comprenden: Los que cometen por sí mismos la acción criminal; los que fuerzan, ordenan, seducen, aconsejan o pagan a otro para que cometa el delito; los que privan a otro de su razón, o se valen del estado de enajenación mental en que otro se encuentra, para que se cometa el delito (art. 102); es decir, comprende tanto lo que es el autor único, como el autor mediato y el instigador, apreciándose claramente que la complicidad es considerada como una figura accesoria de la del autor. Mientras que para el autor principal del delito prevé la pena ordinaria del delito, para el cómplice cuya cooperación no haya sido tan importante, de suerte que aun sin ella se hubiera cometido el delito, se impondrá una pena extraordinaria menor siempre que la ordinaria (art. 104 y 105). Se encuentra igualmente prevista la figura conocida actualmente como el auxilio posterior en virtud de una promesa anterior a la comisión del

el *Cp* de 1871 («Código Penal para el Distrito Federal y Territorio de la Baja-California sobre delitos del fuero común, y para toda la República sobre delitos contra la Federación») conocido, también, como Código de Martínez de Castro por haber sido don *Antonio MARTÍNEZ DE CASTRO* el presidente de la comisión redactora y quien más influencia tuvo en sus contenidos²³⁹, los arts del 48 al 59:

Artículo 48. Tienen responsabilidad criminal:

I. Los autores del delito:

II. Los cómplices:

III. Los encubridores²⁴⁰.

En el art. 49 se dice quiénes son responsables como autores; en el art. 50 quienes responderán a título de cómplices; en los arts. 51, 52 y 53 se establecen reglas relacionadas con el castigo del delito emergente; en el art. 54 se regula el desistimiento del instigador; en los arts. del 55 al 58 se regula la participación de los encubridores, señalándose en el art. 59 la exclusión de la pena en el encubrimiento. El contenido de estos arts.²⁴¹ y lo dicho en la

delito (art. 106, 6º). Y se prevé también los casos de excusas absolutorias para el encubrimiento de parientes, novios, maestros, discípulos, etcétera (art. 108); sin embargo, para los hijos que ayuden a sus padres o las mujeres que ayuden a su marido a la ejecución de un delito, si bien no serán castigados como cómplices, se les impondrá la pena de los auxiliadores y fautores, que es arbitraria, con la única limitante de que no llega al máximo señalado por la ley a los reos principales (art. 109). [*Este concepto diferenciador de autor también se reguló en el Cp Guanajuato de 1871.*] Art. 22. Son responsables criminalmente de los delitos: I. Los autores. II. Los cómplices. III. Los encubridores ó receptadores. [*En los arts. del 23 al 28 se dice cuándo se presenta cada una de estas características.*]

²³⁹ Así Rafael MATUS ESCOBEDO, *La responsabilidad penal de las personas morales (legislación mexicana y doctrina)*, 1956, p. 15: Nuestro primer Código Penal, que estuvo vigente desde 1871 hasta 1929, y que fue redactado bajo la dirección del eximio jurista Antonio Martínez de Castro, no ignoró la debatida cuestión de la responsabilidad penal corporativa. Raúl F. CÁRDENAS, *El Código de Martínez de Castro*, 1979, p. 44: El Código Penal de Martínez de Castro, como se le llama en nuestro medio jurídico, fue, por razón de tiempo, el primero que estudiaron, como señalé, los alumnos fundadores de nuestra Escuela, y los primeros catedráticos encargados de su estudio, lo fueron, el eximio Don Miguel Macedo y Don Demetrio Sodi, el más completo comentador de dicho ordenamiento legal.

²⁴⁰ Tomado de *Leyes penales mexicanas*, 1, 1979, p. 379.

²⁴¹ Así José María LOZANO, *Derecho penal comparado o el código penal del Distrito Federal y territorio de la Baja California*, 1874, pp. 312 y 313: Hé aquí que es importante clasificar á estos diferentes agentes en diversos grupos ó categorías, segun el grado y naturaleza de su participacion, y esto no de una manera especulativa, sino esencialmente practica. Cada persona que ha contribuido á la perpetracion del delito tiene cierto grado de culpabilidad que es importante determinar, porque la pena no puede ser una misma para todos los partícipes, sino que ha de proporcionarse para cada uno de ellos al grado y á la naturaleza de su

exposición de motivos redactada por don *Antonio MARTÍNEZ DE CASTRO*, deciden la configuración de un *concepto diferenciador de autor*²⁴². El texto de la exposición de motivos, dice:

Responsables de los delitos

No admite duda que para castigar á los delincuentes debe atenderse, no sólo á las circunstancias personales de aquéllos y á las del hecho en que consiste el delito, sino también á la participación que en éste hayan tenido; y sería hoy inadmisibile que se impusiera al autor de un delito la misma pena que á sus cómplices y á sus encubridores²⁴³. Estas son las tres únicas clases de delincuentes que se admiten en el proyecto, porque aunque en uno que otro Código se hace una clasificación más numerosa, la comisión ha preferido la mencionada, porque debe procurarse la sencillez en las leyes, cuando de esto no resulta inconveniente²⁴⁴.

En el *Cp* de 1929 («Código Penal para el Distrito y Territorios Federales») conocido, también, como código Almaraz porque don *José ALMARAZ* fungió como presidente de la comisión redactora y sus ideas definieron la orientación del texto²⁴⁵, los arts. del 36 al 44:

participacion. De otro modo la ley sería esencialmente inícuca. Aplicar una misma pena á los diversos partícipes de un hecho criminal, cualquiera que sea su participacion, sería lo mismo que adjudicar el premio en una exposicion artística, á todos los que en diferentes escalas han contribuido á la construccion del objeto premiado, lo mismo al inteligente mecánico que concibió la feliz combinacion de las delicadas partes de un instrumento precioso, que al que suministró el capital empleado; lo mismo al hábil obrero que supo realizar con toda esa actitud el pensamiento de la ciencia, que al que encendió el horno en que se hizo la fundicion. *[Se respetó la ortografía y acentuación del texto].*

²⁴² *[El concepto diferenciador se aceptó por la jurisprudencia al admitir el principio de accesoriadad de los cómplices en relación con el autor:]* CÓMPLICES. Es violatoria de garantías la prisión decretada contra ellos, cuando aquel a quien se reputa autor del delito, por el que se les procesa, ha sido puesto en libertad, por desvanecimiento de datos. Precedentes: Amparo penal, en revisión. Navarrete Salvador y Montellano Salvador. 24 de abril de 1918. Mayoría de siete votos. La publicación no menciona el Ponente. Semanario Judicial de la Federación.- Época 5ª.- Tomo II.- Página 1241. CÓMPLICES.- No son, en el proceso, *más que un elemento accesorio*, dentro de una ficción jurídica, y *deben seguir la suerte que corresponda al autor principal del delito*. Precedentes: Amparo penal, en revisión. Navarrete Salvador y Montellano Salvador. 24 de abril de 1918. Mayoría de siete votos. La publicación no menciona el Ponente. Semanario Judicial de la Federación.- Época 5ª.- Tomo II.- Página 1241.

²⁴³ Artículo 219. Al cómplice de un delito consumado, frustrado ó intentado, ó de conato; se le castigará con la mitad de la pena que se le aplicaria si él fuera autor del delito, atendidas las circunstancias atenuantes y agravantes que en él concurran. Artículo 220. A los encubridores se les impondrá en todo caso, obren ó no por interés, la pena de arresto menor ó mayor, atendiendo á sus circunstancias personales y á la gravedad del delito. *[Se respetó la acentuación del texto].*

²⁴⁴ Tomado de *Leyes penales mexicanas*, 1, 1979, pp. 336 y 337.

²⁴⁵ En este sentido Raúl F. CÁRDENAS, *El Código...*, p. 44 y 45: No obstante la opinión negativa del maestro Sodi y reconociendo que como obra tiene defectos, y muchos de ellos fueron producto de su época, *pues como sostiene el Licenciado Almaraz, autor del código penal de 1929*, en el mismo se copiaron hasta en sus

Artículo 36. Tienen responsabilidad penal:

I. Los autores del delito;

II. Los cómplices, y

III. Los encubridores²⁴⁶.

En el art. 39 se dice quienes son responsables como autores; en el art. 38 quienes responderán a título de cómplices; en los arts 39, 40, 41 se establecen reglas relacionadas con el castigo del delito emergente; en el art. 42 se regula el desistimiento del instigador; en el art. 43 se dice cómo se es encubridor; en el art. 44 se regula la exclusión de la pena para los encubridores. Esta regulación se orientó con el *Cp* de 1871²⁴⁷ La clasificación de los intervinientes y la pena diferenciada para los cómplices y encubridores (arts. 177 y 178) permiten, de inicio, hablar de un *concepto diferenciador de autor*:

Artículo 177. Al cómplice de un delito consumado, o de una tentativa, se le aplicará de un décimo a tres cuartas partes de la sanción que se aplicaría al autor del delito, atendiendo a las circunstancias atenuantes y agravantes que en el cómplice concurran.

Artículo 178. La misma sanción se aplicará a los encubridores, atendiendo a sus circunstancias personales y a la gravedad del delito.

2.1.2.3.1.1.2. 1931 - 2006. En el año de 1931 inició la vigencia del «Código Penal para el Distrito y Territorios Federales en Materia de Fuero Común y para toda la República en Materia de Fuero Federal». A éste se le conoce como *Cp* de 1931. Este *Cp* que es el que sirvió como modelo a la mayoría de

faltas de redacción, preceptos del código penal español de 1870 (se equivocó Almaraz, pues el código que sirvió de modelo al de 71, fue el español de 1848), nuestro código tiene méritos, aciertos y adelantos para su época, que iremos destacando al hacer su crítica. [Sin cursivas en el texto original].

²⁴⁶ Tomado de *Leyes penales mexicanas*, 3, 1979, p. 125.

²⁴⁷ Raúl CARRANCÁ y RIVAS, *La participación delictuosa. Doctrina y ley penal*, 1957, p. 299: Como ya lo vimos, el Código Penal de 1871 procedió enumerando los tipos de autores, de cómplices y de encubridores. El Código Penal de 1929, siguió en todo lo anterior al de 1871 aunque modificando el texto con ligeras variantes.

los *Cps mexicanos*²⁴⁸, la *autoría y participación* se reguló en el art. 13 (texto original):

CAPITULO III

Personas responsables de los delitos

Artículo 13. Son responsables todos los que toman parte en la concepción, preparación o ejecución de un delito, o prestan auxilio o cooperación de cualquier especie, por concierto previo o posterior, o inducen directamente a alguno a cometerlo.

Los jueces podrán aumentar o disminuir la sanción respectiva, dentro de los límites fijados por la ley, según la participación de cada delincuente²⁴⁹.

Este contenido estaría orientado al *concepto diferenciador de autor*, según el decir de los miembros de la comisión redactora del texto original, *Luis GARRIDO* y *José Angel CENICEROS*:

2.- El legislador de 31, consecuente con la tendencia que orientó sus trabajos, en el sentido de no hacer de la ley un manual de derecho, suprimió las listas de autores, cómplices y encubridores, que los códigos anteriores insertaban, concretándose a expresar en una disposición genérica, que todos los grados de coparticipación eran punibles. Eso es lo que dice el artículo 13 que reemplaza a numerosas disposiciones de las leyes anteriores, en las que el Juez encontraba listas cómodas que le permitían graduar la responsabilidad en relación con la participación tenida por el delincuente.

Esto no quiere decir que para el Código vigente ya no existan grados de coparticipación en la empresa delictuosa, sino que toca al Juez precisar ese grado, aunque ya no con el sistema de métrica penal de graduación en la pena, en forma necesariamente proporcional y creciente, según se tratara de encubridores, de cómplices o de autores. Pues como dice Ferri, es preciso dar al Juez la facultad de graduar las penas según la importancia de la participación, porque, por ejemplo, hay casos en que el auxiliar de un crimen es más peligroso que el autor mismo. Sin embargo, el Código de 31 aún sostiene el criterio llamado de común denominador, que consiste en que todos los partícipes de un delito sean penados en nombre del delito común, en cuya ejecución han intervenido, pero con la modalidad nueva de que el Juez individualice la pena, a su arbitrio, atendiendo a las intenciones o

²⁴⁸ Raúl CARRANCA y RIVAS, *La participación...*, p. 274: Promulgado el Código Penal del Distrito y Territorios Federales el 13 de agosto de 1931, para empezar a regir el 17 de septiembre del mismo año, según lo dispone su artículo 1 transitorio, todos los Códigos Penales de los Estados, posteriores a dicho 13 de agosto de 1931, han reproducido por lo general el texto del artículo 13 del Distrito y Territorios Federales.

²⁴⁹ Tomado de *Leyes penales mexicanas* 3, 1979, p. 306.

móviles del sujeto, es decir, según su mayor o menor temibilidad, y no sólo su grado objetivo de participación²⁵⁰.

Esta idea de los autores del *Cp* de 1931 hoy es compartida por *Miguel Angel*

MANCERA ESPINOSA:

En el artículo en comento [*se refiere al art. 13*] el legislador estableció la posibilidad del juzgador de advertir una pena diferente según la participación de cada uno, razón por la que podemos rechazar desde ahora la adopción de un sistema unitario y pensar en la existencia de un sistema diferenciador, aún cuando no señale la atenuación obligatoria para determinadas figuras, ni la equiparación de pena para otras, lo cierto es que descansa –como creemos debe ser– en juzgador [*sic; ¿en el?*] la necesidad de graduar las penas de conformidad con la forma de participación de cada sujeto, lo que advierte la diferencia que se plantea en función de la manera de intervenir²⁵¹.

Sin embargo, este texto no significó un concepto diferenciador de autor sino un concepto unitario de autor, según la opinión de *Alicia Beatriz AZOLLINI BRINCAZ*²⁵², *Salvador ÁVALOS SANDOVAL*, quien señala:

(...) En la parte general del Código Penal de 1931 podemos notar el desconocimiento del principio de presunción de inocencia, ya que validaba el criterio de peligrosidad, y recogía un concepto unitario de autoría y participación, donde igual sanción merecían los autores y partícipes, a pesar de que reconocían la diferencia entre unos y otros.

Se hicieron diversas modificaciones a dicho Código Penal, pero no es sino hasta 1984 cuando se da un giro hacia los principios constitucionales y donde en el tópico específico de la autoría y participación adopta un sistema diferenciador entre autores y partícipes, existiendo desde luego diferente punición para cada uno de ellos, afirmando que la participación siempre es accesoria de la autoría y que dicho tema siempre es un problema de tipo penal.

²⁵⁰ *La ley penal...*, pp. 56 y 57. [*También de esta opinión*] Celestino PORTE PETIT CANDAUDAP, *Programa...*, p. 867: En la participación deben indudablemente graduarse, jerarquizarse, sus diversas formas, es decir, la intervención de los que concurren en el delito; postura de jerarquización que adopta el Código Penal en el artículo 13, sin que se siga el mismo criterio en lo que respecta a la punibilidad.

²⁵¹ <<Autoría y participación en el Nuevo Código Penal para el Distrito Federal>>, en *Comentarios en torno al Nuevo Código Penal para el Distrito Federal*, México, 2003, p. 278. [*Si se compara la opinión de este autor y las características de los conceptos unitarios descritos antes, se verá como no existe en el autor una idea precisa de los conceptos unitarios*].

²⁵² <<La autoría...>>, p. 131: Como excepción, se adecuan a esta teoría [*se refiere al concepto unitario de autor*] los códigos penales de Noruega (1902), Dinamarca (1930), Italia (1930), la Ley de Contravenciones Alemana (1968), y el Código Austríaco (1974). En su redacción original, el Código Mexicano de 1931 también podía incluirse en este grupo.

En dicha reforma se procura deslindar y definir con mayor claridad a los distintos sujetos que intervienen en la realización del tipo, desechándose el concepto unitario de autor cuyas consecuencias no son aceptables, al tratar por igual a las diferentes formas de intervención en el hecho delictivo, existiendo coincidencia en el ámbito procesal en términos de los artículos 168 del Código Federal de Procedimientos Penales y 122 del Código Procesal Penal para el Distrito Federal²⁵³.

El contenido inicial del art. 13 con una orientación hacia el concepto unitario de autor es lo que determina que en diferentes momentos se presenten reformas que permitirán el abandono del concepto unitario de autor por un concepto diferenciador de autor²⁵⁴.

2.1.2.3.1.1.2.1. Decreto de reforma del día 31 de diciembre de 1945, publicado en el Diario Oficial de la Federación el día 9 de marzo de 1946, con vigor a partir del día 12 de marzo de 1946. Con esta reforma el art. 13 quedó con el siguiente texto:

Artículo 13. Son responsables de los delitos:
I.- Los que intervienen en la concepción, preparación o ejecución de ellos.
II.- Los que inducen o compelen a otro a cometerlos.
III.- Los que presten auxilio o cooperación de cualquier especie para su ejecución y
IV.- Los que, en casos previstos por la ley, auxiliien a los delincuentes, una vez que éstos efectuaron su acción delictuosa²⁵⁵.

La reforma fue para: (1) estructurar el art. en fracciones; (2) agregar en la fracción II el supuesto de «compelen» creando otra clase de intervinientes; (3) quitar que el auxilio o cooperación fueran «por concierto previo o posterior»,

²⁵³ «Comentarios sobre autoría y participación en el proyecto del Código Penal para el Distrito Federal», en *Análisis del Nuevo Código Penal para el Distrito Federal*, 2003, p. 71.

²⁵⁴ Carlos A. MADRAZO, *La reforma...*, p. 224: La redacción contenida en el artículo 13, que dificultaba una correcta delimitación de esas distintas formas de intervención, fue objeto de múltiples críticas por la doctrina y de diversos intentos de reforma, hasta llegar a las reformas que entraron en vigor en abril de 1984.

²⁵⁵ Raúl CARRANCÁ y RIVAS, *La participación...*, p. 274: (...) A partir de la reforma de este artículo, el 31 de diciembre de 1945 (Diario Oficial del 9 de marzo de 1946) los Códigos de los Estados posteriores a esta última fecha han reproducido asimismo la reforma salvo excepciones muy contadas. [*En la excepciones señala los Cps de Chiapas, Chihuahua, Michoacán, Veracruz-Llave*].

logrando con ello que también existan durante la ejecución; (4) incluir la fracción IV para los encubridores²⁵⁶. Aun con estos cambios, la naturaleza de la participación siguió con el *concepto unitario de autor*²⁵⁷ al mantenerse la responsabilidad de todos los intervinientes, no hacer distinción entre autores y partícipes, no regular pena diferente para los partícipes y aún con la derogación del último párrafo con el arbitrio del juez para individualizar la sanción para cada partícipe²⁵⁸, seguirá siendo este momento en el que se presentaría la diferenciación entre estos, lo que es la característica del *concepto unitario formal de autor*.

2.1.2.3.1.1.2.2. Decreto de reforma del día 30 de diciembre de 1983, publicado en el Diario Oficial de la Federación el día 13 de enero de 1984, con vigencia a los noventa días después de la fecha de publicación. Mediante esta reforma el texto del art. 13, fue:

- 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;

²⁵⁶ Ignacio VILLALOBOS, *Derecho penal...*, p. 485, cita número 263: La reforma, substancialmente intrascendente, que se publicó en el *Diario Oficial* correspondiente al 9 de marzo de 1946, no hace sino manifestar con mayor claridad esa tendencia a distinguir los autores, los cómplices y los encubridores, separando además una categoría que, por lo menos parcialmente, pudiera considerarse de autores: “los que intervienen en la concepción, preparación o ejecución” de los delitos, de otra (también de autores) compuesta por “los que inducen o compelen a otro a cometerlos”. Esta separación quizás se inspire en el código alemán de 15 de marzo de 1871, que consagraba la doctrina de la accesoriedad y consideraba a los instigadores y a los cómplices como partícipes *en el delito de otro*” (véase MEZGER: t. II, No. 57-I).

²⁵⁷ Carlos A. MADRAZO, *La reforma...*, p. 229: La reforma a que fue sometido el artículo 13 del Código Penal en 1983 y que entró en vigor en abril de 1984, se debe a la defectuosa redacción que dificultaba establecer las diferencias adecuadamente de las distintas formas de intervención en un hecho delictuoso, lo que provocó severas críticas; conforme a ella, *no se sabía quiénes son autores y quiénes partícipes*; el contenido de la fracción I conducía a equívocos, al hablar de la “concepción”, y lo propio sucedía con las fracciones II y III, de las que se había tratado de derivar las figuras de la instigación y de la complicidad correspondientemente. [*Sin cursivas en el texto original*].

²⁵⁸ Miguel Angel MANCERA ESPINOSA, <<Autoría...>>, p. 279: Esta reforma, no obstante que buscó señalar en un sistema de enumeración fraccionada los supuestos de autoría y participación (que fue realmente lo único que hizo) eliminó un párrafo fundamental que obligaba en el propio artículo, a tomar en cuenta la forma de intervención para los efectos de la pena.

- 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 quién de ellos produjo el resultado.

Con esta reforma: (1) se insiste en la estructura de dicho artículo; (2) desaparece la referencia a los que «intervienen en la concepción», la cual es cambiada por la de «los que acuerden»²⁵⁹; (3) se independiza la «ejecución» de la fracción I y se crean las fracciones II, III y IV para regular la autoría directa, la coautoría y la autoría mediata²⁶⁰, respectivamente; (4) en la fracción V se da nueva redacción para la fracción II anterior (instigación); (5) en las fracciones VI y VII se regula la complicidad de la fracción III anterior; (6) en la fracción VIII²⁶¹ se regula la complicidad correspectiva que se regulaba en

²⁵⁹ René GONZÁLEZ DE LA VEGA, *Tratado...*, p. 103: El texto vigente omitió, en reforma posterior, lo relativo a la “concepción”, por las razones aducidas, pero perniciosamente insistió en los “actos preparatorios”, que tienen un contenido verdaderamente perturbador de las reglas en esta materia y, por supuesto, de contextura mucho más endeble o lábil que el “acuerdo para la realización de un delito”, lo que sí implica un principio de ejecución, por la conjunción de voluntades. Sin embargo, nos lleva a imitar extralógicamente las reglas del *conspiracy* anglosajón. Sería mejor atenemos a figuras ya acreditadas en nuestro derecho, como las relativas al delito de conspiración, que resulta de contextura completa, y no fractura del *iter criminis*.

²⁶⁰ Álvaro BÚNSTER BRICEÑO, «El concepto de autor», en *Escritos...*, p. 207: 7. Y llegamos al autor mediato, la tercera y última área conceptual de la noción de autor, que no habíamos mencionado todavía. La reforma de 1984 ha tenido por cierto muy presente al autor mediato, cuyo concepto anida en la fr. IV del artículo 13: el que lleva a cabo el delito sirviéndose de otro. No corresponde desarrollar aquí la historia de esa noción, que hemos ofrecido en otro lugar y los complejos problemas que puede generar. «El autor mediato», en *Escritos...*, p. 183: Hasta aquí esta introducción a la figura del autor mediato, incorporada al Código Penal mexicano (artículo 13, fracción IV) por la reforma de 12 de enero de 1984. Miguel Angel MANCERA ESPINOSA, «Autoría... », p. 280: Ahora, en ésta reforma [*sic*; ¿*esta?*] destaca ya la incursión [*sic*; ¿*inclusión?*] de la autoría mediata en la fracción IV; una mejor redacción para el caso de inducción; y finalmente el supuesto de responsabilidad correspectiva, el que por cierto no ha dejado de sufrir críticas.

²⁶¹ La inclusión de esta fracción originó el texto del art. 64 bis.- 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. [*En este sentido*] Miguel Angel MANCERA ESPINOSA, «Autoría... », p. 281: También en esta reforma, con la finalidad de dar congruencia al planteamiento de la *responsabilidad correspectiva*, se adicionó el artículo 64 bis al Código Penal, a fin de señalar una atenuación obligatoria para dicho supuesto.

los arts. 296, fracción II²⁶² (lesiones) y 309²⁶³ para el delito de homicidio²⁶⁴. Esta nueva estructura y redacción significó un adelanto²⁶⁵ pero sin dejar de lado el *concepto unitario formal de autor* toda vez que se siguió hablando de «responsables del delito» sin distinciones de autores y partícipes y se mantuvo el mismo criterio de punibilidad para todos los intervinientes²⁶⁶.

²⁶² Artículo 296. Cuando las lesiones se infieran por dos o más personas, se observarán las reglas siguientes: I. A cada uno de los responsables se les aplicarán las sanciones que procedan por las lesiones que conste hubieren inferido; y II.- A todos los que hubieren atacado al ofendido con armas a propósito para inferirle las lesiones que recibió, si no constare quién o quienes le infirieron las que presente o cuáles heridas le infirieron, se les aplicará prisión hasta de cuatro años.

²⁶³ Artículo 309. Cuando en la comisión del homicidio intervengan tres o más personas, se observarán las reglas siguientes: I. Si la víctima recibiere una o varias lesiones mortales y constare quién o quiénes las infirieron, se aplicará a éstos o aquél la sanción como homicida; II. Si la víctima recibiere una o varias lesiones, todas mortales y no constare quién o quiénes fueron los responsables, se impondrá a todos, sanción de tres a nueve años de prisión; III. Cuando las lesiones sean unas mortales y otras no y se ignore quiénes infirieron las primeras, pero constare quienes lesionaron, se aplicarán sanción, a todos, de tres a nueve años de prisión, a menos que justifiquen haber inferido las lesiones no mortales, en cuyo caso se impondrá la sanción que corresponda por dichas lesiones, y IV. Cuando las lesiones sólo fueren mortales por su número, y no se pueda determinar quiénes las infirieron, se aplicará sanción de tres a nueve años de prisión a todos los que hubieren atacado al occiso con armas a propósito para inferir las heridas que aquél recibió. [*Este texto fue a partir de 1968. En 1986 se derogó. Así*] Carlos A. MADRAZO, *La reforma...*, p. 242: En la fracción VIII del artículo 13, el legislador introdujo la figura de la complicidad correspondiente o autoría indeterminada, que anteriormente sólo se regulaba para los delitos de homicidio (Art. 309) y de lesiones (Art. 296).

²⁶⁴ René GONZÁLEZ DE LA VEGA, *Tratado...*, p. 107: En virtud de que la fórmula de la complicidad correspondiente ubicada sólo para homicidio y lesiones (artículos 296 y 309 del Código de 1931) fuera severamente criticada se le pasó a formar parte de las formas de autoría, previstas en el artículo 13 del Código de 1931, precisamente como su última fracción, la VIII, en 1984. Esto trajo como consecuencia una severidad generalizada, dado que sin prejuzgar sobre los niveles reales de participación y, por lo tanto, con dificultades evidentes para medir la magnitud de la culpabilidad, escala ésta, además, de la pena, se sancionaron estos hechos con evidente dureza.

²⁶⁵ Carlos A. MADRAZO, *La reforma...*, p. 229: Por supuesto, la nueva regulación encierra mayor claridad que la anterior, pues con ella existe la posibilidad de una mejor interpretación, para distinguir las diferentes formas de autoría y participación. Ahora se tiene precisión respecto de la figura del autor, del coautor y del autor mediato, así como de la del instigador y del cómplice. Para la jurisprudencia esto resulta ventajoso, porque aplicando los criterios adecuados podrá sin dificultad determinar en los casos concretos sobre quién es autor y quién partícipe; lo propio será para la ciencia jurídica penal.

²⁶⁶ Álvaro BÚNSTER BRICEÑO, «Responsabilidad asociada o disociada en el concurso de agentes. La posición de los «modernos», en *Escritos...*, pp. 89 y 90: La regulación del concurso eventual de personas a un hecho punible exhibe en el Código Penal para el Distrito Federal características peculiares. Se contiene en ella, especialmente a raíz de la reforma de 1984, una descripción más o menos minuciosa de diversas formas de intervenir en el hecho, sin que éstas se mencionen expresamente, sin embargo, entre los criterios generales dados al juez por los artículos 51 y 52 para individualizar la pena. A esa distinción conceptual no corresponde, pues, una formal distinción valorativa. No hay en el Código, enseguida, regla expresa alguna tocante específicamente a la accesoriedad, sea ésta cualitativa o cuantitativa, y también falta en él cualquier mención clara a modalidades fácticas de ejecución referidas expresamente a formas participativas, como acontece en otros códigos modernos que no han seguido líneas ortodoxas en el disciplinamiento del concurso. Francisco PAVÓN VASCONCELOS, *Las reformas...*, p. 58: Por último, lamentamos no se hubiese adicionado el texto del Código, para establecer particular regla de punición para los *cómplices* y los propiamente llamados *encubridores* como participantes en el delito, que evidentemente no guardan igual rango a los

2.1.2.3.1.1.2.3. Decreto de reforma del día 23 de diciembre de 1993, publicado en el Diario Oficial de la Federación el día 10 de enero de 1994, con vigencia a partir del día 1 de febrero de 1994. Desde esta fecha el texto del art. 13 es el siguiente:

Artículo 13. Son autores o partícipes del delito:

I.- Los que acuerden o preparen su realización;

II.- Los que lo realicen por sí;

III.- Los que lo realicen conjuntamente;

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

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

VI.- Los que dolosamente presten ayuda o 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 sin acuerdo previo, intervengan con otros en su comisión, cuando no se pueda precisar el resultado que cada quien produjo.

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

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

En el art. 64 bis, se dice:

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

Esta reforma fue más completa que las anteriores: (1) en el texto inicial del art. 13 se dice «autores o partícipes» en vez de «son responsables del delito»²⁶⁷. En el segundo párrafo también se utiliza «autores o partícipes»; (2)

autores y coautores, (...). Carlos A. MADRAZO, *La reforma...*, p. 229: Sin embargo, por lo que hace a la punibilidad, la nueva regulación al igual que la anterior, no establece distinción; la misma que está señalada para el autor es la que corresponde a los partícipes. Sólo se señala una penalidad específica en el artículo para el caso previsto en la fracción VIII del artículo 13.

²⁶⁷ Miguel Ángel MANCERA ESPINOSA, «Autoría...», p. 282: Sin duda alguna se trata de la reforma más técnica del precepto que nos ocupa [*se refiere al art. 13*]; en ella se advierte en principio la modificación del enunciado inicial para dejar claro el sistema diferenciador, señalando expresamente que el tema de que se ocupara [*sic; ¿ocupará?*] el capítulo, será el de “autores y partícipes”, aun cuando después se tenga que

en las fracciones V, VI y VII se cambió la palabra «intencionalmente» por la de «dolosamente», buscando un término más técnico²⁶⁸; (3) en la fracción VIII se agregó la exigencia de «sin acuerdo previo» para diferenciar la complicidad correspondiente de la coautoría; (4) en el segundo párrafo se regula la accesoriedad limitada; (5) en el tercer párrafo del art. 13 relacionado con el art. 64 bis se establece una pena diferenciada, *a priori*, para los cómplices. Con las reformas señaladas en los puntos (1), (4) y (5), se regula de manera más precisa un *concepto diferenciador de autor* al reconocerse que existen *autores y partícipes*, al regularse el *principio de accesoriedad limitada* entre estos, y al señalarse *una pena menor*, desde la ley, para los cómplices, pues éstas son las características *principales* que se reconocen para el *concepto diferenciador de autor*. Por eso, a partir de esta reforma, el Cp Federal deja, de inicio, el *concepto unitario formal de autor* que lo acompañó desde su origen²⁶⁹, porque un concepto diferenciador, en estricto sentido, debe tener

advertir tal separación sólo por el orden descendente en que son descritos, pues en las primeras fracciones se tratan las formas de autoría, y en las últimas, las de participación.

²⁶⁸ Este cambio se hizo para ser congruentes con el contenido de los artículos 8º. y 9º. en los que, los términos *intencionales* e *intencionalmente*, fueron sustituidos por los de *dolosa* y *dolosamente*, respectivamente.

²⁶⁹ Marco Antonio DÍAZ DE LEÓN, *Código penal...*, p. 113: Este artículo 13 en comento, de conformidad a su nueva estructura a partir de la reforma por Decreto de 23 de diciembre de 1993, publicada en el *Diario Oficial* de 10 de enero de 1994, establece una distribución de las diferentes formas en las cuales intervienen los sujetos activos en la comisión de un hecho penalmente relevante, a diferencia de lo establecido en su regulación anterior, que dificultaba esta delimitación entre las formas de autoría y participación. [*De opinión diferente:*] Orlando T. GÓMEZ GONZÁLEZ, *Participación criminal*, 2001, p. 61: El CP Federal hace referencia en su artículo 13 a las personas responsables de los delitos. Como podemos apreciar el legislador no establece una clasificación clara con relación a cuáles de las formas de intervenir en el delito descritas corresponde a la calidad de autor y cuáles a las de partícipe, debido a la carencia o falta de un sistema diferenciador. [*Y en la p. 68 agrega:*] En conclusión: la teoría de la participación en el DP mexicano tiene fuerte vinculación a tesis causalistas. El concepto doctrinal de autor en el CP es de origen unitario, con cierta funcionalidad y con algunas restricciones, quizás por la influencia de las modernas teorías objetivas material y la del dominio del hecho, posición que nos demuestra cierto eclecticismo en la teoría de la autoría y la participación. [*Por lo dicho, este autor desconoce que el «DP mexicano» no está sólo en el Cp Federal y, además, pareciera el comentario lo hizo con textos derogados, lo que le resta validez científica. Lo señalamos para exhibir que no siempre lo extranjero es mejor que lo nuestro.*]

marcos penales diferentes para todos los partícipes y no sólo para la complicidad²⁷⁰.

En el Código Fiscal de la Federación (*Cf* Federación) en el art. 95 se regula lo relacionado con la autoría y participación:

- Artículo 95. Son responsables de los delitos fiscales, quienes:
- I. Concierten la realización del delito.
 - II. Realicen la conducta o el hecho descrito en la Ley.
 - III. Cometan conjuntamente el delito.
 - IV. Se sirvan de otra persona como instrumento para ejecutarlo.
 - V. Induzcan dolosamente a otro a cometerlo.
 - VI. Ayuden dolosamente a otro para su comisión.
 - VII. Auxilien a otro después de su ejecución, cumpliendo una promesa anterior.

Si bien la estructura de este art. es similar a la del art. 13 del Cp Federal lo que permitiría, de inicio, una interpretación de un *concepto diferenciador de autor*, esta idea tiene los inconvenientes: (1) se hace uso de la palabra *responsables*, lo cual significa generalizar; (2) no se habla de *autores y partícipes*; (3) no existe una pena atenuada *a priori* para algunos de los supuestos, como podrían ser los de las fracciones I, V, VI y VII. Con ello, el intérprete, podrá decidirse por un *concepto unitario* o por un *concepto diferenciador* de autor.

En los *Cps* de los estados que iniciaron su vigencia después de 1931 también se presentó esta evolución del *concepto unitario* al *concepto diferenciador de autor*²⁷¹, siendo éste el que mayoritariamente se regula:

²⁷⁰ [De esta opinión] José Manuel GÓMEZ BENITEZ, *Teoría jurídica del delito...*, p. 119: Basta, pues, que se reconozca la imposibilidad de atenuar la pena al inductor para que la esencia del concepto unitario de autor esté parcialmente presente, aunque no se afirme que el inductor sea idéntico al autor desde el punto de vista de la tipicidad.

²⁷¹ [Como ejemplo] *Cp Sinaloa* (1940): Art. 10.- Son responsables todos los que toman parte en la concepción, preparación o ejecución de un delito o prestan auxilio o cooperación de cualquier especie, por concierto previo o posterior, o inducen directamente a alguno a cometerlo, sin perjuicio de que el encubrimiento en los casos del artículo 365 se considere como delito específico.- Los jueces podrán aumentar

Lp Aguascalientes: Art. 127.- Serán considerados partícipes del hecho punible en calidad de inculpado: I.- Los denominados *autores*, cuando realizan el hecho por sí solos, conjuntamente o por medio de otro, del que se sirven como instrumento; II.- Los que inducen directamente a otro u otros a ejecutar el hecho y los que cooperan a su ejecución con una conducta sin la cual no se habría efectuado; III.- Los cómplices que cooperan a la ejecución del hecho con conductas anteriores o posteriores al hecho, previo acuerdo con el autor o autores; y IV.- Los que intervinieren con otros en su comisión, aunque no conste quien de ellos produjo el resultado. Los autores o partícipes a que se refiere el presente artículo, responderán cada uno en la medida de su propia culpabilidad. *Cp Baja California*: Art. 16.- *Autores y Partícipes*.- Son *autores* o partícipes del delito cometido, según el caso: I.- *Autores Directos*.- Los que lo realicen por sí; II.- *Coautores*.- Los que lo realicen conjuntamente; III.- *Autores mediatos*.- Los que lo lleven a cabo sirviéndose de otro como instrumento; IV.- *Instigadores*.- Los que determinen dolosamente a otro a cometerlo; V.- *Cómplice*.- Los que dolosamente presten ayuda o auxilio a otro para su comisión; y VI.- *Auxilio en cumplimiento de promesa anterior*.- Los que con posterioridad a su ejecución auxilien al autor en cumplimiento de una promesa anterior al delito. *Cp Baja California Sur*: Art. 23. Son *autores o partícipes* del delito según el caso: I. El que lo realice por sí; II. El que lo realice conjuntamente; III. El que lo lleve a cabo sirviéndose de otro como instrumento; IV. El que determine dolosamente a otro a cometerlo; V. El que dolosamente preste ayuda o auxilio a otro para su comisión; VI. El que con posterioridad a su ejecución auxilie al autor en cumplimiento de una promesa anterior al delito; y VII. El que intervenga con otros en su comisión, sin que conste quien de ellos produjo el resultado. *Cp Campeche*: Art. 11.- Son *autores o partícipes* del delito: I.- Los que acuerden o preparen su realización; II.- Los que los realicen por sí; III.- Los que los realicen conjuntamente; IV.- Los que los lleven a cabo sirviéndose de otro; V.- Los que determinen dolosamente a otro a cometerlo; VI.- Los que dolosamente y previo acuerdo 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 sin acuerdo previo, intervengan con otros en su comisión, cuando no se pueda precisar el resultado que cada quien produjo. Los *autores o partícipes* a que se refiere el presente artículo responderán cada uno en la medida de su propia culpabilidad. En los casos a que se refieren las fracciones VI, VII y VIII, se impondrá como pena hasta las tres cuartas partes de la correspondiente al delito de que se trate y, en su caso, de acuerdo con la modalidad respectiva. *Cp Coahuila*: Art. 20. FORMAS DE INTERVENCIÓN TÍPICA. Es *autor o partícipe* quien pone una condición por la que se realice el tipo penal de un delito, mediante cualquiera de las formas siguientes: I. *AUTOR O COAUTOR MATERIAL O DIRECTO*. Dolosamente realice por sí o a través de un mecanismo u otro medio ciego, la conducta que describa o implique la figura típica de un delito consumado o en grado de tentativa. Igualmente, de manera culposa, cuando la figura típica admita esta forma. II. *AUTOR MEDIATO*. Dolosamente lo lleve a cabo sirviéndose de otro u otros excluidos de delito. Igualmente, quien sin ser autor o coautor material o directo, realice una acción o la omita violando un deber de cuidado a su cargo, que origina un resultado que le era previsible, causado por otro u otros excluidos de delito. III. *INSTIGADOR O INDUCTOR*. Dolosa o culposamente determine a otro u otros a cometerlo. En el segundo supuesto, sólo si el inductor conoce las condiciones en que se realiza o realizará la conducta culposa que causa el resultado. IV. *COMPLICIDAD POR AUXILIO PREVIO O SIMULTÁNEO*. Dolosamente, por acción u omisión y de manera previa o simultánea, preste auxilio o ayuda a otro para su ejecución. V. *COMPLICIDAD POR AUXILIO SUBSECUENTE*. Dolosamente y con posterioridad al delito auxilie al agente por

o disminuir la sanción respectiva dentro de los límites fijados por la Ley, según la participación de cada delincuente. [*Este texto, que fue el original, se reformó en fecha 11 de diciembre de 1956, quedando de la siguiente manera*] Capítulo III: Personas responsables de los delitos. Art. 10. Son responsables de los delitos: I.- Los que intervienen en la concepción, preparación o ejecución de ellos; II.- Los que inducen o compelen a otro a cometerlos; III.- Los que prestan auxilio o cooperación de cualquier especie para su ejecución, y IV.- Los que, en casos previstos por la ley, auxilien a los delincuentes, una vez que estos efectuaron su acción delictuosa. *Cp Sinaloa* (1986): Título tercero: De las personas responsables de los delitos. Capítulo I: De los autores o participantes. Art. 35.- Son responsables de la comisión de un delito: I.- Los que intervienen en la concepción, preparación o ejecución del mismo; II.- Los que inducen o compelen a otros a cometerlos; III.- Los que cooperen o auxilien en su ejecución, ya sea por conducta anterior o simultánea; y IV.- Los que, por acuerdo previo, auxilien a los delincuentes, después de que éstos realicen los actos u omisiones constitutivos de delitos. [*En este sentido*] Antonio BERCHELMANN ARIZPE, *Derecho penal...*, p. 724: El aporte material causal como factor casi exclusivo de la participación ya se sostuvo en el CPC desde 1983 hasta 1991. El artículo 19 del CPC disponía: “Serán responsables del delito los que pongan una condición para su realización”. El CPC no reguló durante este período ninguna <<forma específica>> de “participación”. Esta postura tiene su antecedente en el Código Penal Italiano de 1930, que recoge un modelo unitario formal de la participación y que, por, ende, apoya un concepto extensivo de autor. Con lo que la postura del CPC de 1983 se distanció de la distinción entre autores, inductores y cómplices. [*CPC significa Código Penal de Coahuila*].

acción u omisión, en cumplimiento de promesa anterior; u ofrezca auxiliarlo sin hacerlo, si aquello fue determinante para que el delito se cometiera. VI. INTERVENCIÓN EN DELITO EMERGENTE O CON IGNORANCIA DE AUTOR. Actualice cualquier supuesto de los artículos 21 y 22 segundo y tercer párrafo. *Cp Chiapas*: Art. 11.- Son *autores* o *participes* 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 obliguen o induzcan dolosamente a otro a cometerlo; VI. Los que dolosamente presten ayuda o auxilio a otro para cometerlo; 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 quién de ellos produjo el resultado. Los *autores* o *participes* a que se refiere el presente artículo, responderán cada uno en la medida de su propia culpabilidad. A los individuos a que se refieren las fracciones VI, VII y VIII, se les aplicará la punibilidad dispuesta por el párrafo segundo del artículo 54 de este código. *Ncp Distrito Federal*: Art. 22. (*Formas de autoría y participación*). Son responsables del delito, quienes: I. Lo realicen por sí; II. Lo realicen conjuntamente con otro 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 antijurídico 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 la punibilidad dispuesta en el artículo 81²⁷² de este Código. *Cp Estado de México*: Artículo 11. La responsabilidad penal se produce bajo las siguientes formas de intervención en el hecho delictuoso: I La *autoría*; y II La *participación*. Son *autores*: a) Los que conciben el hecho delictuoso; b) Los que ordenan su realización; c) Los que lo ejecuten materialmente; d) Los que en conjunto y con dominio del hecho delictuoso intervengan en su realización; y e) Los que se aprovechen de otro que actúa sin determinación propia, conciencia o conocimiento del hecho. Son *participes*: a) Los que instiguen a otros, mediante convencimiento, a intervenir en el hecho delictuoso; b) Los que cooperen en forma previa o simultánea en la realización del hecho delictuoso, sin dominio del mismo; y c) Los que auxilien a quienes han intervenido en el hecho delictuoso, después de su consumación, por acuerdo anterior. *Cp Federal*: Art. 13. Son *autores* o *participes* del delito: I. Los que acuerden o preparen su realización; II. Los que lo realicen por sí; III. Los que lo realicen conjuntamente; IV. Los que lo lleven a cabo sirviéndose de otro; V. Los que determinen dolosamente a otro a cometerlo; VI. Los que dolosamente presten ayuda o 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 sin acuerdo previo, intervengan con otros en su comisión, cuando no se pueda precisar el resultado que cada quien produjo. Los *autores* o *participes* a que se refiere el presente artículo responderán cada uno en la medida de su propia culpabilidad. Para los sujetos a que se refieren las fracciones VI, VII y VIII, se aplicará la punibilidad dispuesta por el artículo 64 bis de este código. *Cp Guanajuato*: Art. 20.- Es *autor* del delito quien lo realiza por sí, por medio de otro que actúa sin incurrir en delito o con varios en común. Es *participes* quien sea instigador o cómplice. la punibilidad aplicable al *autor* podrá agravarse hasta un tercio, cuando realice el delito por medio de un menor de dieciséis años o de una persona incapaz. *Cp Guerrero*: Art. 17.- Son responsables penalmente, los que intervengan en la comisión del delito en carácter de *autor* o de *participes* y pueden tener ese carácter los siguientes: 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 induzcan dolosamente a otro a cometerlo; VI.- Los que dolosamente presten ayuda o auxilio a otro para su comisión; VII.- Los que con posterioridad a su ejecución, auxilien al delincuente, en cumplimiento de una promesa anterior al delito, y VIII.- Los que intervengan con otros en su comisión, aunque no conste quién de ellos produjo el resultado. *Cp Hidalgo*: Art. 16.- Son *autores* o *participes* del delito: I.- Los que lo conciben, acuerden o preparen; II.- Los que lo realicen por sí; III.- Los que lo realicen conjuntamente; IV.- Los que lo lleven a cabo sirviéndose de otro, de un animal o de cualquier otro medio, utilizable como instrumento; V.- Los que determinen dolosamente a otro para cometerlo; VI.- Los que dolosamente presten ayuda o auxilio a otro para su comisión; y VII.- Los que con posterioridad a su ejecución colaboren con el *autor* en cumplimiento de una promesa anterior al delito. Cuando sin previo acuerdo varias personas intervienen en la comisión de un delito y se ignore quién produjo el resultado, se estará a lo previsto en el artículo 107 de este Código. Art. 18. Para los efectos de este Código, sólo pueden ser penalmente responsables las personas físicas. Los *autores* o *participes* responderán cada uno en la medida de su propia culpabilidad. *Cp Morelos*: Art. 18.- Es responsable del delito quien: I.- Lo realiza por sí mismo o conjuntamente con otro *autor*; II.- Lo lleva a cabo sirviéndose de otro, al que utiliza como instrumento para la comisión del delito; III.- Dolosamente determina a otro para cometerlo; IV.- Dolosamente presta ayuda al *autor* para realizarlo; V.-

²⁷² Art. 81 (*punibilidad de la complicidad*). Para los casos a que se refieren las fracciones V y VI del artículo 22 de este Código, la penalidad será de las tres cuartas partes del mínimo y del máximo de las penas o medidas de seguridad previstas para el delito cometido, de acuerdo con la modalidad respectiva.

Con posterioridad a la ejecución del delito auxilia al *autor*, en cumplimiento de una promesa anterior; VI.- Interviene con otros en la comisión del delito, sin acuerdo previo, para realizarlo, y no consta quien de ellos produjo el resultado; y VII.- Los que acuerden y preparen su realización. Los *autores* y los *participes* responderán en la medida de la intervención que hubieren tenido. Por lo que se respecta a los inimputables que hubiesen intervenido en un delito, se aplicarán las medidas previstas en el artículo 57 de este ordenamiento. *Cp Oaxaca*: Art.11. Son *autores* o *participes* del delito: I. Los que acuerden o preparen su realización; II. Los que lo realicen por sí; III. Los que lo realicen conjuntamente; IV. Los que lo lleven a cabo sirviéndose de otro; V. Los que determinen dolosamente a otro a cometerlo; VI. Los que dolosamente presten ayuda o auxilien a otro para su comisión; y VII. Los que con posterioridad a su ejecución, auxilien al delincuente, en cumplimiento a una promesa anterior al delito. *Cp Sinaloa*: Capítulo III: *Autoría y participación*. Art. 18.- Son responsables del delito cometido: I.- Los que acuerden o preparen su realización; II.- Los que los realicen por sí; III.- Los que los realicen conjuntamente; IV.- Los que lo lleven a cabo sirviéndose de otro como instrumento; V.- Los que induzcan dolosamente a otro a cometerlo; VI.- Los que dolosamente presten ayuda o auxilio a otro para su comisión; VII.- Los que por acuerdo previo auxilien al delincuente con posterioridad a la ejecución del delito; y VIII.- Los que intervengan con otros en su comisión, aunque no conste quiénes de ellos produjo el resultado. *Cp Veracruz*: Art. 37.- El *autor* de un delito puede ser material o intelectual. El primero es quien físicamente lo ejecuta; el segundo, quien lo planea, induce o compele a otro a cometerlo. Art. 38.- Son *participes* del delito quienes: I. Presten ayuda, cooperación o auxilio en la ejecución del delito, por conducta anterior o simultánea; II. Por acuerdo previo auxilien a los *autores*, después de que éstos hayan ejecutado el delito; o III. Sin acuerdo previo, intervengan con otros en su comisión, cuando no se pueda precisar el resultado que cada uno produjo. *Cp Yucatán*: Art. 15. Son *autores* o *participes* del delito: I. Los que intervienen en su concepción, preparación o ejecución; II. Los que instigan o compelen a su ejecución; III. Los que dolosamente hagan tomar una resolución a otro para cometerlo; IV. Los que intencionalmente presten ayuda o auxilio para su comisión; V. Los que con posterioridad a su ejecución, auxilien al sujeto activo del delito, por acuerdo previo; VI. Los que sabiendo que se está cometiendo un delito o se va a cometer y, teniendo el deber legal de impedir su ejecución, no lo impiden, y VII. Los que, sin acuerdo previo, intervengan con otros en su comisión, cuando no se pueda precisar el resultado que cada quien produjo. Los jueces podrán aumentar o disminuir la sanción respectiva, dentro de los límites fijados en cada caso por la ley, según la calidad y el grado de participación de cada delincuente. *Código de Justicia Militar*: CAPÍTULO V. AUTORES. *Artículo 109*. Son autores de un delito: I. Los que lo conciben, resuelven cometerlo, lo preparan y ejecutan, ya sea por sí mismos o por medio de otros a quienes compelen o inducen a delinquir, abusando aquéllos de su autoridad o poder, o valiéndose de amagos o amenazas graves, de la fuerza física, de dádivas, de promesas o de culpables maquinaciones o artificios; II. los que son la causa determinante del delito, aunque no lo ejecuten por sí ni hayan preparado la ejecución, y se valgan de otros medios diversos de los enumerados en la fracción anterior para hacer que otros los cometan; III. los que con carteles dirigidos al pueblo, o al ejército, o haciendo circular manuscritos o impresos, o por medio de discursos estimulen a cometer un delito determinado, si éste llega a ejecutarse, aunque sólo se designen genéricamente las víctimas; IV. los que ejecuten materialmente el acto en que el delito queda consumado, exceptuando el caso del artículo siguiente; V. los que ejecutan hechos que son la causa impulsiva del delito, o que se encaminan inmediata y directamente a su ejecución, o que son tan necesarios en los actos de verificarse ésta, que sin ellos no puede consumarse; VI. los que ejecutan hechos que, aunque a primera vista parecen secundarios, son de los más peligrosos, o requieren mayor audacia en el agente, y VII. los que teniendo por su empleo o comisión el deber de impedir o de castigar un delito, se obligan con el delincuente a no estorbarle que lo cometa, o a procurarle la impunidad en el caso de ser acusado. CAPÍTULO VI. CÓMPlices. *Artículo 111*. Son cómplices: I.- Los que ayudan a los autores de un delito en los preparativos de éste, proporcionándoles los instrumentos, armas u otros medios adecuados para cometerlo, o dándoles instrucciones para este fin, o facilitando de cualquier otro modo la preparación o la ejecución, si saben el uso que va a hacerse de las unas o de los otros; II. los que sin valerse de los medios de que habla la fracción I del artículo 109, emplean la persuasión o excitan las pasiones para provocar a otro a cometer un delito, si esa provocación es una de las causas determinantes de éste, pero no la única; III. los que en la ejecución de un delito toman parte de una manera indirecta o accesoria; IV. los que ocultan cosas robadas, dan asilo a delincuentes, les proporcionan la fuga o protegen de cualquier manera la impunidad, si lo hacen en virtud de pacto anterior al delito, y V. los que sin previo acuerdo con el delincuente, pero sabedores de que va a cometer el delito, y debiendo por su empleo o comisión impedirlo, no cumplen con ese deber. CAPÍTULO VII. ENCUBRIDORES. *Artículo 116*. Son encubridores de primera clase, los que sin previo concierto con los delincuentes, los favorecen de alguno de los modos siguientes: I. Auxiliándolos para que se aprovechen de los instrumentos con que se comete el delito o de las cosas que son objeto o efecto de él, o aprovechándose los encubridores de los unos o de las otras; II. Procurando por cualquier medio impedir que se averigüe el delito o que se descubra a los responsables de él, y III. Ocultando a éstos, si tienen costumbre de hacerlo, u obran por retribución dada o prometida. *Artículo 117*. Son encubridores de segunda clase: los que adquieren una cosa robada aunque no se les pruebe que tenían conocimiento de esta circunstancia, si al adquirirla no tomaron las precauciones convenientes para asegurarse de que la persona de quien obtuvieron la cosa, tenía derecho para disponer de ella.

Artículo 118. Son encubridores de tercera clase: los que teniendo por su empleo o comisión el deber de impedir o castigar un delito, favorecen a los delincuentes sin previo acuerdo con ellos, ejecutando alguno de los hechos enumerados en las fracciones I y II del artículo 116 u ocultando a los culpables²⁷³.

2.1.2.3.1.2. Jurisprudencia. El contenido de los siguientes criterios de *jurispr* permiten identificar las ideas de un *concepto diferenciador de autor* porque se reconocen expresamente las características del mismo o el fundamento de alguna de las teorías que se identifican con él.

APORTACIÓN DE RECURSOS ECONÓMICOS PARA LA ADQUISICIÓN DE MARIHUANA, PARA SU ACTUALIZACIÓN SE REQUIERE QUE UN TERCERO REALICE UN DELITO CONTRA LA SALUD, A TRAVÉS DE LA. El hecho de que el quejoso, encontrándose privado de su libertad, entregó una cantidad de dinero a un custodio, a fin de que éste adquiriera marihuana, no configura el tipo penal de aportación de recursos económicos para la adquisición del citado enervante, supuesto que para su actualización se requiere que la aportación sea con la finalidad de facilitar o lograr con el financiamiento, que un tercero realice un delito contra la salud, independientemente de que llegue o no a ejecutarlo, pues lo que se castiga es la intención del activo, y *se distingue de la participación, en que en ésta es necesario que la conducta principal quede al menos en grado de tentativa a efecto de ser sancionada*, por lo que, al mediar únicamente la solicitud de compra del enervante, se está en presencia de una modalidad diferente, pues resulta ilegal determinar que en forma consciente el peticionario del amparo suministró el numerario para que se llevara a cabo, a futuro, diverso delito contra la salud.

SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA PENAL DEL TERCER CIRCUITO.

Amparo directo 228/96. Moisés de la Torre Pérez. 22 de agosto de 1996. Unanimidad de votos. Ponente: Homero Ruiz Velázquez. Secretario: Gustavo Gallegos Arce. Novena Epoca. Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Tomo: IV, Diciembre de 1996. Tesis: III.2o.P.28 P. , p. 365.

AUTORÍA INTELECTUAL, TENTATIVA EN CASO DE. La autoría intelectual debe entenderse como la disposición anímica del *instigador o inductor* en cuanto que resulta eficiente para la producción del delito mediante la participación del coautor que ejercita materialmente el mandato criminal que hace innecesario para su reprochabilidad penal que se agote necesariamente el acto, pues de acuerdo al criterio sustentado por esta Sala, cabe legalmente afirmarse que en las figuras delictivas que admiten calificativas, la tentativa puede ser también calificada por tratarse de un acto de ejecución inacabado.

Amparo directo 3514/72. Encarnación Morán Rochín. 24 de noviembre de 1972. Cinco votos. Ponente: Ernesto Aguilar Alvarez.

AUTORÍA Y PARTICIPACIÓN PREVISTAS EN EL ARTÍCULO 28 DEL CÓDIGO PENAL PARA EL ESTADO DE VERACRUZ. DEBEN QUEDAR PRECISADAS EN EL AUTO DE FORMAL PRISIÓN, SIN QUE OBSTE QUE SE HAYAN ESTABLECIDO AL DICTAR LA ORDEN DE APREHENSIÓN. El auto de formal prisión es violatorio de las garantías individuales del quejoso si al dictarlo se omitió indicar *en cuál o cuáles de las hipótesis que se contienen en las distintas fracciones del artículo 28 del código punitivo local encuadra su conducta antisocial*, ya que tal auto

²⁷³ Este código aun y cuando ya estaba vigente el *Cp* de 1931, en esta materia se orientó con la regulación del *Cp* de 1871. Por eso puede ser calificado con el *concepto diferenciador de autor*.

carece del requisito formal de la debida fundamentación, sin que obste que en la orden de aprehensión quedara precisado en qué se hizo consistir la participación de aquél para llevar al cabo el ilícito que se le atribuye, así como la fracción del citado numeral en que se ubicó su proceder, pues esos requisitos debieron ser plasmados en el auto de formal prisión por tratarse de actos diferentes.

TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA PENAL DEL SÉPTIMO CIRCUITO.

Amparo en revisión 595/97. Loreto Hernández Cobos. 30 de enero de 1998. Unanimidad de votos. Ponente: Gilberto González Bozziere. Secretario: Nicolás Leal Salazar.

CALIFICATIVAS O MODIFICATIVAS EN EL DELITO DE HOMICIDIO. AFECTAN A TODOS LOS PARTICIPANTES. Es regla general de derecho que las circunstancias calificativas o modificativas de la sanción penal, que tengan relación con el hecho sancionado, aprovechan o perjudican a todos los que intervengan en *cualquier grado en la comisión de un delito*. Por lo mismo, no es violatoria de garantías la sentencia que condena al autor intelectual de un homicidio, considerando este delito calificado, si el realizador material de ilícito lo llevó a cabo incurriendo en las calificativas tomadas en cuenta por el juzgador.

Amparo directo 2755/75. Félix Acosta Molina. 29 de septiembre de 1975. Unanimidad de cuatro votos. Ponente: Manuel Rivera Silva.

DELITO EMERGENTE. Para que exista el delito emergente, y la consecuente responsabilidad por parte de *sujetos distintos del autor* (artículo 13 del Código Penal de Aguascalientes), es conditio sine qua non que exista *participación o complicidad* respecto del delito que originalmente se habían propuesto cometer.

Amparo directo 1670/82. Vicente Ramírez Maldonado. 29 de abril de 1983. Unanimidad de cuatro votos. Ponente: Francisco Pavón Vasconcelos. Secretario: Tomás Hernández Franco.

DOLO EVENTUAL EN LA PARTICIPACIÓN DELICTIVA, CONCURRENCIA DEL. La circunstancia de que el quejoso no haya ejecutado materialmente el hecho constitutivo del delito de homicidio imputado, no lo releva de responsabilidad en el mismo, como partícipe, si, según se advierte de autos, había acordado con sus coimputados la realización de los diversos delitos de robo a mano armada, por los que también se le procesó, dado que, resulta evidente la concurrencia, en dicho homicidio, del dolo eventual, el cual se caracteriza por la representación que el sujeto activo del delito concertado tiene con relación a otro diverso, de naturaleza contingente o de posible surgimiento, que no constituye por sí y en forma directa e inmediata, el objeto de su designio delictuoso. Si el inculpado, dado el "modus operandi" del grupo del que formaba parte, estaba en condiciones de prever y previó, como resultado emergente, la causación de un daño a la integridad física de las víctimas, que en un momento dado, pudieran oponerse a la acción ilícita consistente en el apoderamiento violento de sus bienes, que constituía la meta inicial, y por ello, al persistir al igual que sus coacusados a pesar de tal representación, en su propósito de delinquir, empleando la coacción moral ejercida en sus víctimas, a través del uso de las armas, debe responder del resultado antijurídico previsto y aceptado, precisamente en *calidad de partícipe, con el autor material*, a título de dolo eventual. En efecto al no haberse opuesto el quejoso al empleo de las armas, ni haber realizado algo de su parte para impedirlo, tácitamente aceptó el resultado en que consistió el nuevo delito. En consecuencia, no resulta violatoria de garantías la sentencia que lo condena por los diferentes delitos de robo con violencia y homicidio.

Amparo directo 856/79. Manuel González Montaña. 8 de febrero de 1980. Unanimidad de cuatro votos. Ponente: Fernando Castellanos Tena. Secretario: Francisco Nieto González.

Amparo directo 252/79. Salvador Macías Pérez. 8 de febrero de 1980. Unanimidad de cuatro votos. Ponente: Fernando Castellanos Tena. Secretario: Francisco Nieto González.

ENCUBRIMIENTO. QUERRELLA NECESARIA SI EL DELITO PRINCIPAL EXIGE ESE REQUISITO DE PROCEDIBILIDAD. El derecho penal mexicano reconoce *grados de participación, como son el de autoría, complicidad y encubrimiento*. Por lo tanto, si el delito principal es el previsto y sancionado por el artículo 111 de la Ley de Instituciones de Crédito y para su persecución es necesario que se presente querrela en contra del presunto responsable de ese ilícito, tal requisito también es necesario para poder proceder en contra del presunto encubridor, pues no debe perderse de vista, que si la persecución del delito principal requiere querrela de parte ofendida, y el encubrimiento no viene a ser más que un *grado de participación en relación con ese delito, porque lo accesorio debe seguir a lo principal*, es de concluirse que también por el ilícito de encubrimiento en ese tipo de casos, debe presentarse la querrela correspondiente, a fin de cumplir con el requisito de procedibilidad.

TRIBUNAL COLEGIADO DEL DÉCIMO CIRCUITO.

Amparo en revisión 286/92. Enrique Castro Lozano. 13 de septiembre de 1992. Unanimidad de votos. Ponente: Gilberto Pérez Herrera. Secretaria: Mercedes Montealegre López.

ENCUBRIMIENTO. SU ACCESORIEDAD EN RELACIÓN CON LA CONDUCTA PRINCIPAL. Tomando en cuenta que *la figura del encubrimiento, al igual que la de la participación, es de naturaleza accesorio, por vincularse necesariamente con una conducta de carácter principal, al menos típica y antijurídica (accesoriedad cualitativa), y que en el inter criminis llegue, también cuando menos, a la etapa de la tentativa (accesoriedad cuantitativa)*, es indiscutible que ante lo indemostrado de quién ejecutó la conducta típica y antijurídica (infracción dañosa) de apoderamiento, con cuya actividad se relacione el delito de encubrimiento atribuido al inculcado, no puede integrarse este ilícito, pues el acto encubridor se actualiza sólo cuando, en el mundo fenoménico, se da la infracción dañosa encubierta. Ello no implica que necesariamente tenga que determinarse o identificarse al autor del delito encubierto, sino exclusivamente que debe acreditarse que la conducta en torno a la que gira el encubrimiento, tuvo realidad histórica.

Amparo directo 7618/85. Urbano Campos García y otros. 17 de marzo de 1986. Cinco votos. Ponente: Francisco H. Pavón Vasconcelos. Secretario: Tomás Hernández Franco.

FORMA DE PARTICIPACIÓN. SE VIOLAN GARANTÍAS SI SE VARÍA EN SENTENCIA LA FORMULADA EN CONCLUSIONES ACUSATORIAS (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE NAYARIT). El artículo 13 del Código Penal de Nayarit, establece en su parte general las hipótesis en que se puede participar en un delito, que puede ser el tomar parte en la concepción, preparación o ejecución del mismo, o prestar auxilio o cooperación del cualquier especie, por concierto previo o por medio de actos u omisiones. De ello se advierte que la ley punitiva de Nayarit establece que se puede infringir una norma, entre otros casos, bien siendo *actor [sic; ¿autor?], coautor, instigador, cómplice*, etcétera; ahora bien, si el fiscal imputa al quejoso una actuación delictiva en grado de coparticipación, y no obstante ello la responsable lo sanciona estimando que había participación en el delito, en grado de *cómplice*, es claro que con ello varía la forma en que participó el sentenciado, transgrediendo con ello las normas del procedimiento, dejándolo en estado de indefensión, pues la defensa no puede ofrecer razonamientos en contra de dichas conclusiones; transgrediéndose el artículo 21 del Pacto Federal.

PRIMER TRIBUNAL COLEGIADO DEL DÉCIMO SEGUNDO CIRCUITO.

Amparo directo 527/97. José Luis Sánchez Mondragón. 10 de diciembre de 1997. Unanimidad de votos. Ponente: Luis Francisco González Torres. Secretario: Juan Martín Ramírez Ibarra.

FUNDAMENTACIÓN, LA OMISIÓN DEL GRADO DE PARTICIPACIÓN DEL ÚNICO SUJETO ACTIVO DEL DELITO, NO ACTUALIZA LA FALTA DE (ARTÍCULO 28 DEL CÓDIGO PENAL PARA EL ESTADO DE VERACRUZ). Tratándose del artículo 28 del Código Penal para el Estado de Veracruz, que consigna *diversas hipótesis de autoría y participación*, debe tenerse presente que cuando el delito se reproche a un solo sujeto activo, evidentemente se atribuye a éste la calidad de autor material de tal ilícito, por lo que si no se señaló expresamente la fracción correspondiente al invocado precepto, conforme a la cual se actualiza la conducta del quejoso, no por ello debe estimarse que la resolución reclamada en el juicio de garantías carece, por esa única razón, del requisito de fundamentación que exige el artículo 16 constitucional.

SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA PENAL DEL SÉPTIMO CIRCUITO.

Amparo en revisión 301/2000. 6 de septiembre de 2000. Unanimidad de votos. Ponente: Vicente Salazar Vera. Secretario: José Refugio López Garduza.

Amparo en revisión 337/2000. 6 de septiembre de 2000. Unanimidad de votos. Ponente: Alfonso Ortiz Díaz. Secretaria: Olga María Josefina Ojeda Arellano.

ORDEN DE APREHENSIÓN, HIPÓTESIS EN QUE CARECE DE FALTA DE FUNDAMENTACIÓN Y MOTIVACIÓN LA. La orden de aprehensión no cumple con los principios de fundamentación y motivación que todo acto de esa naturaleza debe contener, si únicamente analiza la existencia de los ilícitos que se atribuyen al acusado así como la responsabilidad presuntiva de éste en la comisión de los mismos, pero de ninguna forma razona sobre que los hechos denunciados puedan ser constitutivos de los ilícitos en mención *ni precisa el grado de participación en la conducta desplegada por el sujeto activo* en la comisión de dicho evento, toda vez que es al juzgador a quien corresponde determinar sobre la *autoría o participación del infractor*, asimismo debe invocar las disposiciones legales en que se encuentren previstos y sancionados.

TRIBUNAL COLEGIADO DEL VIGÉSIMO CIRCUITO.

Amparo en revisión 528/90. Enrique Cruz Sandoval. 4 de abril de 1991. Unanimidad de votos. Ponente: Angel Suárez Torres. Secretario: Ramiro Joel Ramírez Sánchez.

Amparo en revisión 481/90. Nicolás Ramírez López. 25 de abril de 1991. Unanimidad de votos. Ponente: Francisco A. Velasco Santiago. Secretario: Arturo Jesús Becerra Martínez.

Amparo en revisión 358/91. Antonio Lara Ramos. 14 de noviembre de 1991. Unanimidad de votos. Ponente: Francisco A. Velasco Santiago. Secretario: José Gabriel Clemente Rodríguez.

Amparo en revisión 398/91. Raúl Monterrosa Orozco. 21 de noviembre de 1991. Unanimidad de votos. Ponente: Angel Suárez Torres. Secretario: Ramiro Joel Ramírez Sánchez.

Amparo en revisión 387/91. Guadalupe Núñez García. 21 de noviembre de 1991. Unanimidad de votos. Ponente: Angel Suárez Torres. Secretario: Ramiro Joel Ramírez Sánchez.

PARTICIPACIÓN DELICTIVA, ESTRUCTURA DE LA. *Para que surja la figura de la participación, que tiene el carácter de accesoria respecto de la autoría*, es necesario que el sujeto, en lo externo, ejecute actos casualmente eficaces de colaboración con el hecho delictuoso consumado o tentado del autor (*accesoriedad cuantitativa de la participación*), es decir, es menester que se aporte la correspondiente cuota de cooperación en el hecho ajeno; y, en lo interno o anímico, debe concurrir el *ánimus socii*, que no es otra cosa que la conciencia y voluntad o propósito de ayudar, colaborar o favorecer la infracción dañosa o conducta típica y antijurídica del sujeto activo principal (*accesoriedad cualitativa de la participación*).

Amparo directo 10364/84. James William Scott. 14 de junio de 1985. 5 votos. Ponente: Francisco Pavón Vasconcelos. Secretario: Tomás Hernández Franco.

PARTICIPACIÓN DELICTUOSA (CALIFICATIVAS). Las circunstancias calificativas o modificativas de la sanción penal, que tienen relación con el hecho u omisión sancionados, aprovechan o perjudican a todos los que intervengan, en cualquier grado, en la comisión de un delito.

Amparo penal directo 834/53. Por acuerdo de la Primera Sala, de fecha 8 de junio de 1953, no se menciona el nombre del promovente. 18 de febrero de 1955. Unanimidad de cuatro votos. Ponente: Teófilo Olea y Leyva.

PARTICIPACIÓN DELICTUOSA. El delito o delitos cometidos por varios copartícipes *constituyen una sola unidad* y todos ellos son responsables y han de ser procesados por tales delitos, y si bien es verdad, que la autoridad responsable debió sancionar al agente material del delito, con la misma pena que a los autores intelectuales, ello no exonera de responsabilidad a estos, de acuerdo con el principio de que la culpabilidad ajena no releva de la propia.

Amparo penal directo 1357/51. Alcántara Clemente y coags. 31 de marzo de 1952. Unanimidad de cuatro votos. Ausente: Fernando de la Fuente. La publicación no menciona el nombre del ponente.

PARTICIPACIÓN DELICTUOSA. En rigor técnico, cualquier grado de participación se constituye sobre la base de un acuerdo previo entre los sujetos que participan en el delito para llevar a cabo su ejecución y consumación, estableciéndose entre ellos no una mera relación material, sino psíquica, que es, precisamente, la que funda la aplicación de las penas. No basta pues, que en el hecho se haya participado en orden puramente causal por cuanto se haya constituido una condición del resultado, sino que es indispensable, además, para hablar con propiedad de codelincuencia, participación o concurso de agentes en el delito, que exista un querer común consciente. Por ello, tradicionalmente se han establecido como grados en la participación delictuosa: a) *la autoría, que puede ser intelectual o material, y b) la complicidad*. La primera incluye a los autores intelectuales (los que inducen o compelen a cometer el delito) y a los materiales (los que realizan materialmente la acción u omisión comisiva descrita en el tipo legal), quedando comprendidos dentro de los intelectuales, los autores mediatos, que realizan el hecho delictuoso por conducto de otro que, por encontrarse en estado de error o ser inimputable, no puede responder del delito y que actúan, en tal virtud, como simples instrumentos. La segunda forma o grado de participación incluye a todos aquellos que de cualquier modo auxilian o cooperen con los autores, tanto en el plano intelectual como material, a la preparación o ejecución del delito. En los dos anteriores grados se ha venido incluyendo, en algunos códigos, el encubrimiento, a pesar de que recibe tratamiento especial como delito autónomo al ser tipificado en el libro segundo del Código Penal, referente a los delitos en particular.

Amparo directo 3659/59. Francisco Moreno Morales. 2 de febrero de 1960. Unanimidad de cuatro votos. Ponente: Juan José González Bustamante.

PARTICIPACIÓN DELICTUOSA. EXCUSA ABSOLUTORIA (LEGISLACIÓN DE HIDALGO). Si los actos del quejoso fueron de partícipe por prestar auxilio en la preparación del ilícito que más tarde se consumó (artículo 10 del Código de Defensa Social) no puede quedar comprendida su situación en la excusa absolutoria, por no exigibilidad de otra conducta, ya que las hipótesis por gratitud, respeto o estrecha amistad con el delincuente principal, descritas por el artículo 180 del Código de Defensa Social, requieren previamente que el agente haya sido acusado y procesado por el delito de encubrimiento específico del numeral 178, lo que no se dio en el caso al estar procesado por el diverso de homicidio; y aún en el supuesto de que el quejoso no haya impedido que se consumara el daño letal, sabiendo de él, ello fue debido a que con antelación y por la dinámica de su actuación, estaba vinculado

con el *autor principal y los materiales*, al haber desplegado actividad encaminada a la ejecución del delito único, mediante actos idóneos que lo prepararon, *o sea un grado de participación accesoria* que elimina el encubrimiento específico y a una de sus consecuencias, o remisión total de pena cuando converge una hipótesis afectiva.

Amparo directo 6840/59. Onésimo García Hernández. 4 de marzo de 1960. Unanimidad de cuatro votos. Ponente: Agustín Mercado Alarcón.

PARTICIPACIÓN DELICTUOSA, EXISTENCIA DE LA. El artículo 13 del Código Penal Federal *amplía la base típica del delito a todas aquellas conductas accesorias a que hace referencia*, extendiendo la tipicidad hasta los últimos límites de la causalidad, al encuadrar dentro de su estructura acciones tales como el acuerdo y preparación del hecho criminoso; este dispositivo legal no exige del partícipe su intervención directa en la fase ejecutiva del evento lesivo, puesto que entonces se daría la figura de la coautoría material, sino únicamente que de manera consciente se realice una de las acciones enunciadas por la norma invocada con objeto de que se actualice el resultado dañoso.

SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO DEL CUARTO CIRCUITO.

Amparo en revisión 130/89. Gabriel Valencia Valencia y coagraviados. 18 de octubre de 1989. Unanimidad de votos. Ponente: Leandro Fernández Castillo. Secretario: Daniel Cabello González.

PARTICIPACIÓN DELICTUOSA. La participación delictuosa, o concurso de agentes en el delito, presupone un acuerdo entre los que participan en la realización de la acción típica, de tal manera que existe ente ellos no sólo el lazo psíquico de una común intención sino además el carácter condicional que en la relación causal se requiere para la producción del resultado. Por eso responden no sólo *los autores (intelectuales y materiales) y coautores en el sentido propio por realizar la acción*, sino además *los cómplices y encubridores (forma ésta de participación también recogida en los códigos mexicanos)*, puesto que la suma de sus actividades, conscientemente dirigidas a un fin, han producido, el resultado, aun cuando los primeros ejecuten la acción fundamental y los segundos la accesoria. Con carácter excepcional los códigos recogen, con referencia a los delitos de lesiones y homicidio, una regla especial de punición para aquellos casos en que se ignore quién o quienes infirieron la lesión, pero su operancia supone la imposibilidad de determinar el previo acuerdo en la actividad delictuosa, ya que de lo contrario operarían las reglas generales de la participación²⁷⁴.

Amparo directo 7122/58. Adrián y José Ibarra Dosal. 19 de octubre de 1959. Unanimidad de cinco votos. Ponente: Luis Chico Goerne. Secretario: Francisco H. Pavón Vasconcelos.

PARTICIPACIÓN DELICTUOSA. En puridad jurídica, es auxiliar el copartícipe cuya intervención resulta (retrospectivamente investigada), imprescindible, de tal forma que suprimida la actividad por él desarrollada sea imposible la representación mental del delito tal como se realizó efectivamente; en otros términos, precisa, para la coautoría en el delito, la concurrencia del agente en los actos ejecutivos del mismo, que no otra cosa es la participación material de que hablan los tratadistas, diversa a la participación moral que sólo "consiste en determinar a otro a la ejecución de un delito o en reforzar su voluntad de

²⁷⁴ En este criterio de *jurispr* la adopción de un *concepto diferenciador de autor* queda sin dudas, al reconocerse sus principales características: (1) clasificación a priori de autores y partícipes (<<por ello responden no sólo los autores (intelectuales y materiales) y coautores en el sentido propio por realizar la acción), sino además los cómplices y encubridores (forma ésta de participación también recogida en los códigos mexicanos>>); (2) la existencia de acciones principales y secundarias y la mención expresa del término <<accesoria>> (<<aún cuando los primeros ejecutan la acción fundamental y los segundos la accesoria>>).

cometerlo". Conforme al criterio clásico, la participación se aprecia objetivamente, o sea, *en relación a la importancia de la aportación causal al hecho por parte del partícipe*, y Carrara considera indispensable distinguir entre *autores principales y cómplices*, *comprendiéndose en estos últimos a todos los delincuentes accesorios*, esto es, a todos aquellos que contribuyen a un delito consumado por otro, participando en él de cualquier suerte, pero en grado suficiente a constituirlos más o menos responsables del hecho criminoso. Por lo contrario, el criterio subjetivo de la escuela positiva aprecia la participación en relación de los partícipes, no por la importancia de su aporte a la producción del delito, sino por el grado de peligrosidad revelado por cada uno de ellos. Independientemente de las diversas teorías acerca del carácter de la participación, ya sea la llamada de unidad o la de la pluralidad o autonomía de la complicidad, como la llaman los alemanes, nuestra legislación, que ha seguido la tendencia positiva, al disminuir el casuismo, involucró, dentro de las prescripciones del artículo 13 de Código Penal, todos los problemas de la participación según que ésta se manifieste antes de la perpetración consumativa del delito o en el momento de la ejecución final. El delito característicamente especial de abstención u omisión, o encubrimiento negativo, como lo llamaría Carrara, por la conexión de responsabilidad entre el culpable y el reticente y cuyo rasgo que lo tipifica es la inobservancia del precepto que impone una acción positiva, en la especie no aparece justificado en la conducta antijurídica del reo, si las constitutivas del delito no operan en el caso, porque ni antes ni inmediatamente después de tener conocimiento que otra persona estaba cometiendo un delito, trató de impedir que se siguiera cometiendo, sino por lo contrario, cooperó a la labor delictuosa por concierto posterior, tácito o expreso con aquél, configurando, con su conducta así realizada, el tipo de coautoría que contempla el artículo 13 del Código Penal; de tal manera que su conducta antijurídica no fue de simple omisión o abstención, de encubrimiento pasivo, sino como la de un participante en el delito, al concurrir en los actos ejecutivos de éste, al contribuir a su consumación y aun a su agotamiento, dado que prestó al *autor material del hecho asistencia, auxilio y cooperación*. Amparo penal directo 5539/45. Aguilera Yáñez Guadalupe. 5 de junio de 1946. Unanimidad de cuatro votos. Ausente: José María Ortiz Tirado. La publicación no menciona el nombre del ponente.

PARTICIPACIÓN DELICTUOSA. *La participación puede ser contemplada como una conducta accesoria que complementa la conducta principal del autor material* y ambos deben estar vinculados, en virtud de la conexión psíquica entre los partícipes y el autor material. Sin esta vinculación no puede existir participación, pues no se daría el "dolo de participantes".

Amparo directo 6962/80. Abraham Lozada Panohaya. 15 de octubre de 1981. 5 votos. Ponente: Francisco Pavón Vasconcelos. Secretario: Julio César Vázquez-Mellado G.

PARTICIPACIÓN DELICTUOSA. La vieja clasificación de autores, coautores, cómplices y encubridores, seguida por muchos códigos modernos, ha sido suprimida por el código del Distrito y Territorios Federales, aplicable en materia federal, *aun cuando en las formas que recoge como participación en el delito la podemos localizar fácilmente, por cuanto a la naturaleza misma de la actividad que constituye la participación*. Así, por ejemplo, quienes "inducen o compelen a otros a cometerlos" tienen el carácter de autores, en el primer caso "intelectuales" y en el segundo "mediatos"; las que prestan auxilio o cooperación de cualquier especie, para la ejecución del delito, son auxiliares o cómplices, mientras que los que intervienen en la concepción, preparación o ejecución de ellos, son evidentemente coautores.

Amparo directo 6551/55. Rafael Vasconcelos Vázquez. 19 de septiembre de 1958. Unanimidad de cuatro votos. Ponente: Rodolfo Chávez S.

PARTICIPACIÓN DELICTUOSA (LEGISLACIÓN DE TABASCO). El artículo 10 del Código Penal de Tabasco consagra en sus cuarto fracciones la teoría de la coparticipación, según sea el grado de intervención de los partícipes, para el efecto de graduar la penalidad que corresponda a cada uno de ellos, *sin que esto signifique que hubiese roto con la antigua clasificación de autores, cómplices y encubridores*, que se mantiene sin el casuismo consignado en las leyes penales que lo antecedieron.

Amparo penal directo 9365/53. Méndez Cerino Fernando. 16 de junio de 1955. Unanimidad de cinco votos. Ponente: Juan José González Bustamante.

PARTICIPACIÓN DELICTUOSA (ROBO). En cuanto al acusado que acompañó al autor material del delito en su carácter de dependiente suyo, por lo que se entiende que sólo obedeció órdenes y que desconocía las circunstancias por las cuales su coacusado se apoderó de las cosas de que se trata, debe decirse que, *si no se comprobó el delito en lo que se refiere a ese coacusado, esta situación tiene que favorecer al mencionado acusado*.

Amparo penal directo 4801/52. Por acuerdo de la Primera Sala, de fecha 8 de junio de 1953, no se menciona el nombre del promovente. 4 de septiembre de 1954. Unanimidad de cuatro votos. Relator: Luis G. Corona.

PARTICIPACIÓN DELICTUOSA. Si dada la estrecha conexión de los actos realizados por el quejoso y su coacusado, son un solo propósito delictivo, *la participación de uno y otro es inseparable*, razón por la cual en anterior ejecutoria de esta Suprema Corte dictada en diverso amparo pedido por dicho coacusado, fueron examinados conjuntamente los actos de ambos, llegándose a la conclusión de que el cuerpo del delito se encuentra demostrado plenamente, esa misma conclusión debe ahora adoptarse en relación con el quejoso, y si los datos en que se apoya la comprobación del cuerpo del delito acreditan al mismo tiempo su responsabilidad probable, debe considerarse que es de negarse la protección federal, contra el auto de formal prisión que reclama.

Amparo penal en revisión 5296/49. Mario Torres Toscano. 30 de junio de 1950. Unanimidad de cuatro votos. Ausente: Luis Chico Goerne. La publicación no menciona el nombre del ponente.

PARTICIPACIÓN DELICTUOSA. Si no hubiera penetrado *al área de la tentativa la acción del coacusado, sino que hubiera permanecido en la esfera de la preparación, el copartícipe no estaría en oposición a la norma penal*, ya que el simple acuerdo criminal no es punido, como tampoco la nuda cogitatio; y tan es así que, cuando la previa valuación social, que precede a la formación jurídica, estima que el concierto delictuoso debe punirse, lo hace creando una figura, ya sea con los caracteres de la instantánea o habitual, como en las hipótesis de las fracciones III, IV, segundo apartado, y V del artículo 123; el típico caso del acuerdo criminal previsto por la fracción I del diverso 125 y en la fracción III del mismo precepto; en el artículo 126 -para la primera forma- y en el 164 del Código Penal Federal como los anteriores, para la segunda modalidad. Pues lo que la tradición ha distinguido -preparación, ejecución- el artículo 121 no lo ha olvidado, ya que es distinta la voluntad de contraria la norma, la que se pone en actividad para estar en condiciones de violar el precepto penal, de aquella voluntad que pasa del plano de los presupuestos psíquicos y físicos al de la voluntad que activamente empieza a lesionar, a revelarse al derecho. Una es la voluntad que inicia el ataque al bien jurídico, y otra la que pone las condiciones para poder atacar ese bien, en consecuencia, la ejecución frustránea o consumación, del copartícipe coautor, es la base de la incriminación.

Amparo penal directo 281/49. Parra Bustamante Ramón. 3 de julio de 1950. Unanimidad de cuatro votos. Ausente: Luis Chico Goerne. La publicación no menciona el nombre del ponente.

PARTICIPACIÓN. El reformado artículo 13 del código punitivo, *sigue conservando el sistema de la unidad en el delito en que caben todos los grados de la coparticipación*, permitiendo al juzgador lograr una buena individualización de la pena, no obstante que se dividió en fracciones el contenido del precepto, por lo que si un agente lleva a su socio a la fabrica donde trabaja, ocultándolo en su automóvil y distraendo al velador para que el otro realice un robo y después lo saca del lugar, indudablemente que con tal conducta se ubicó dentro de la coparticipación delictiva prevista en la norma citada.

Amparo 1092/56. Manuel Ruiz Mestas. 15 de junio de 1956. Unanimidad de cuatro votos. Ponente: Agustín Mercado Alarcón.

PARTICIPACIÓN, NOCIÓN DE LA. A fin de que la participación deba tenerse en cuenta, hay que partir de la noción de *autor material, que es quien realiza la parte principal o sea la conducta básica y fundamental que "colma" el tipo penal, y a partir de dicho concepto surgen las demás conductas cooperantes, ligadas íntimamente a la conducta fundamental*. Ahora bien, para que las conductas cooperantes tengan trascendencia a la luz del Código Penal, deben de estar vinculadas de tal manera que, sin su existencia, no se hubiese producido el resultado final, comisión del ilícito, lo que significa que tales conductas deben guardar con el resultado típico una relación de causa a efecto, necesaria para que el delito tenga realidad jurídica. Además, *la participación puede ser contemplada como una conducta necesaria que complementa la conducta principal del autor material* y ambas conductas deben estar vinculadas, en virtud de la conexión psíquica entre los partícipes y el autor material; sin esta vinculación no puede existir participación, pues no se daría el "dolo de participantes".

Amparo directo 51/81. Ambrosio Castillo Atenco. 15 de octubre de 1981. Cinco votos. Ponente: Francisco H. Pavón Vasconcelos.

Amparo directo 6962/80. Abraham Lozada Panohaya. 15 de octubre de 1981. Cinco votos. Ponente: Francisco H. Pavón Vasconcelos. Secretario: Julio César Vázquez Mellado G.

SALUD, DELITO CONTRA LA. APORTACIÓN DE MEDIOS ECONÓMICOS PARA LA EJECUCIÓN DE OTRO ILÍCITO CONTRA LA SALUD. NO REQUIERE LA CONSUMACIÓN DEL DELITO FAVORECIDO. El delito de aportación de recursos económicos, previsto por el artículo 197, fracción III, del Código Penal Federal al contrario de lo que ocurre en la participación, *en la cual es menester que la conducta principal quede al menos en grado de tentativa*, no necesita para su perfeccionamiento de la consumación del ilícito con el cual se colabora, pues basta que en el momento de la conducta típica de aportación esté presente, en la mente del sujeto activo, la finalidad de que sea ejecutado el distinto delito favorecido, con total independencia de que este último quede en simples actos preparatorios, en tentativa, en consumación o llegue a su agotamiento, en razón de tratarse de un delito de los denominados, por la ciencia penal tedesca, de "tendencia interna trascendente".

Amparo directo 1392/82. Valente Minez Zepeda. 25 de agosto de 1982. Unanimidad de cuatro votos. Ponente: Francisco Pavón Vasconcelos. Secretario: Tomás Hernández Franco.

TENTATIVA, DELITO EN GRADO DE. El Código Penal vigente en el Distrito Federal, no define la tentativa, sino que señala, en su artículo 12, cuándo es punible, lo cual quiere decir que hay casos en que no lo es. La punibilidad de la tentativa nace "cuando se ejecutan hechos encaminados directa o inmediatamente a la realización de un delito, si éste no se consuma por causas ajenas a la voluntad del agente". La tentativa surge cuando la ejecución del delito se materializa, y ya iniciada la actividad criminal, viene una circunstancia fortuita a frustrar la voluntad del agente; cuando éste desiste espontáneamente de su propósito, se está en presencia de la tentativa no punible, impunidad que se funda en razones de política

criminal, en cuanto conviene a los fines de ésta, estimular los desistimientos. El código de 1931, ha condicionado los actos de ejecución, elemento típico de la tentativa, a dos circunstancias una, de causalidad, otra, en razón de tiempo: por la primera se requiere que los actos ejecutivos se encaminen directamente a la realización del delito proyectado o sea, que por su naturaleza se le vinculen íntimamente; dentro de esta técnica, no pueden reputarse como actos de ejecución, aquellos que por su ambigüedad no se pueden determinar en relación precisa con el delito que se va a cometer, o que por su naturaleza constituyen actos preparatorios. La segunda circunstancia demanda una concordancia, una contemporaneidad entre los actos de ejecución y hecho mismo, en tal forma, que aquéllos sean precisamente inmediatos a éste; requisito que descarta, notoriamente, una posible confusión entre actos preparatorios y actos ejecutivos, pues los primeros demandan forzosamente un transcurso de tiempo, que los segundos no requieren. *La instigación al delito no es sancionable dentro de nuestro sistema punitivo, en tanto que no se traduzca en la ejecución material del delito, en cualquiera de sus grados. En este último caso, puede surgir la incriminación correspondiente, conforme a las prevenciones del artículo 13 del Código Penal; pero cuando no se lesiona bien jurídico alguno, la instigación, estéril en sus resultados, no es sancionable, y por esta consideración es imposible hablar de autoría intelectual en un delito que no se exterioriza materialmente.* Ahora bien, si existen indicios suficientes que permiten suponer que el acusado fungió de intermediario entre una persona y las comisionadas para ejecutar materialmente un homicidio, estos actos de mediación e inducción al delito, no son, jurídicamente hablando, los que, por su índole personal, no pueden delegarse en tercero; cuando, esto ocurre, el autor intelectual no ejecuta hechos materiales, induce a otros a cometerlos, asumiendo la responsabilidad inherente a los hechos resultantes de su instigación al delito²⁷⁵.

Amparo penal en revisión 915/38. Rodríguez Azamar Manuel. 27 de octubre de 1938. Mayoría de tres votos. Disidentes: Rodolfo Chávez y Rodolfo Asiáin. La publicación no menciona el nombre del ponente.

TRAICIÓN, COMUNICABILIDAD DE LA CALIFICATIVA DE, A TODOS LOS PARTÍCIPES. En los términos del artículo 50 del Código Penal del Estado de Guerrero, que prevé que "Las circunstancias calificativas o modificativas del delito, aprovechan o perjudican a todos los que intervengan en cualquier grado en la comisión del mismo", sí, tratándose de un homicidio en que uno de los partícipes es el cónyuge de la víctima, aparece que por violar la fe o seguridad que ella tenía para aquél, se actualiza la calificativa de traición, ésta resulta entonces comunicable a los restantes partícipes en el ilícito.

Amparo directo 6318/85. Julio César Arizmendi Hollman. 3 de febrero de 1986. Cinco votos. Ponente: Luis Fernández Doblado.

2.1.2.3.1.3. Doctrina jurídico penal. En la mayoría de los autores mexicanos, por lo general la referencia expresa al *concepto diferenciador* no se encuentra. Esta situación se debe, creemos, de inicio, al no reconocimiento de la influencia del *concepto unitario de autor* en la legislación penal mexicana.

²⁷⁵ En este criterio si bien no se señala expresamente al principio de accesoriedad, él es el que está en el fundamento cuando se dice que la instigación sólo se sanciona cuando existe una acción de autoría, la cual se requiere para que ella exista, por no tener vida autónoma e independiente.

En la *doc jur pen mexicana* algunos autores se refieren al *concepto diferenciador de autor*; entre otros: *Moisés MORENO HERNÁNDEZ* (1994, p. 284): (...) Más aceptación tiene la concepción "diferenciadora" de autor, conforme a la cual, tanto en la ley como en la jurisprudencia y en la doctrina, deben hacerse las distinciones de todas aquellas personas que intervienen en la realización del hecho, tomando en consideración la forma y el alcance de su intervención, algunos siguiendo una dirección puramente objetiva, otros una puramente subjetiva y otros que abarcan ambos aspectos. De acuerdo con esto, se distinguirán los que realmente son autores de los que sólo son partícipes. En los criterios diferenciadores, a su vez, se encontrará un concepto amplio o extensivo de autor y un concepto restringido; el primero es más propio de los criterios extremos (objetivos o subjetivos). *Carlos A. MADRAZO* (p. 222): Debe señalarse, además, que en los criterios diferenciadores se ha manejado un concepto amplio o extensivo de autor y un concepto restringido, siendo el primero más propio de los criterios extremos. En términos generales, como se verá, las distintas tesis según su enfoque, hacen que el concepto de autor del hecho criminal sea o bien un concepto restrictivo o uno que se extienda a otros participantes de la acción. La autoría se encuentra relacionada estrechamente con el tipo definitorio del delito; [*y en las pp. 232 y 233 agrega*]: Junto a la concepción unitaria aparece la concepción "diferenciadora" de autor, que plantea la necesidad de distinguir a las personas que intervienen en la realización del hecho, tomando en consideración la forma y el alcance de su intervención, algunos siguiendo una dirección puramente objetiva, otros una puramente subjetiva y otros una ecléctica. [*Otros autores hacen referencia al concepto diferenciador de autor cuando, por la influencia de la doctrina italiana*²⁷⁶, *escriben sobre la naturaleza de la participación, pero sin utilizar la denominación; entre otros*]: *Fernando ARILLA BAS* (pp. 311 y 312): A) Para la teoría monista, denominada también teoría del común denominador, el delito es único y los delincuentes plurales, es decir, hay un denominador común, el delito, y tantos numeradores como delincuentes, de suerte que la teoría reputa codelincuentes a quienes, con el aporte de su conducta, han contribuido a la producción del resultado o, sin producirlo, han realizado actos idóneos para lograrlo. La doctrina monista presenta dos variantes. La primera diferencia, las conductas principales (propias de los autores, que divide en autores materiales y autores intelectuales) y las de los partícipes, sancionando a los primeros, por considerarlos causa eficiente del delito, con pena más grave que a los segundos. La segunda equipara totalmente autores y partícipes, haciendo a éstos plenamente responsables del delito de aquéllos. (...) La teoría monista valora la realidad social con más exactitud que la pluralista. Resulta, en efecto innegable que el significado jurídico de la conducta de cada uno de los codelincuentes no deriva de su comportamiento individual, sino del conjunto. Es cierto que la doctrina monista tomada en sentido excesivamente rigorista lleva a borrar las diferencias entre delincuentes principales y accesorios, pero no lo es menos que la punibilidad de las conductas no determina, aún dentro de la teoría de la causalidad, por el sólo hecho de haber coadyuvado a producir una obra común. La comunidad de acción no es, en modo alguno, coeficiente único para determinar la punibilidad, pues la culpabilidad se individualiza. *Ignacio VILLALOBOS* (p. 478): A) *Teoría de la accesoriedad*.- Dando por supuesta la unidad del delito y exagerando la dependencia de los auxilios prestados por los partícipes a quien ejecutó los actos constitutivos directamente del tipo penal, se creyó encontrar en este "autor principal" el núcleo de unificación de todas las actividades convergentes, las cuales se tuvieron como *accesorias*, pues se pensó que sólo así se podría explicar el hecho de que muchos actos, ejecutados por distintos sujetos, con indiscutible antijuricidad y la conciencia y voluntad que hacía responsables a sus autores, no se tuvieran como otros tantos delitos completos. Y tan fuerte llegó a ser la convicción de este carácter accesorio de la responsabilidad de los partícipes, respecto a la del agente principal, que aún el efecto eximente de algunas causas de inimputabilidad, por parte del verdadero delincuente o autor material del delito, se comunicaban y beneficiaban a quienes habían auxiliado a éste, pues tales conductas "accesorias" se tenía por cierto que debían seguir la naturaleza de la principal y, no siendo ésta delictuosa ni punible, no lo eran tampoco las de todos los demás, [*sic; ¿demás?*]²⁷⁷. *Francisco PAVÓN VASCONCELOS* (1987, p. 58): No obstante a nuestro juicio, la adición de la fracción VIII [*Se refiere al art. 13 Cp Federal*] obedece, claro es, a la idea de que la *incertidumbre del autor* se da tanto en los casos claros de *participación delictuosa*, como en *otros* en que la misma no puede invocarse, considerándose que el delito no podría sancionarse si no tiene expresa regulación en la ley, aceptándose por ello rígidamente el concepto de la *participación accesoría*, lo cual parece tener confirmación en la propia regla punitiva

²⁷⁶ Francesco ANTOLISEI, *Manual...*, p. 390: Según una teoría que surgió en Alemania y que durante mucho tiempo dominó también en nuestra doctrina como piedra angular del instituto de que venimos tratando, es el *principio de la naturaleza accesoría* de la participación. Para esta teoría, en el delito debido al concurso de individuos hay siempre una *acción principal*, de la cual se distinguen las *acciones secundarias*, que son las ejecutadas por los que instigan o ayudan a cometer el delito. Solo [*sic; ¿sólo?*] quien realiza la acción principal es *autor del delito*; los demás concurrentes son meros partícipes (o "participantes").

²⁷⁷ El *sic* se refiere a la coma, pues en el texto el párrafo no termina con un punto.

consignada en el artículo 64 bis²⁷⁸, pues la aplicación de la pena considera "la modalidad respectiva del delito" como un factor para su individualización; (1994, pp. 530 y 531): gran aceptación tuvo en el pasado la teoría de la accesoriedad, tal como fue formulada en un principio. Partiendo de la concepción *monista* o unitaria, que sólo admite el problema de la participación como un delito único, *pretende encontrar al autor en quien ejecuta los actos descritos en el tipo penal*; los demás actos, ejecutados por distintos sujetos, están en relación *accesoria* con aquél (autor principal), pero quedan unidos a él en virtud del *querer común, del propósito idéntico*. (...) Tal como ha quedado expuesta, la tesis de la *accesoriedad* parece ser la correcta, pues basándose en la necesaria *relación subjetiva* de los actos realizados y partiendo de la concepción *unitaria* de la participación, pretenda resolver la cuestión de identificar al autor a través de la *actividad principal* –extraída de la descrita en el tipo–, estableciendo la obligada jerarquía entre aquél y los partícipes, por cuanto éstos se encuentran en *dependencia accesoria* de carácter material, aun cuando en *concordancia psíquica con él*. No obstante, se han puesto de relieve por sus opositores las consecuencias inadmisibles de su aplicación integral, por originar impunidad de las conductas *accesorias* en aquellos casos en que la acción principal, y por ello el autor, debe quedar sin pena. *Luis FERNÁNDEZ DOBLADO* (p. 312): III.- En lo concerniente a la naturaleza y estructura jurídica del concurso personal, se han formulado dos importantes teorías: la teoría unitaria o monística y la pluralística. En la primera y dentro de su inicial formulación, se consideró que la actividad de cada concurrente era como la parte de un todo. El delito resultante de esa plural intervención es único e indivisible para todos los sujetos, es una obra en común y lo es en un plano accesorio de la actividad principal realizada por el autor, quien consuma materialmente el delito²⁷⁹. *Roberto REYNOSO DÁVILA* (p. 317): a) La doctrina tradicional. Considera en la codelincuencia un delito único, con tantas responsabilidades como partícipes. Es la unidad de delito con pluralidad de agentes. Hay un denominador común, el delito, con tantos numeradores como delincuentes. Esta teoría llamada de la unidad considera que la concurrencia de varias personas a la comisión de un hecho delictuoso, no le quita a éste su condición de hecho único, es decir, que las distintas acciones a cargo de cada uno de los partícipes no constituyen otros tantos delitos. *Eduardo LÓPEZ BETANCOURT* (1995, p. 187): La doctrina en materia penal, se ha preocupado por distinguir cada una de estas figuras, porque cada una, reuniendo ciertas características, es susceptible de punibilidad. Se ha interesado por su naturaleza jurídica y ha explicado cada una de ellas, sobre todo porque algunas guardan cierta similitud, como es el caso de la coautoría y la complicidad o de la autoría mediata y la instigación, por lo que es importante fijar sus limitaciones; y en otras hay que señalar su carácter accesorio como es el caso de la instigación y la complicidad. Algunos autores han optado por la importancia de la delimitación y definición de la autoría y participación, afirmando que son figuras distintas y han buscado criterios para explicarla; otros han optado por la posición de negar esta distinción, en virtud de considerar a todos los que concurren a cometer un hecho delictivo como autores. Nosotros consideramos que sí es importante explicar y delimitar cada una de estas figuras que integran la autoría y participación, pues es necesario distinguir los grados de intervención, para poder determinar la pena para cada uno de ellos, de acuerdo a su intervención.

2.1.2.3.2. Concepto restrictivo de autor

2.1.2.3.2.1. *Legislación.* Si el concepto restrictivo de autor se identifica más con un método de interpretación de los tipos penales, entonces, cualesquiera *Cp* puede ser orientado a dicho concepto, satisfaciéndose dos requisitos: (1) decidir que el tipo penal es aplicable sólo al autor; (2) regulación de las formas

²⁷⁸ Este art. en el tiempo de la reforma (1984) y en el del trabajo (1987), decía: Artículo 64 bis. 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 las modalidades respectiva, en su caso.

²⁷⁹ Esta teoría <<unitaria o monística>> la confunde el autor en el párrafo siguiente con el concepto unitario de autor, cuando dice (p. 312): en un plano verdadero y realmente unitario se formula con posterioridad una nueva tesis monística, fundando el problema de la coautoría en la doctrina de la causalidad material. Von Buri es quien aplica su teoría de la equivalencia de las condiciones al problema de la coparticipación, estimándose que si todas las condiciones concurrentes a la producción de un resultado se equivalen, toda persona que con su actividad concurra a condicionar un resultado delictivo es causa de él en su totalidad. Se rechaza dentro de esta teoría la distinción entre delincuente accesorio y delincuente principal, pues el delito en cuanto producto común es propio de todos sus coautores.

de participación (instigación – complicidad) en la parte general, considerándolos como una forma de extender la aplicación del tipo penal y de la punibilidad del mismo.

La aceptación de una interpretación restrictiva del tipo penal de manera expresa y en esos términos no se encuentra en los *Cps*, por lo que, puede servir de apoyo lo que se diga en relación con los supuestos de autoría individual. Veamos los *Cps* Federal (art. 13), Distrito Federal (art. 22), Guanajuato (art. 20), Sinaloa (art. 18):

Artículo 13. Son autores o partícipes del delito: I. Los que (...); II. Los que *lo realicen por sí*; (...). Art. 22 (Formas de autoría y participación). Son responsables del delito, quienes: I. *Lo realicen por sí*; (...). Artículo 20.- Es autor del delito quien *lo realiza por sí*, (...). Artículo 18. Son responsables del delito cometido: I. Los que (...); II. Los que *lo realicen por sí*, (...).

Así como estos *Cps*, en todos los demás en los que se utilice la expresión «realicen por sí» o similar, pero que den idea de la realización de propia mano o directa del tipo penal debe aceptarse que «el autor» señalado es sólo para el autor individual; siendo entonces un *concepto restrictivo de autor* el que se está dando.

La regulación de las formas de participación puede reconocerse: (1) la utilización de la denominación «autores o partícipes» o «autoría y participación»; (2) el reconocimiento expreso de las formas de participación (instigación – complicidad).

En el supuesto (1), por ejemplo: *Cp* Federal («Son autores o partícipes del delito»); *Cp* Sinaloa («autoría y participación»); *Cp Baja California* («autoría y participación»; «autores y partícipes.- Son autores o partícipes del delito cometido, según el caso»); *Cp Baja California Sur* («autoría y participación»; «son autores o partícipes del delito según el caso»); *Cp Campeche* («son autores o partícipes del delito»); *Cp Colima* («autoría y participación»); *Cp Chiapas* («son autores o partícipes del delito»); *Cp Chihuahua* («autoría y participación»); *Cp Distrito Federal* («autoría y participación»; «formas de autoría y participación»); *Cp Estado de México* («La responsabilidad penal se produce bajo las siguientes formas de intervención en el hecho delictuoso: I La autoría; y II La participación. Son autores: (...) Son partícipes (...)). *Cp Guerrero* («son responsables penalmente, los que intervengan en la comisión del delito en

carácter de autor o de partícipe y pueden tener ese carácter los siguientes>>); *Cp Hidalgo* (<<autoría y participación>>; <<son autores o partícipes del delito>>); *Cp Morelos* (<<Los autores y los partícipes responderán en la medida de la intervención que hubieren tenido>>); *Cp Oaxaca* (<<de la autoría y participación>>; <<son autores o partícipes del delito>>); *Cp Quintana Roo* (<<autoría y participación>>); *Cp Tamaulipas* (<<autores o partícipes>>); *Cp Veracruz* (<<Autores. Partícipes. Pandilleros y asociación delictuosa >>); *Cp Yucatán* (<<son autores o partícipes del delito>>). En el supuesto (2), *Cp Guanajuato* (art. 20.- Es autor (...). Es partícipe quien sea instigador o cómplice); *Lp Aguascalientes* (Art. 127. Serán considerados inculpados del hecho punible: I. Los denominados autores (...); II. Los denominados partícipes (...); III. Los denominados cómplices (...). Los autores, partícipes o cómplices a que se refiere el presente artículo, responderán cada uno en la medida de su propia culpabilidad); *Cp Coahuila* (Art. 20. Formas de intervención típica. Es autor o partícipe (...): I. Autor o coautor material o directo. II. Autor mediato. III. Instigador o inductor. IV. Complicidad por acuerdo previo o simultáneo. V. Complicidad por auxilio subsecuente);

2.1.2.3.2.2. *Jurisprudencia.* Un reconocimiento al *concepto restrictivo de autor* puede verse en este criterio de *jurispr*:

PARTICIPACIÓN DELICTUOSA, EXISTENCIA DE LA. El artículo 13 del Código Penal Federal *amplía la base típica del delito a todas aquellas conductas accesorias a que hace referencia, extendiendo la tipicidad hasta los últimos límites de la causalidad*, al encuadrar dentro de su estructura acciones tales como el acuerdo y preparación del hecho criminoso; este dispositivo legal no exige del partícipe su intervención directa en la fase ejecutiva del evento lesivo, puesto que entonces se daría la figura de la coautoría material, sino únicamente que de manera consciente se realice una de las acciones enunciadas por la norma invocada con objeto de que se actualice el resultado dañoso.

SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO DEL CUARTO CIRCUITO.

Amparo en revisión 130/89. Gabriel Valencia Valencia y coagraviados. 18 de octubre de 1989. Unanimidad de votos. Ponente: Leandro Fernández Castillo. Secretario: Daniel Cabello González. Octava Epoca. Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Fuente: Semanario Judicial de la Federación. Tomo: IV Segunda Parte-1, p. 352.

2.1.2.3.2.3. *Doctrina jurídico penal.* En su gran mayoría los autores mexicanos se deciden por un *concepto restrictivo de autor* de acuerdo al tratamiento que hacen de la *autoría y participación*. Algunos autores lo hacen sin señalar de manera expresa esta denominación y sin decir cómo se entiende éste, y otros, sí hablan en concreto de un *concepto restrictivo de autor*:

Álvaro BÚNSTER BRICEÑO, (p. 189): (...) En oposición a la teoría del concepto extensivo de autor, cabe concebir el tipo del ejemplo como descriptivo sólo de la acción que se deja subsumir en el tenor literal del mismo, y que viene, en el caso, a conformar la figura del autor inmediato. Para inculpar a los concurrentes que intervienen de otro modo en el hecho es necesario formular preceptos que pasan a ser, entonces, causas de extensión de la pena. Se conoce a esta concepción como teoría del concepto restrictivo de autor. Celestino PORTE PETIT CANDAUDAP (p. 875): b) De acuerdo con el concepto *restrictivo*, es autor el que comete el delito. (...) Analizando estas nociones, opinamos que la que debe prevalecer es la noción *restrictiva*, pues autor es el que realiza los elementos del delito en particular. Se podría decir 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, podemos separar tajantemente las áreas respectivas de los que intervienen en la realización del delito: del autor y del partícipe, que es la postura que, aunque muy deficientemente, aceptaba nuestro *Código Penal* en su numeral 13, antes de la reforma de 1984. Con la reforma aludida

se logra un gran adelanto, como se puede comprobar en el actual artículo 13. *Carlos A. MADRAZO* (p. 222): Apareció en primer término, el concepto restrictivo de autor, que se refería sólo a la descripción contenida en el tipo legal, pero no consideraba aspectos relacionados con la misma figura de la autoría, lo que permitía o permite, llevar a cabo juicios erróneos en la calificación de los distintos participantes del injusto. La opinión de esta concepción de autor no es sostenible por estrecha²⁸⁰; sin embargo, parece ser la dominante entre los tratadistas. *Gustavo MALO CAMACHO* (pp. 488 y 489): (...) El concepto restrictivo del autor se refiere a quien realiza la acción típica. Las consecuencias de esta diferencia, se centran en la teoría jurídico penal de la acción, de cuya interpretación deriva el alcance de la autoría. *Eduardo LÓPEZ BETANCOURT* (1994, p. 37): Las diversas definiciones, algunas veces restringen el concepto de autor y otras lo extienden a otros participantes de la acción delictiva; ambos criterios no tienen trascendencia, en virtud de que el primero, al restringir el concepto de autor, sólo hace referencia a la descripción contenida en el tipo penal, y el segundo criterio al extender el concepto de autor, nos permite hacer un análisis de cada uno de los concurrentes en el hecho delictivo. *Raúl GONZÁLEZ SALAS – CAMPOS* (pp. 153 y 154): C) Teoría restrictiva del concepto de autor (teoría objetiva). Esta teoría abandona totalmente la teoría de la equivalencia de las condiciones como fundamento de la autoría y de la participación. No todo el que es causa del delito es autor, porque no todo el que interviene con una condición causal realiza el hecho típico. Para esta teoría, causación no es igual a realización del delito, sino que es necesario algo más. Señala esta dirección que solamente se podrá considerar como autor a quien cometa por sí mismo la acción típica, se le conoce como teoría restrictiva porque restringe la acción a la realización de la conducta típica. Si la sola contribución a la causación del resultado no es típica, no podrá considerarse como autor. Para distinguir entre autor y partícipe, señala que se debe precisar la contribución al hecho. Dependiendo de la forma de intervención y de la importancia al hecho delictivo, habrá autoría o participación. Esta teoría postula dos criterios, uno objetivo formal, y otro, objetivo material para determinar la importancia de la contribución y de esta forma determina si se imputa el hecho cometido como autor o como partícipe: Criterio objetivo formal. *Alicia Beatriz AZZOLINI BRINCAZ* (p. 134): 4. El concepto restrictivo de autor considera que el tipo de la parte especial sólo abarca al autor en sentido estricto. Los supuestos de complicidad e instigación previstos en la parte general permiten la extensión de la pena a estas figuras, que de lo contrario quedarían impunes. Destacan en esta postura la teoría objetivo formal, la objetivo material y la del dominio del hecho, que es su expresión más moderna y mayoritariamente aceptada. *Carlos Juan Manuel DAZA GÓMEZ* (2002, pp. 25 y 26): CONCEPTO RESTRICTIVO DE AUTOR. Este concepto estima la presencia de la autoría, allí cuando el sujeto activo del delito ha colmado por completo la descripción del tipo penal. En este sentido es autor quien describe con su comportamiento la descripción típica de la norma penal. Todo este concepto restrictivo de autor ha de basarse en la diferencia entre autor y partícipe. Concretamente, la teoría que mejor ha elaborado un concepto restringido de autor es la del dominio del hecho, pero no ha sido la única, tenemos por ejemplo con otras importantes contribuciones que se han presentado con el mismo propósito de delimitar el concepto de autor, tal es el caso de la teoría objetivo-formal. *Raúl PLASCENCIA VILLANUEVA* (p. 211): B. *La concepción restrictiva*. El concepto restrictivo de autor supone como autor sólo a quien comete por sí mismo la acción típica, mientras que la sola contribución a la causación del resultado mediante acciones no típicas no puede fundamentar teoría alguna. Este concepto va ligado a la teoría objetiva de la participación, la cual trata de demostrar desde el aspecto formal y el material que sólo deben ser responsabilizados penalmente las personas que por sí mismas concretan el tipo penal. *Arturo ZAMORA JIMÉNEZ* (2001, p. 110): El concepto extensivo de autor es una forma de considerar como tal a todo aquel que tenga cualquier tipo de intervención en el delito, frente a lo cual surge el concepto restrictivo de autor, que considera solamente como tal al que realiza la conducta típicamente antijurídica con conocimiento y voluntad. En nuestro análisis seguiremos el concepto restrictivo ya que ofrece mayores condiciones de seguridad jurídica, al considerar únicamente como autor a quien realiza la conducta típica de forma antijurídica y culpable, además el concepto restrictivo delimita los campos de autoría y participación con mayor precisión, lo cual permite una interpretación más precisa de las formas de imputación a los distintos autores en un hecho.

2.1.2.3.3. Concepto extensivo de autor

2.1.2.3.3.1. *Legislación*. Si la base del concepto extensivo de autor se encuentra en la teoría de la causalidad referida a la equivalencia de las

²⁸⁰ Con esta idea –el autor– desvirtúa el *concepto restrictivo* y, pareciera, lo confunde con la *teoría formal objetiva*.

condiciones, los *Cps* de Coahuila, Nuevo León y Querétaro, de inicio, se pueden identificar con él²⁸¹:

Cp Coahuila: Art. 20. FORMAS DE INTERVENCIÓN TÍPICA. Es autor o partícipe *quien pone una condición* por la que se realice el tipo penal de un delito, mediante cualquiera de las formas siguientes: 1. AUTOR O COAUTOR MATERIAL O DIRECTO. Dolosamente realice por sí o a través de un mecanismo u otro medio ciego, la conducta que describa o implique la figura típica de un delito consumado o en grado de tentativa. Igualmente, de manera culposa, cuando la figura típica admita esta forma. II. AUTOR MEDIATO. Dolosamente lo lleve a cabo sirviéndose de otro u otros excluidos de delito. Igualmente, quien sin ser autor o coautor material o directo, realice una acción o la omita violando un deber de cuidado a su cargo, que origina un resultado que le era previsible, causado por otro u otros excluidos de delito. III. INSTIGADOR O INDUCTOR. Dolosa o culposamente determine a otro u otros a cometerlo. En el segundo supuesto, sólo si el inductor conoce las condiciones en que se realiza o realizará la conducta culposa que causa el resultado. IV. COMPLICIDAD POR AUXILIO PREVIO O SIMULTÁNEO. Dolosamente, por acción u omisión y de manera previa o simultánea, preste auxilio o ayuda a otro para su ejecución. V. COMPLICIDAD POR AUXILIO SUBSECUENTE. Dolosamente y con posterioridad al delito auxilie al agente por acción u omisión, en cumplimiento de promesa anterior; u ofrezca auxiliarlo sin hacerlo, si aquello fue determinante para que el delito se cometiera. VI. INTERVENCIÓN EN DELITO EMERGENTE O CON IGNORANCIA DE AUTOR. Actualice cualquier supuesto de los artículos 21 y 22 segundo y tercer párrafo. *Cp Nuevo León*: Art. 39.- Responderán por la comisión delictiva, *quien o quienes pongan culpablemente una condición de la lesión jurídica*, entendiéndose por tal, un comportamiento físico o psíquico, que trasciende al delito, y que de no haberse dado o no haber existido, tampoco se hubiere dado la comisión delictiva. Por tanto, debe entenderse que ponen culpablemente una condición del resultado: I. Los autores intelectuales y los que tomen parte directa en la preparación o ejecución del mismo; II. Los que inducen o compelen a otros a cometerlos; III. Los que cooperen o auxilien en su ejecución, ya sea por conducta anterior o simultánea; y IV. Los que, por acuerdo previo, auxilien a los delincuentes, después de que éstos realicen la conducta delictuosa. *Cp Querétaro*: Art. 16.- Responderá del delito *quien ponga culpablemente una condición* para su realización. De igual forma responderá el que ofrezca auxiliar o auxilie al delincuente por una promesa anterior a la comisión del delito.

La identificación de estos *Cps* con el concepto extensivo se debe al reconocimiento que, *José Arturo GONZÁLEZ QUINTANILLA*, en relación con el *Cp* Nuevo León, hace del pensamiento de *Edmund MEZGER*:

La acción en sentido penalístico comprende no solamente un comportamiento objetivo sino también uno puramente psicológico, entendiéndose con el término una cierta actitud mental. La conducta en sentido penal no se agota con el comportamiento material, y cuando intervienen varios en la comisión delictiva, uno de ellos puede intervenir tan sólo en la fase psicológica en la connotación ya dada y otro u otros en la fase material: alguien planea la ejecución delictiva y otro ejecuta los actos materiales causales del resultado. El concepto de comunidad de la acción comprende lo

²⁸¹ Si bien el *Cp* Jalisco no se refiere expresamente a la teoría de la equivalencia de las condiciones, el mismo estaría con orientación al concepto extensivo de autor, según Arturo ZAMORA JIMÉNEZ, «Autoría y...», pp. 63 y 64: Desde un punto de vista extensivo de autor, se ha considerado erróneamente a todo aquel que de alguna manera realiza el hecho, o tiene cualquier tipo de participación en el mismo; así se deduce de lo dispuesto por el artículo 11 del Código Penal, al referir que “son responsables de los delitos todos los que toman parte en [...]” El criterio seguido en la redacción del artículo citado, se basa en la “teoría de la equivalencia de las condiciones” que surge con la escuela causalista, al sostener que es autor simplemente todo aquel que ha contribuido de cualquier modo a la realización del delito, sin importar la entidad material de su intervención.

mismo la fase interna y la objetiva. Dijimos, en el párrafo anterior, que el principio de la *Conscientia Sceleris* en la acepción precisada, es aplicable únicamente dentro de la participación dolosa, ella no existe en la culposa; por lo tanto, una fórmula aconsejable que comprenda los elementos de la participación será aquella que siguiendo la huella de Mezger afirme que es partícipe quien pone culpablemente una condición. Dentro de tal fórmula el término condición equivale a la acción en el sentido penalístico ya precisado y cuando se alude a poner culpablemente se significa que la conducta fue el producto de un comportamiento psíquico, doloso o culposo. Puede ponerse una condición inculpablemente y la conducta que implica tal condición, estar dentro de la cadena causal del resultado, pero no basta que tenga dicho carácter, sino que haya existido dolo o culpa por parte de quien intervino²⁸².

Con esta explicación y los contenidos de los arts., el intérprete, para ser congruente debe considerar a los supuestos de participación, que sí están regulados, como formas de restricción de la autoría, definiéndolas con criterios subjetivos u objetivos de acuerdo con lo dicho en los demás arts.

2.1.2.3.3.2. Jurisprudencia. De entre los criterios que tienen orientación con el *concepto extensivo de autor*:

COPARTICIPACIÓN DELICTIVA. LAS PENAS IMPUESTAS A LOS RESPONSABLES, NO SE APLICAN POR ANALOGÍA (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE PUEBLA). Es inexacto sostener que las penas impuestas a quienes tienen el carácter de copartícipes en la comisión del ilícito, son aplicadas por analogía, infringiéndose el artículo 14 constitucional; esto es así, en virtud de que conforme al artículo 21 del Código de Defensa Social para el Estado de Puebla, los copartícipes son considerados como responsables del delito, por lo que la sanción que a ellos corresponde es la prevista en la ley que establece la figura delictiva en que encuadra el hecho delictuoso.

SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO DEL SEXTO CIRCUITO.

Amparo directo 167/97. Jorge Azcué Rojas. 2 de abril de 1997. Unanimidad de votos. Ponente: Antonio Meza Alarcón. Secretario: Enrique Baigts Muñoz.

COPARTICIPACIÓN DELICTUOSA. Lo característico de la participación es la ejecución de cualquier acto eficaz desde el punto de vista causal para la producción del resultado; no se requiere precisamente la ejecución material del hecho, *es bastante poner una de las condiciones*.

Amparo directo 1734/52. Por acuerdo de la Primera Sala, de fecha 8 de junio de 1953, no se menciona el nombre del promovente. 21 de agosto de 1956. Unanimidad de cuatro votos. Ponente: Agustín Mercado Alarcón.

²⁸² *Derecho penal...*, pp. 474 y 475.

PARTICIPACIÓN DELICTUOSA. El punto de arranque científico de toda teoría jurídico penal de la participación *es la teoría de la causalidad, y por lo tanto como autor, lo mismo que como participante, sólo es punible el que ha puesto con su acción una condición del resultado*. La co-causación del resultado es el fundamento imprescindible de toda responsabilidad jurídico penal. Muy debatido por la doctrina ha sido el problema relativo a si, tratándose de la co-delincuencia, la conducta desplegada por los copartícipes debe considerarse, cualquiera que sea su grado de ejecución, como equivalente del resultado, o si, por el contrario, debe ser objeto de una valoración más especial el comportamiento del agente, en orden a la penalidad aplicable, habida cuenta de que la culpabilidad es el fundamento de la pena, supuesto que no puede darse ésta sin el presupuesto del reproche penal que implica aquélla. Ahora bien, la posibilidad de distinguir diversas formas voluntarias de participación en el delito, *no obstante el valor causal de las distintas condiciones de resultado, descansa en el hecho de que equivalencia causal no supone al mismo tiempo igualdad valorativa jurídica*. De aquí se sigue que es condición precisa para la existencia del instituto de la co-delincuencia, que varias personas quieran la ejecución de un mismo delito y que además realicen actos encaminados a su producción. Por lo tanto, la co-delincuencia tiene como presupuestos los siguientes: a) intención en todos los copartícipes de realizar un determinado delito, y b) debe la intención estar encaminada a la consumación del delito y no tan sólo a la realización de uno de los actos de ejecución²⁸³.

Amparo penal directo 1298/53. Por acuerdo de la Primera Sala, de fecha 8 de junio de 1953, no se menciona el nombre del promovente. 28 de febrero de 1955. Unanimidad de cuatro votos. Ponente: Teófilo Olea y Leyva.

PARTICIPACIÓN DELICTUOSA (INSTIGADORES). *La concausa del resultado*, constituye el fundamento imprescindible de toda responsabilidad jurídica penal; de allí que el hacer surgir en otro la resolución de cometer el hecho de la acción, *constituye una instigación que reviste una especial forma de causación de resultado*, es decir, el camino a través del alma de otro, con lo cual *resulta también causal la instigación en referencia al resultado, según lo hace notar Edmundo Mezger*, si una expresión del reo determinó al agente material del delito a disparar sobre la víctima no existe duda respecto de su responsabilidad penal en la perpetración delictiva, en los términos del código represivo, que considera como responsable del delito, a quienes inducen directamente a alguien a cometerlo, instigación que consiste en excitar los sentimientos de una persona, inclinándola a la ejecución de un delito, pero en modo que su libertad de querer no quede cohibida.

Amparo penal directo 449/51. Guadarrama Flores Vicente 16 de junio de 1952. Mayoría de cuatro votos. Disidente: Luis G. Corona. La publicación no menciona el nombre del ponente.

2.1.2.3.3.3. *Doctrina jurídico penal*. Este concepto de autor, al igual que el concepto unitario, es poco desarrollado por los autores mexicanos, quizás porque la idea que se acepta es la que se refiere a un *concepto restrictivo de autor*.

²⁸³ La identificación de este criterio de *jurispr* con el concepto extensivo es porque en él se toman las ideas de uno de sus autores: Edmundo MEZGER, *Tratado...*, II, p. 289: III. *La posibilidad de una teoría de la participación jurídico – penal* esto es, la posibilidad de distinguir *diversas* formas valorativas de participación en el delito, no obstante el igual valor causal de las distintas condiciones del resultado, descansa en el hecho de que equivalencia *causal* no supone al mismo tiempo igualdad valorativa jurídica.

De entre quienes lo explican, se encuentran *Moisés MORENO HERNÁNDEZ* (1993, p. 2333): (...) Conforme a este último [se refiere al concepto diferenciador de autor], además, pueden seguirse diversos caminos para llegar a la distinción, con mayor o menor preponderancia de aspectos objetivos o subjetivos, dentro de los cuales puede manejarse un concepto *extensivo* o uno *restrictivo* de autor. *Álvaro BÚNSTER BRICEÑO* (p. 189): La distinción entre concepto extensivo y concepto restrictivo de autor obedece a que el legislador cuenta preliminarmente con dos posibilidades de encarar el problema del alcance del tipo penal tratándose de varios concurrentes. Si por vía de ejemplo se escoge el tipo de homicidio, en que la conducta consiste en privar de la vida a otro, podría interpretarse el alcance del tipo en el sentido de que incurre en él todo el que pone una causa para la muerte de otro. De esta manera no sólo aparecería como homicida el que ha disparado el arma sobre la víctima sino también el que facilitó dicha arma al hechor y el que lo indujo a disparar, pues cada uno de ellos puso una causa de la muerte. A esta interpretación se la designa en la terminología científica como teoría del concepto extensivo de autor. En ella, las disposiciones que consagran las formas participativas de auxilio e instigación se conocen como causas de reducción de la pena, sobre todo si en la legislación respectiva auxiliador e inductor tienen asignadas penas inferiores a la del hechor. *Celestino PORTE PETIT CANDAUDAP* (p. 874): Es conveniente considerar la elaboración en la doctrina del concepto de autor, con base en una noción ya sea *extensiva* o *restrictiva*. a) Según la primera noción, *autor* es el sujeto que ha contribuido con su conducta a la realización de un resultado. Así, *Graf zu Dohna* apunta que, de acuerdo con la noción extensiva, "es autor todo aquel que mediante su acción ha motivado la concreción del tipo". (*La estructura de la teoría del delito*, pág. 93, Abeleto-Perrot [sic: ¿Abeledo?], Buenos Aires, 1958). O, como expresa *Cuello Calón*, según la concepción *extensiva*, "es autor todo el que interviene en la producción del hecho con una actividad causal" (*derecho penal*, I, págs. 611-612, 12ª, ed., Bosch, Casa Editorial, Barcelona, 1956). *Francisco PAVÓN VASCONCELOS* (1987, pp. 53 y 54): Desde el punto de vista *causal*, será autor aquel que haya puesto una *condición* culpable en la realización del hecho típico. Si se acoge el criterio de la *equivalencia de las condiciones* causales, siendo todas del mismo valor causal, cada una de ellas resulta ser a su vez *causa* del delito, y será en consecuencia *autor* todo quien haya puesto una condición en él. Tal *criterio extensivo* de la noción de autor no es, sin embargo, aceptada habitualmente en el derecho positivo, donde no guardan por regla general igual rango y tratamiento los *autores* que los *cómplices* y *encubridores*. *Carlos A. MADRAZO* (p. 222): Como contrapartida a la tesis expresada en el párrafo anterior [se refiere al concepto restrictivo de autor], se sostiene un concepto extensivo de autor, que peca de general, sin hacer un análisis conveniente para aplicar debidamente la sanción a quien ejecute realmente el acto. Lo mismo que la postura sobre la autoría restrictiva, ésta tampoco ha encontrado eco²⁸⁴. *Raúl GONZÁLEZ SALAS - CAMPOS* (p. 152): b) *Teoría extensiva del concepto de autor (teoría subjetiva)*. Esta teoría parte, al igual que la anterior [se refiere al concepto unitario] de la teoría de la equivalencia de las condiciones, pues entiende que todos los sujetos que contribuyen a la realización del hecho son por igual autores, y por lo tanto deben ser responsables del mismo. Sin embargo, reconoce que se debe distinguir los grados de la contribución a la realización del hecho, pues de lo contrario a todos habría que sancionar con la misma pena, es decir, como autores. Para distinguir los grados de contribución a la realización del hecho, esta teoría distingue a los autores y partícipes de acuerdo a un plano subjetivo, pues desde un plano meramente objetivo - causal como lo hace la teoría de la equivalencia de las condiciones, no es posible diferenciar el grado de contribución por los distintos contribuyentes, pues todas las condiciones para esta teoría son equivalentes. Se le conoce a esta teoría como *teoría subjetiva de la participación*. *Alicia AZZOLINI BRINCAZ* (p. 133): El concepto extensivo de autor considera que los tipos de la parte especial abarcan a todos los intervinientes y que las disposiciones de la parte general que se refieren al instigador y al cómplice representan una limitación a la responsabilidad. Los que sostienen esta postura también parten de la teoría de la equivalencia de las condiciones pero se ven obligados a justificar la distinción que se establece en la parte general de ciertos códigos penales -por ejemplo, el alemán- entre autores y partícipes. Las teorías más representativas del concepto extensivo, aunque no las únicas, son las subjetivas. Parten del supuesto de que los datos objetivos no permiten distinguir entre autor y partícipe, pero, como la ley positiva sí lo hace, recurren a aspectos subjetivos para establecer la diferencia. *Gustavo MALO CAMACHO* (pp. 488 y 489): (...) El concepto extensivo de autor considera como tal a quien causa el resultado típico. (...) El concepto extensivo de autor al considerar la autoría desde el resultado y refiriéndose a la acción en su concepción causal, como causación del resultado típico, ante la equivalencia de las condiciones en la causalidad hace difícil diferenciar la autoría de la participación. *Raúl PLASCENCIA VILLANUEVA* (p. 212): c) *La concepción extensiva*. A fin de salvar las fallas y críticas vertidas sobre la concepción restrictiva del autor, se propuso la concepción extensiva, aun cuando guarda ciertas distancias con el concepto restrictivo coincide a la vez en aspectos como los siguientes: comparte la idea básica de la teoría de la condición de la equivalencia de todas las condiciones del resultado, por lo que se considera autor a todo aquel que ha contribuido a causar el resultado típico, sin necesidad de que su contribución constituya una acción típica.

²⁸⁴ Con esta afirmación se confirma la falta de una comprensión clara del concepto restrictivo de autor, toda vez que éste es el que la *doc jur pen* mayoritaria comparte.

En virtud de la manifiesta imposibilidad de distinguir desde el aspecto objetivo entre el autor y el partícipe, la concepción extensiva busca plantear la diferencia desde el aspecto subjetivo, por lo que el concepto extensivo de autor se une a la teoría subjetiva de la participación. Eduardo LÓPEZ BETANCOURT (1994, p. 37): Las diversas definiciones, algunas veces restringen el concepto de autor y otras lo extienden a otros participantes de la acción delictiva; ambos criterios no tienen trascendencia, en virtud de que el primero al restringir el concepto de autor, sólo hace referencia a la descripción contenida en el tipo penal, y el segundo criterio al extender el concepto de autor, nos permite hacer un análisis de cada uno de los concurrentes en el hecho delictivo²⁸⁵. Carlos Juan Manuel DAZA GÓMEZ (2002, p. 22): *CONCEPTO EXTENSIVO DE AUTOR*. Reviste dos vertientes, de un lado, Schmidt y Lony, autores que defienden el concepto extensivo de autor con una visión en que la causalidad de la acción de los intervinientes es poco trascendente, enfocan su trabajo principalmente a explicar la autoría mediata. En otro sector están los destacados penalistas Mezger y Spendel, quienes dotan al concepto extensivo de autor de un contenido puramente causal. Frecuentemente se reconoce que el concepto extensivo de autor tiene lugar a partir de la falta de coherencia que reviste en la autoría mediata partiendo del punto de vista el concepto restrictivo de autor. Schmidt formuló una monografía: *La autoría mediata*, posteriormente su discípulo, Lony, escribió una monografía del concepto extensivo y restrictivo de autor. Debe decirse que el concepto extensivo de autor tiene el fundamento en la causalidad provocada o favorecida respecto de quien dañó algún bien jurídico tutelado. Arturo ZAMORA JIMÉNEZ (1997, pp. 63 y 64): Desde un punto de vista extensivo de autor, se ha considerado erróneamente a todo aquel que de alguna manera realiza el hecho, o tiene cualquier tipo de participación en el mismo; (2001, p. 110): El concepto extensivo de autor es una forma de considerar como tal a todo aquel que tenga cualquier tipo de intervención en el delito, (...). Miguel Ángel MANCERA ESPINOSA (2000, p. 214): 3.2. *Concepto extensivo*. De inicio diremos que se encuentra presente el mismo principio que en concepto [*sic*; ¿en el concepto?] *unitario, es decir, todos son autores, sin embargo, cuando la ley señale expresamente una pena atenuada como en el caso de los cómplices y los inductores, eso será precisamente una restricción de pena por disposición de ley, pero sin dicha restricción, serían igualmente autores. Este concepto no distingue por tanto en coautores o autores mediatos. Luis Felipe GUERRERO AGRIPINO (pp. 185 y 186): 3. CONCEPTO EXTENSIVO DE AUTOR. Esta corriente, como la unitaria, también parte de la teoría de la equivalencia de las condiciones. Determina que en principio no existe diferencia naturalística alguna entre los intervinientes de todo acto delictivo. Pero como en algunos supuestos, la ley penal establece distinciones entre autores y partícipes, es necesario adoptar esa distinción. En ese sentido, reconocen este tratamiento, sólo para los efectos de la imposición de la pena, sin que ello tenga incidencia en la naturaleza dogmática de los intervinientes. Como representativos de esta corriente, la doctrina ha identificado principalmente a Schmidt y Mezger. Aunque este último, en su momento, precisó su inclinación hacia concepciones mixtas y el primero, no se basó en un concepto eminentemente causal de acción, sino teleológico.*

2.1.3. Concepto secundario o negativo de autor. En la determinación del autor existe, también, el llamado *concepto secundario o negativo* porque la decisión de quién es autor se hace mediante la exclusión de la instigación y de la complicidad. De entre los autores que han utilizado este procedimiento está *Paúl BOCKELMANN*. Este autor con filiación al causalismo, al aceptar la teoría del dominio del hecho, a éste le asigna –inicialmente– una naturaleza subjetiva²⁸⁶ en opinión contraria a la naturaleza objetiva que le reconocen los

²⁸⁵ Igual en *Introducción al...*, p. 185.

²⁸⁶ Claus ROXIN, *Autoría...*, p. 103: En su último artículo sobre teoría de la autoría BOCKELMANN abandona incluso su delimitación estrictamente subjetiva que hasta entonces defendía. Ahora reconoce que <<una consideración que atienda exclusivamente a los procesos psíquicos no siempre lleva a una delimitación convincente>>, estableciendo que <<las pluralidades por las que se distinguen autoría y participación no pueden buscarse únicamente en el aspecto del hecho externo ni en el interno. Sólo resultan de la imbricación

finalistas y los funcionalistas. Es decir, el criterio del dominio del hecho no se ve como una característica del autor sino como un elemento para diferenciar al partícipe del autor, según lo dice:

Así pues, la complicidad debe ser delimitada de la autoría recurriendo a puntos de vista subjetivos. Pero el criterio decisivo no está dado por una voluntad vaga y difícilmente captable de cometer el hecho “no como propio”, sino en una situación psíquica de hecho, totalmente concreta, consistente en la subordinación del propósito del cómplice a la decisión del hecho del autor principal²⁸⁷.

Con esta idea, *Paúl BOCKELMANN* llega a un *concepto secundario o negativo de autor*²⁸⁸, según lo reconoce:

Hemos seguido la exposición de WELZEL (*Strafrecht*, p. 56 y ss. y 62; *Derecho penal*, p. 103 y ss). Este autor llega a la diferenciación entre autoría y participación, mediante el concepto del “dominio finalista del hecho”: es autor “quien es dueño del hecho, consciente de la finalidad”. “Instigadores y cómplices no son dueños del hecho”. Por eso WELZEL defiende un concepto primario de autor, mientras desde nuestro punto de vista, ese concepto debe ser definido “secundariamente”: autor es quien no es partícipe²⁸⁹.

Si bien este *concepto secundario o negativo de autor* no tuvo mayor reconocimiento, sobre todo, por las formas de regularse la *autoría* y *participación* en los *Cps*, es una propuesta que no debe ser ignorada.

2.1.4. Nuestra opinión. La decisión por un *concepto diferenciador y restrictivo de autor* está orientada por la idea que evita la legitimación y justificación del poder punitivo para buscar su limitación, su contención, su

de factores objetivos y subjetivos>>. [*El artículo es <<Die moderne Entwicklung der Begriffe Täterchaft und Teilnahme>>*].

²⁸⁷ *Relaciones entre...*, p.71.

²⁸⁸ Claus ROXIN, *Autoría...*, p. 102: BOCKELMANN, rechazando la doctrina final de la acción, partió de una teoría del dolo revitalizada, en conexión con la sentencia RGSt3, 181 ss. Estimaba que la diferencia entre autor y partícipe se encuentra en que el partícipe “deja [el hecho] a criterio” del autor, en que, “somete” su propio propósito a la decisión ajena. Quien no lo hace, o sea, aquél cuya decisión no depende de la de otro, es autor; así llega BOCKELMANN a un concepto “secundario de autor”. Mientras que por lo demás hoy se da por sentado unánimemente que el concepto de autor es autónomo e independiente de los de inducción y complicidad, BOCKELMANN lo determina de manera exclusivamente negativa: <<Autor es aquel que no es partícipe>>.

²⁸⁹ *Relaciones entre...*, cita número 1, p. 72.

arrinconamiento²⁹⁰, aún a costa de la impunidad que, se dice, propicia. La obligación de que la autoridad pruebe fehacientemente cuál fue el rol que la persona desempeñó en la realización del delito es pensar en los integrantes del grupo social en lo individual, dejando de lado el discurso del «bien común» o «en beneficio de la sociedad» generador de un derecho penal en contra del ser humano y no para la protección de éste, o en otras palabras, como lo señala *Winfried HASSEMER*:

(...) Utilizando un lenguaje especialmente intenso, mi colega Wolfgang Naucke, de Frankfurt, ha aglutinado estos esfuerzos científicos en una sola expresión: el Derecho penal no es el Derecho del combate a la delincuencia, sino el Derecho de los límites del combate a la delincuencia²⁹¹.

Además, un *concepto diferenciador y restrictivo de autor* permite una mejor aplicación de las disposiciones legales al hacerse ésta con el apoyo de la teoría del delito, que, sin discusión, de las partes de la ciencia del derecho penal, es la que mayor grado de elaboración ha alcanzado²⁹² lo que garantiza certeza y seguridad jurídicas al observarse el principio de acto o de hecho al tener que determinarse la intervención de cada uno de quienes participaron en el hecho

²⁹⁰ Eugenio Raúl ZAFFARONI, *Eugenio Raúl...*, p. 14: Hoy he renunciado a la concepción preventivista especial de la pena que predomina en la estructura del *manual* y del *tratado*. Todo lo anterior y el crecimiento descontrolado del número de presos y de la dimensión del sistema penal mismo en los Estados Unidos me han convencido de la necesidad de salvar el Derecho Penal, como discurso que no regula –no puede regular– al poder punitivo, sino que lo *contiene*. No encuentro ningún fundamento para la pena, pues todas las “teorías de la pena” son falsas, y no sé si lo tiene. Pero tampoco creo que eso sea un problema para el Derecho Penal, si asumimos como función, no la legitimación de la pena y del poder punitivo en general, sino su *contención y reducción*. No nos debe interesar mayormente para qué sirve la pena –si es que sirve de algo–, si lo que nos proponemos como tarea es reducirla.

²⁹¹ *Por qué no debe suprimirse el derecho penal*, 2003, pp. 33 y 34.

²⁹² Eugenio Raúl ZAFFARONI/Alejandro ALAGIA/Alejandro SLOKAR, *Derecho penal...*, p. 357: La teoría del delito, como sistema de filtros que permiten abrir sucesivos interrogantes acerca de una respuesta habilitante de poder punitivo por parte de las agencias jurídicas, constituye la más importante concreción de la función del derecho penal en cuanto al poder punitivo (negativo o represivo) habilitado por las leyes penales manifiestas. Por ello la elaboración dogmático-jurídica ha alcanzado en este punto su desarrollo más fino, quizá a veces sobredimensionado en relación al resto del derecho penal. Francisco MUÑOZ CONDE, *Introducción al derecho penal*, 1975, pp. 166 y 167: La polémica sistemática más importante de los últimos cien años en el ámbito del Derecho penal es, sin lugar a dudas, la polémica sobre el sistema de la teoría general del delito; también es la más importante en la práctica, tanto que se ha reducido a ella, quizás, exageradamente, todos los problemas sistemáticos que plantea el Derecho penal.

delictuoso y, con ello, una medición de la pena más precisa para la naturaleza del aporte dado.

Sin desconocer la importancia del *concepto unitario de autor*, las contradicciones que su aplicación genera en instituciones jurídicas que tienen un reconocimiento y desarrollo como los delitos especiales, los delitos de propia mano, no tentativa de participación, principio de taxatividad, y el que, al final, también deba hacerse una distinción entre los intervinientes, pero que ésta se hace hasta el momento de la individualización de la pena, que es un <<saber>> que aún no alcanza el grado de elaboración para dar certeza y seguridad jurídicas²⁹³, le restan posibilidades de aceptación.

En la *doc jur pen comparada* se refieren al cuestionamiento del concepto unitario de autor, entre otros: *Reinhart MAURACH/Karl Heinz GÖSSEL/Heinz ZIPF* (p. 299): 2) **RECHAZO DEL CONCEPTO EXTENSIVO DE AUTOR** a) Junto a los defectos recién destacados, el reparo decisivo contra el concepto extensivo de autor es visto, desde la posición aquí defendida, en su directa deducción a partir del *concepto causal de la acción*. Si en todos los casos la acción se agota en una mera causación del resultado típico, sin considerar la dirección de voluntad del autor, entonces de la *causa* del resultado típico se deduce forzosamente la *verdadera* autoría; y la dirección de voluntad del sujeto actuante, hasta ahora declarada como irrelevante en la estructura de la acción, es utilizada tardíamente por la teoría subjetiva de participación como un elemento corrector de este concepto de autor demasiado extenso. Si la voluntad apunta a un *hecho propio*, entonces el sujeto actuante es también *autor en el sentido de la ley*. Al contrario, si éste sólo quería provocar o favorecer el hecho ajeno, entonces puede replegarse a la *causal de atenuación de la pena*, constituida por las formas de participación. Un ejemplo, de hecho muy aclaratorio acerca de la indisponibilidad de la voluntad de acción, pero también para la errada utilización que de este elemento esencial de la acción hace la opinión tradicional, puede ser el siguiente: en lugar de servir como piedra fundamental de la acción y con ello de la autoría como fundamento del hecho punible, a partir de la cual la participación sea deducida posteriormente como fenómeno accesorio, la voluntad de acción, luego de la afirmación de la *verdadera autoría*, debe servir para delimitar este concepto de autor, demasiado amplio, hacia una forma que se ajuste a la ley. *Günther JAKOBS* (pp. 719-720): 1. El concepto unitario de autor niega en absoluto la trascendencia de la accesoriedad: Todo aquel que toma parte ha de considerarse autor de un hecho antijurídico y culpable, sin tener en cuenta las cualidades delictivas de la contribución de los demás que toman parte (dolosa, imprudente, inevitable; culpable, inculpable) y sin más que un vínculo causal con el estado de desarrollo de las aportaciones de los otros (preparación, tentativa, consumación). 2. a) Esta solución, que se propone para el Derecho penal de la República Federal Alemana *de lege ferenda*, de aplicarse estrictamente, conduce a una ampliación lingüísticamente forzada, de los conceptos con que se describe la acción ejecutiva en la Parte Especial, y por tanto sólo cabría compatibilizarla con la exigencia de taxatividad del artículo 103, párrafo 2 GG, y el § 1 StGB, si se reformulasen

²⁹³ Así Reinhart MAURACH/Karl Heinz GÖSSEL/Heinz ZIPF, *Derecho penal...*, p. 690: De esta manera, se ha recuperado gran parte del derecho de medición judicial de la pena respecto de la teoría del delito (cfr. Frisch, ZStW 99, 349). Dado que el camino para hallar un mejor acceso a la teoría de la medición judicial de la pena, en la actividad de medición por los tribunales, pasa en primer término por la *formación jurídica*, es lamentable que el derecho de medición judicial de la pena no tenga un lugar asegurado en la enseñanza tradicional del derecho penal (ver § 57, n° 5). Por ello, la fijación de las disposiciones sobre medición judicial de la pena en la ley debe cumplir también la función de evidenciar esta revaloración de la actividad de medición y de remarcar su importancia.

casi todos los tipos de la Parte Especial. Ejemplo: Aconsejar a otro que calumnie a un tercero no es por sí mismo afirmar o difundir hechos deshonrosos (en relación con el § 187 StGB). *b)* Asimismo, el concepto unitario de autor amplía la punibilidad por tentativa en todo el ámbito del fomento de un delito en definitiva no realizado, sin que se ponga en evidencia su necesidad político-criminal. En el estadio de la preparación (antes de la cesura que señala el comienzo de la tentativa; p. ej., procurarse útiles para el robo), nadie considera la posibilidad de punir en general las acciones de preparación que han quedado aisladas en tanto que una sola persona debe ejecutar por sí sola todo lo necesario para el delito. Si se divide el trabajo (el primero que toma parte se ocupa de la preparación, el segundo de llevar al hecho a tentativa y a consumación), según el concepto unitario de autor, la acción preparatoria, sin embargo, se convierte en una aportación concluida al delito, que, sin exigencia de accesoriedad, tendría que ser punible como tentativa del delito, aun cuando después no ocurra nada más. Así pues, se transforman los actos preparatorios en tentativas. Por eso la solución del autor unitario llega cuantitativamente demasiado lejos. *c)* Finalmente, y esto es decisivo, el concepto unitario de autor es cualitativamente en parte demasiado estrecho y al mismo tiempo en parte demasiado amplio. Si un delito se caracteriza, más allá de la causación de un resultado, por especiales elementos personales, es decir, especiales deberes, o por el requisito de que ha de ejecutarse de propia mano, estos elementos tendría que realizarlos todo autor unitario si no se quiere que la relación con el hecho ajeno, y con *ello la accesoriedad*, se convierta en fundamento de la pena. Ejemplo: También el cómplice en la prevaricación (§ 336 StGB) tendría que estar especialmente obligado como «autor unitario de prevaricación». Esto lo pasan por alto casi siempre los partidarios del concepto unitario de autor; se pretende, en estos casos, poder fundamentar la autoría a través de la producción del resultado lesivo. Pero un causante que no ostenta por sí mismo las cualidades necesarias de un autor sólo puede llegar a ser autor a través de la accesoriedad con respecto al injusto *ajeno*. A la inversa, en el causante de una autolesión no abarcada típicamente (p. ej., la inducción a la automutilación), sólo cabe derivar la impunidad del causante a partir de la irrelevancia jurídico-penal del hecho del ejecutor, es decir, justamente no del causante, pues el inductor (causante) se convierte personalmente en productor de la lesión de otro, de modo que las cualidades presentes en su persona no impiden la responsabilidad. *d)* El concepto unitario de autor no sólo se opone, pues, a la actual configuración (modificable) de los delitos de la Parte Especial, sino que desconoce la distinción entre la ejecución de un hecho y la influencia en la ejecución de otro interviniente. En lugar de referir las aportaciones a la ejecución y determinar el injusto de la participación a partir del injusto de la ejecución del hecho, atomiza las causalidades que por sí solas no constituyen el comportamiento punible; la teoría del autor unitario no conoce una intervención *común*, sino sólo *aislada*. Esta falta en la determinación del alcance del tipo sólo muy imperfectamente cabe compensarla en la determinación de la pena²⁹⁴.

²⁹⁴ Esta opinión de Günther JAKOBS pareciera que hoy no la comparte plenamente porque su idea, en este tema, estaría orientada al cuestionamiento del *concepto diferenciador de autor* para asumir una postura vinculada al *concepto unitario de autor*. Véase el apartado relacionado con este autor en el capítulo 3 de este trabajo.

CAPÍTULO 3

TEORÍAS DE DELIMITACIÓN ENTRE AUTORES Y PARTICIPES

SUMARIO: 3.1. Concepto de autor. 3.2. Teorías para determinar al autor del delito. 3.2.1. Teorías objetivas. 3.2.1.1. Teorías material-objetivas. 3.2.1.1.1. Teoría de la temporalidad. 3.2.1.1.2. Teoría de la causalidad. 3.2.1.1.2.1. Paul Johan Anselm Ritter von Feuerbach. 3.2.1.1.2.2. Reinhard Frank. 3.2.1.1.3. Teoría de la supremacía. 3.2.1.1.4. Situación en México. 3.2.1.1.4.1. Legislación. 3.2.1.1.4.2. Jurisprudencia. 3.2.1.1.4.3. Doctrina jurídico penal. 3.2.1.2. Teoría formal objetiva. 3.2.1.2.1. Origen. 3.2.1.2.2. La influencia de Ernst Beling. 3.2.1.2.3. Su desarrollo. 3.2.1.2.4. Su cuestionamiento. 3.2.1.2.5. Su reconocimiento de hoy. 3.2.1.2.6. Situación en México. 3.2.1.2.6.1. Legislación. 3.2.1.2.6.2. Jurisprudencia. 3.2.1.2.6.3. Doctrina jurídico penal. 3.2.2. Teorías subjetivas. 3.2.2.1. Teoría subjetiva extrema. 3.2.2.1.1. Teoría del dolo. 3.2.2.1.2. Teoría del interés. 3.2.2.2. Teoría subjetiva restringida. 3.2.2.3. Teoría del acuerdo previo. 3.2.2.4. Situación en México. 3.2.2.4.1. Legislación. 3.2.2.4.2. Jurisprudencia. 3.2.2.4.3. Doctrina jurídico penal. 3.2.3. Teoría del dominio del hecho. 3.2.3.1. Su denominación. 3.2.3.2. Precursores. 3.2.3.3. Propuesta de Hans Welzel. 3.2.3.4. Propuesta de Claus Roxin. 3.2.3.4.1. Delitos de dominio. 3.2.3.4.2. Delitos de infracción de deber. 3.2.3.5. Propuesta de Günther Jakobs. 3.2.3.5.1. Planteamiento inicial. 3.2.3.5.1.1. Delitos de dominio. 3.2.3.5.1.2. Delitos de infracción de deber. 3.2.3.5.2. Desarrollo. 3.2.3.5.3. <La intervención delictiva> y la propuesta del <trabajo vinculante>. 3.2.3.5.4. Derecho penal del enemigo y concepto de autor. 3.2.3.5.4.1. 1985. 3.2.3.5.4.2. 1999. 3.2.3.5.4.3. 2003. 3.2.3.6. Situación de hoy. 3.2.3.6.1. Alemania. 3.2.3.6.2. España. 3.2.3.6.2.1. Diego-Manuel Luzón Peña. 3.2.3.6.2.2. Miguel Díaz y García Conlledo. 3.2.3.6.3. Alemania. 3.2.3.6.3.1. Eberhard Schmidhäuser. 3.2.3.6.3.2. Ulrich Stein. 3.2.3.6.4. España. 3.2.3.6.4.1. Santiago Mir Puig. 3.2.3.6.4.2. Tomás Salvador Vives Antón. 3.2.3.7. Situación en México. 3.2.3.7.1. Legislación. 3.2.3.7.2. Jurisprudencia. 3.2.3.7.3. Doctrina jurídico penal. 3.2.4. Nuestra opinión.

BIBLIOGRAFÍA: Abanto Vásquez, Manuel A., <<Delitos especiales y participación necesaria: dos contribuciones de la ciencia penal alemana>>, 2003. Aguilar López, Miguel Angel, <<Autoría y participación en el proceso penal>>, 2003; *El delito y la responsabilidad penal. Teoría, jurisprudencia y práctica*, 2006. Amuchategui Requena, Irma Griselda, *Derecho penal*, 2001. Arilla Bas, Fernando, *Derecho penal, parte general*, 2001. Azzolini Brincas, Beatriz Alicia, <<La autoría en el sistema penal mexicano>>, 2001. Bacigalupo, Silvina, <<Algunas cuestiones de participación en el delito fiscal y en el delito de administración desleal>>, 2000. Bacigalupo Zapater, Enrique, *La noción de autor en el código penal*, 1965; *Estudios de derecho penal y política criminal*, 1989; *Principios de derecho penal, parte general*, 1998. Ballvé, Faustino, <<El problema de la participación en el delito>>, 1954. Beling, Ernst, *Esquema de derecho penal*, 1944. Berchermann Arizpe, Antonio, *Derecho penal mexicano, parte general*, 2004. Berdugo Gómez de la Torre, Ignacio, <<Algunos problemas dogmáticos y su solución en el nuevo código penal español>>, 1997. Berdugo Gómez de la Torre, Ignacio/Arroyo Zapatero, Luis/García Rivas, Nicolás/Ferré Olivé, Juan Carlos/Serrano Piedecabras, José Ramón, *Lecciones de derecho penal, parte general*, 1999. Bolea Bardón, Carolina, *Autoría mediata en derecho penal*, 2000. Bottke, Wilfried, <<Estructura de la autoría en la comisión y en la omisión como requisito para la construcción de un sistema de derecho penal de la comunidad europea>>, 1995. Búnster Briceño, Álvaro, *Escritos de derecho penal y política criminal*, 1994. Bustos Ramírez, Juan, *Manual de derecho penal español*, 1984. Bustos Ramírez Juan J./Hormazábal Malarée, Hernán, *Lecciones de derecho penal, v. II*, 1999. Carrancá y Trujillo, Raúl, *Derecho penal mexicano, parte general*, 1937. Carrancá y Trujillo, Raúl/Carrancá y Rivas, Raúl, *Derecho penal mexicano, parte general*, 1999. Castellanos Tena, Fernando, *Lineamientos elementales de derecho penal*, 2000. Castillo González, Francisco, *La participación criminal en el derecho penal costarricense*, 1993. Ceniceros, José Angel/Garrido, Luis, *La ley penal mexicana*, 1934. Cerezo Mir, José, <<La polémica en torno al concepto finalista de autor en la ciencia del derecho penal española>>, 1982; *Derecho penal, parte general – lecciones*, 2000. Cobo del Rosal, Manuel, <<Prólogo>>, 1998. Cobo del Rosal, Manuel/Vives Antón, Tomás Salvador, *Derecho penal, parte general*, 1999. Conde – Pumpido Ferreiro, Cándido, *Contestaciones de derecho penal al programa de judicatura, parte general*, 2004. Cortés Ibarra, Miguel Angel, *Derecho penal mexicano, parte general*, 1971. Daza Gómez, Carlos Juan Manuel, *Teoría general del delito*, 1998; <<Autoría y participación>>, 2002. Díaz Aranda, Enrique, *Enriquecimiento ilícito de servidores públicos*, 1999. Díaz y García Conlledo, Miguel, *La autoría en derecho penal*, 1991; <<Dominio funcional, determinación positiva y objetiva del hecho y coautoría (comunicación)>>, 1995. Diez Ripollés, José Luis, <<Una interpretación provisional del concepto de autor en el nuevo código penal>>, 1998. Donna, Edgardo Alberto, <<El concepto de autoría y la teoría de los aparatos

de poder de Roxin», 2001; *La autoría y la participación criminal*, 2002. Eiranova Encinas, Emilio (coord.), *Código penal alemán StGB. Código procesal penal alemán StPO*, 2000. Fernández Carrasquilla, Juan, *Derecho penal fundamental. Introducción. Teoría del delito*, 1982. Fernández Doblado, Luis, «La participación y el encubrimiento», 1959. Feuerbach, Paul Johann Anselm Ritter von, *Tratado de derecho penal común vigente en Alemania*, 1989. Franco Guzmán, Ricardo, *El concurso de personas en el delito*, 1962. Frías Caballero, Jorge/Diego Codino/Rodrigo Codino, *Teoría del delito*, 1993. García Ramírez, Sergio, *Derecho penal*, 1998. Gimbernat Ordeig, Enrique, *Autor y cómplice en derecho penal*, 1966. Gómez Rivero, Ma. del Carmen, «Regulación de las formas de participación intentada y de la autoría y participación», 1997. González de la Vega, René, *Tratado sobre la ley penal mexicana, t. I*, 2003. González Llanes, Mario Alberto, *Teoría general del delito. Importancia y trascendencia de su estudio en el México moderno*, 2005. González Quintanilla, Arturo, *Derecho penal mexicano*, 1999. González – Salas Campos, Raúl, «El tipo de autor y el tipo de participación», 1999. Gracia Martín, Luis, *Prolegómenos para la lucha por la modernización y expansión del derecho penal y para la crítica del discurso de resistencia. A la vez, una hipótesis de trabajo sobre el concepto de derecho penal moderno en el materialismo histórico del orden del discurso de criminalidad*, 2003. Graf zu Dohna, Alexander, *La estructura de la teoría del delito*, 1958. Guerrero Agripino, Luis Felipe, *La delincuencia organizada. Algunos aspectos penales, criminológicos y político criminales*, 2001. Günther, Klaus, «De la vulneración de un derecho a la infracción de un deber. ¿Un «cambio de paradigma» en el derecho penal?», 2000. Hurtado Pozo, José, *Manual de derecho penal, parte general I*, 2005. Jakobs, Günther, *Derecho penal, parte general. Fundamentos y teoría de la imputación*, 1995; «Criminalización en el estadio previo a la lesión de un bien jurídico (1985) », 1997; «El ocaso del dominio del hecho. Una contribución a la normativización de los conceptos jurídicos», 2000; «La normativización del derecho penal en el ejemplo de la participación», 2002; «La ciencia del derecho penal ante las exigencias del presente», 2002; «Derecho penal del ciudadano y derecho penal del enemigo», 2003; «La intervención delictiva», 2005. Jescheck, Hans – Heinrich, *Tratado de derecho penal, parte general, vol. segundo*, 1981. Jescheck, Hans – Heinrich/Weigend, Thomas, *Tratado de derecho penal, parte general*, 2002. Jiménez de Asúa, Luis, *La unificación del derecho penal en Suiza*, 1916; *El criminalista*, t. VIII, 1988. Jiménez Huerta, Mariano, *Derecho penal mexicano*, t. I, 1985. Jiménez Martínez Javier, *La estructura del delito en el derecho penal mexicano*, 2004. Liszt, Franz von, *Tratado de derecho penal*, t. II, s/f. López Betancourt, Eduardo, *Introducción al derecho penal*, 1995; *Teoría del delito*, 1994. López Barja de Quiroga, Jacobo, *Autoría y participación*, 1996. Luzón Peña, Diego-Manuel, «La «determinación objetiva del hecho». Observaciones sobre la autoría en delitos dolosos e imprudentes de resultado», 1989; *Curso de derecho penal, parte general I*, 1999. Madrazo, Carlos A., *La reforma penal (1983 – 1985)*, 1989. Malo Camacho, Gustavo, *Derecho penal mexicano*, 1997. Mancera Espinosa, Miguel Angel, «Tópicos sobre la autoría y participación, repercusiones en el delito de violación previsto por el Código Penal del D.F. », 2000; «Autoría mediata, una manera de resolver el concurso de personas en las desapariciones forzadas y las ejecuciones de Estado», 2003. Maurach, Reinhart, «Los problemas de la autoría», 1966; Maurach, Reinhart, *Tratado de derecho penal, t. II*, 1962. Maurach, Reinhart/Heinz Gössel, Karl/Heinz, Zipf, *Derecho penal, parte general, 2. Formas de aparición del delito y las consecuencias jurídicas del hecho*, 1995. Merkel, Adolfo, *Derecho penal*, tomo primero, s.f. Mezger, Edmund, *Tratado de derecho penal, parte general*, 1957; *Derecho penal, parte general. Libro de estudio*, 1985. Mir Puig, Santiago, *Derecho penal, parte general*, 1996. Monarque Ureña, Rodolfo, *Lineamientos elementales de la teoría general del delito*, 2002. Montoya Aguado, J. Alberto/Montoya Aguado, Benjamín, *Código de Justicia Militar en México 1882-2000*, 2000. Moreno Hernández, Moisés, «Hans Welzel», 2003. Muñoz Conde, Francisco, *El derecho penal del enemigo*, 2003; «Las reformas de la parte especial del derecho penal español en el 2003: de la “tolerancia cero” al “derecho penal del enemigo”», 2006. Muñoz, Luis, *Comentarios al Código Penal para el Distrito y Territorios Federales y al anteproyecto elaborado para reemplazarlo*, 1951. Ojeda Velázquez, Jorge, «Hacia una nueva concepción de la teoría del delito», 1988; «Tesis para una teoría pura del delito y de las sanciones», 2005. Orellana Wiarco, Octavio Alberto, *Curso de derecho penal, parte general*, 1999. Pavón Vasconcelos, Francisco, *Derecho penal mexicano*, 1994. Pérez Alonso, Esteban Juan, *La coautoría y la complicidad (necesaria) en derecho penal*, 1998. Pessina, Enrique, *Elementos de derecho penal*, 1913. Plascencia Villanueva, Raúl, *Teoría del delito*, 1998. Polaino – Orts, Miguel, «Notas sobre la vida y la obra científica del Profesor Eberhard Schmidhäuser (1920-2002)», 2003; *Derecho penal del enemigo. Desmitificación de un concepto*, 2006. Porte Petit Candaudap, Celestino, *Programa de derecho penal, parte general*, 1990. Prittwitz, Cornelius, «Derecho penal del enemigo: ¿Análisis crítico o programa del derecho penal?», 2004. Quijada, Rodrigo, *Nuevo Código Penal para el Distrito Federal comentado y anotado*, 2003. Ramos Mejía, Enrique, «La participación criminal en el derecho penal argentino», 1972. Reaño Peschiera, José Leandro, Reynoso

Dávila, Roberto, *Teoría general del delito*, 1995. Righi, Esteban/Fernández, Alberto A, *Derecho penal. La ley. El delito. El proceso y la pena*, 1996. Roxin, Claus, <<Infracción de deber y resultado en los delitos imprudentes>>, 1976; *Autoría y dominio del hecho en derecho penal*, 1998; *Dogmática penal y política criminal*, 1998; <<Las formas de intervención en el delito: estado de la cuestión>>, 2000; <<Las formas de participación en el delito: el estado actual de la discusión>>, 2004. Salazar Marín, Mario, <<Autoría y participación>>, 1987. Sánchez – Vera Gómez – Trelles, Javier, <<Sobre la figura de la autoría mediata y su tan sólo fenomenológica <trascendencia>>>, 2001; *Delito de infracción de deber y participación delictiva*, 2002; <<Günther Jakobs, profesor emérito en la Universidad de Bonn>>, 2002. Schünemann, Bernd, <<Del descubrimiento de Welzel del dominio social del hecho al desarrollo del “dominio sobre el fundamento del resultado” como principio general de la autoría. A su vez, un análisis de la estructura de la autoría mediata, de la teoría de las estructuras lógico – objetivas y de la relación entre ontologismo y normativismo>>, 2005. Stratenwert, Günter, *Derecho penal, parte general, I. El hecho punible*, 1982. Vega, Dante Marcelo, *El exceso en la participación criminal. Alcance de la responsabilidad en la intervención criminal*, 2003. Vergara Tejada, José Moisés, *Manual de derecho penal, parte general*, 2002. Viada y Vilaseca, Salvador, *Código penal reformado de 1870, 1890*. Villalobos, Ignacio, *Derecho penal mexicano, parte general*, 1983. Welzel, Hans, *Derecho penal alemán, parte general*, 1987; <<Estudios sobre el sistema del derecho penal>>, 2002. Yáñez Román, P. L., <<La teoría final de la acción>>, 1968. Zaffaroni, Eugenio Raúl, *Tratado de derecho penal, parte general, t. IV*, 1988; <<Ensayo preliminar>>, 1989. Zaffaroni, Eugenio Raúl/Alagia, Alejandro/Slokar, Alejandro, *Derecho penal, parte general*, 2001. Zamora Jiménez, Arturo, <<Autoría y participación en el código penal de Jalisco>>, 1997; *Cuerpo del delito y tipo penal*, 2001.

3.1. Concepto de autor

Como se señaló en el apartado 1.1.2.1.1 del capítulo 1 el legislador no está obligado a decir conceptos. Por ello, de inicio, la búsqueda de un *concepto de autor*, que no debe confundirse con los supuestos de autoría²⁹⁵, en los *Cps* está

²⁹⁵ [Así] Silvina BACIGALUPO, <<Algunas cuestiones...>>, p. 353: La distinción entre las formas de la autoría y las de la participación no es una cuestión definitivamente concluida en la dogmática penal actual. No es posible afirmar que la Ley, el Código penal, contenga un determinado concepto de autor y de partícipes. Lo que se puede afirmar es que el Código penal español, en todo caso, distingue entre autoría y participación. El artículo 28, aunque considera como autores a los efectos de punibilidad, distingue entre autores y partícipes y el artículo 29 distingue, a su vez, entre los cooperadores necesarios y los inductores y los simples cómplices. Por último, el artículo 65 distingue también a los efectos de aplicación de agravantes y atenuantes a los partícipes entre las que tienen carácter individual y las que lo tienen general. Es indudable, que esta afirmación no permite, sin embargo, extraer un determinado concepto de autoría o de participación. La caracterización de la autoría en el Código penal requiere una definición previa de este concepto que permita una solución a los problemas de la participación. [Reconociendo un concepto:] Ignacio BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, <<Algunos problemas... >>, p. 141: En segundo lugar, en el artículo 28 da una definición de autor, al establecer que “son autores quienes realizan el hecho por sí solos, conjuntamente, o por medio de otros de quien se sirven como instrumento”. Con ello se está dando una definición que comprende al autor en sentido estricto, a los coautores y al autor mediato. Es decir, se está dando una definición de autoría. José CERESO MIR, *Lecciones...*, p. 183: En el párrafo primero del artículo 28 hay implícito, como veremos, un concepto de autor, pero antes debemos exponer los principales conceptos de autor elaborados en la moderna Ciencia del Derecho penal. José Luis DIEZ RIPOLLÉS, <<Una interpretación...>>, p. 26: **2.** De este modo, nuestro nuevo Código penal se decanta claramente por las posturas doctrinales y jurisprudenciales favorables a disponer de una *definición general* de autor en la Parte General del Código y que en su mayoría, con mejor o peor fortuna, lo pretendían extraer *de lege lata* de los arts. 12 y 14 del viejo Código, singularmente del art. 14.1º. (...) En consecuencia, y sin perjuicio de la ineludible remisión a los correspondientes tipos de la Parte Especial cuando se haya de concretar el concepto de autor propio de cada delito, la ley se desmarca de las tesis que, forzadas por el viejo derecho positivo o por razones de principio, estimaban que el concepto de

destinada al fracaso, lo que obliga al intérprete a deducir del contenido de las disposiciones cuál es el *concepto de autor* que se corresponde con ellas. Es decir, el *concepto de autor* no está expresamente dicho sino que debe ser encontrado a partir de las elaboraciones dadas por la *doc jur pen*. En este sentido, *Álvaro BÚNSTER BRICEÑO*:

Importa destacar que en los códigos de moderna factura no es usual encontrar una definición de autor del delito. La indagación sobre el concepto parte, pues, de que en la acuñación de todo tipo de delito la acción y omisión descrita por éste es la acción u omisión del autor. Si, ello no obstante, es voluntad de la ley calificar de autores, aparte los coautores y el autor mediato, a otros concurrentes, suele incluir para ello un precepto en la regulación del concurso en la parte general. Tal es el caso, por ejemplo, del Código Penal español, en que la interpretación moderna rehusa reconocer en las antedichas reglas la condición de autor implícita en cada tipo para dar por descontado que ciertamente conciernen a un *plus* cuyo contenido y alcance es menester desentrañar a través de la faena interpretativa.

El código mexicano no es, en este respecto, un código como el español. También en él, por supuesto, el concepto de autor empieza por hallarse implícito en cada tipo de la parte especial²⁹⁶.

En el análisis de la *autoría y participación*, éste debe darse primero con la figura del autor pues los partícipes, por definición, participan con el autor y no

autor se obtenía directamente de los tipos específicos, sin que existiera, ni eventualmente debiera existir, un concepto general legal de autor, y que interpretaban todos los supuestos del art. 14 como causas de extensión de la pena de los autores. [*El art. que le sirve de base es: 28. Son autores quienes realizan el hecho por sí solos, conjuntamente o por medio de otro del que se sirven como instrumento. También serán considerados autores: a) Los que inducen directamente a otro u otros a ejecutarlo. b) Los que cooperan a su ejecución con un acto sin el cual no se habría efectuado*].

²⁹⁶ <<El concepto de autor>>, en *Escritos...*, p. 187. [*Por el tiempo del trabajo (1988), el Cp español no es el vigente (1995), pero los comentarios son válidos*]. En relación con el art. 14 del CP español abrogado, se decía: José CERESO MIR, <<La polémica...>>, p. 164: Sin atender al origen histórico del precepto, que estaba completamente olvidado, y sin necesidad de recurrir pues, expresamente a una interpretación objetiva, los penalistas españoles consideran hoy, sin excepción, que en el artículo 14 no se ha querido formular un concepto jurídico de autor, sino sólo indicar a quiénes se castiga como autores, es decir a quiénes se considera autores a efectos de aplicación de la pena. Es, pues, tarea de la doctrina y de la jurisprudencia determinar quiénes son realmente autores entre los codelincuentes mencionados en los tres números del artículo 14. Cándido CONDE – PUMPIDO FERREIRO, *Contestaciones...*, p. 337: (...) En el Código derogado a falta de una definición de autor, se entendía que el título de autor radicaba en <<el que>> anónimo con que se suelen encabezar los tipos. El nuevo Código en el art. 28 declara en primer lugar autor al <<que realiza el hecho por sí solo>>.

por sí mismos²⁹⁷. Esta idea la explica *Hans-Heinrich JESCHECK/Thomas WEIGEND*:

En la cuestión delimitadora hay que comenzar con el concepto de autor, pues a partir del mismo se clarifica lo que debe entenderse por participación en sentido estricto (*concepto primario de autor*). Por el contrario, no es admisible sustraer en cierto modo el concepto de autor del marco de la causalidad, considerando como autor a cualquiera que no sea partícipe, pues de esta forma dicho concepto de autor perdería sus contornos jurídicos (*concepto secundario de autor*)²⁹⁸.

Esta exigencia del *concepto primario de autor* se desprende del contenido de los *Cps*, en los cuales, si primero sólo existía la parte especial, de los tipos que la integraban se desprendía que se referían al autor, surgiendo la participación en disposiciones de la parte general, la cual se origina después de la parte especial. Además cuando en el *Cp* en la parte general se regula la *autoría* y la *participación* se inicia con las disposiciones referidas al autor. En México, en los *Cps* se observa también esta jerarquía:

Lp Aguascalientes: Art. 127.- Serán considerados inculpados del hecho punible: I. Los denominados *Autores*, cuando realicen la actividad típica por sí solos, conjuntamente o por medio de otro, del que se sirvan como instrumento; II. Los denominados *Participes*, cuando inducen directamente al *autor* o *co-autores* a ejecutar la actividad típica, y los que

²⁹⁷ [Esta importancia del autor es reconocida desde antiguo. En este sentido] Salvador VIADA Y VILASECA, *Código penal reformado de 1870, 1890*, pp. 371 y 372: **CUESTION IV. La máxima de los jurisconsultos antiguos: socius delicti non intelligitur sine auctore delicti**, ¿debe entenderse tan en absoluto que no quepa castigar al cómplice de un delito sin que lo sea su autor? –Hay que distinguir: si el delito existe, esto es, si realmente consta su existencia, y no hay autor penado, ya por ser desconocido, ya por haber fallecido ó fugádose, ya por haber sido declarado exento de responsabilidad criminal por una circunstancia que le es enteramente personal (locura, menor edad de nueve años, etc.), es claro que si hay un cómplice del propio delito, puede y debe ser penado con arreglo á la Ley; más si se absuelve al autor, fundándose esta absolución en la declaración de que no hubo delito, ó que el hecho ejecutado no lo constituye, es evidente que en este caso no puede haber complicidad, pues el mismo sentido común nos dice que donde no hay delito no puede haber participación en él de ningún género. Luis MUÑOZ, *Comentarios...*, p. 270: (...). Y, finalmente, cuando el autor no es responsable, o ha muerto o es desconocido, no podrían en rigor lógico ser responsables los cómplices puesto que su responsabilidad es accesoria y se determina en función de la principal. Juan FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, *Derecho...*, p. 532: 1) *Deslinde con la autoría*. Un concepto preciso de partícipe no aparece hasta que se estructura el de autor. De los diversos intervinientes en la realización del hecho punible, unos serán autores y otros participes, en una disyunción sin escapatoria.

²⁹⁸ *Tratado de...*, p. 697. Esta es la idea en la *doc jur pen* dominante, y por ello los trabajos de Claus Roxin: <<Autoría y dominio del hecho>>; Enrique Gimbernat Ordeig: *Autor y cómplice en derecho penal*; Enrique Bacigalupo Zapater: *El concepto de autor en el código penal*; Miguel Díaz y García Conlledo: *La autoría en derecho penal*; Jacobo López Barja de Quiroga: *Autoría y participación*; Edgardo Alberto Donna: *La autoría y la participación criminal*.

cooperan en su ejecución con una conducta sin la cual no se habría efectuado; III. Los denominados Cómplices que cooperan a la ejecución de la actividad típica con conductas anteriores o posteriores a la misma, previo acuerdo con el *autor* o *co-autores*; y IV.- Los que intervinieren con otros en su comisión del hecho, aunque no conste cual de ellos produjo directamente el resultado. Los *autores*, partícipes o cómplices a que se refiere el presente artículo, responderán cada uno en la medida de su propia culpabilidad. *Cp Baja California*: Art. 16.- *Autores* y Partícipes.- Son *autores* o partícipes del delito cometido, según el caso: I.- *Autores* Directos.- Los que lo realicen por sí; II.- *Coautores*.- Los que lo realicen conjuntamente; III.- *Autores* mediatos.- Los que lo lleven a cabo sirviéndose de otro como instrumento; IV.- Instigadores.- Los que determinen dolosamente a otro a cometerlo; V.- Cómplice.- Los que dolosamente presten ayuda o auxilio a otro para su comisión; y VI.- Auxilio en cumplimiento de promesa anterior.- Los que con posterioridad a su ejecución auxilien al autor en cumplimiento de una promesa anterior al delito. *Cp Baja California Sur*: Art. 23.- Son *autores* o partícipes del delito según el caso: I.- El que lo realice por sí; II.- El que lo realice conjuntamente; III.- El que lo lleve a cabo sirviéndose de otro como instrumento; IV.- El que determine dolosamente a otro a cometerlo; V.- El que dolosamente preste ayuda o auxilio a otro para su comisión; VI.- El que con posterioridad a su ejecución auxilie al *autor* en cumplimiento de una promesa anterior al delito; y VII.- El que intervenga con otros en su comisión, sin que conste quien de ellos produjo el resultado. *Cp Campeche*: Art. 11.- Son *autores* o partícipes del delito: I.- Los que acuerden o preparen su realización; II.- Los que lo realicen por sí; III.- Los que los realicen conjuntamente; IV.- Los que los lleven a cabo sirviéndose de otro; V.- Los que determinen dolosamente a otro a cometerlo; VI.- Los que dolosamente y previo acuerdo 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 sin acuerdo previo, intervengan con otros en su comisión, cuando no se pueda precisar el resultado que cada quien produjo. Los *autores* o partícipes a que se refiere el presente artículo responderán cada uno en la medida de su propia culpabilidad. En los casos a que se refieren las fracciones VI, VII y VIII, se impondrá como pena hasta las tres cuartas partes de la correspondiente al delito de que se trate y, en su caso, de acuerdo con la modalidad respectiva. *Cp Coahuila*: Art. 20. Formas de intervención típica. Es *autor* o partícipe quien pone una condición por la que se realice el tipo penal de un delito, mediante cualquiera de las formas siguientes: I. *Autor* o *coautor* material o directo. Dolosamente realice por sí o a través de un mecanismo u otro medio ciego, la conducta que describa o implique la figura típica de un delito consumado o en grado de tentativa. Igualmente, de manera culposa, cuando la figura típica admita esta forma. II. *Autor* mediato. Dolosamente lo lleve a cabo sirviéndose de otro u otros excluidos de delito. Igualmente, quien sin ser autor o coautor material o directo, realice una acción o la omita violando un deber de cuidado a su cargo, que origina un resultado que le era previsible, causado por otro u otros excluidos de delito. III. Instigador o inductor. Dolosa o culposamente determine a otro u otros a cometerlo. En el segundo supuesto, sólo si el inductor conoce las condiciones en que se realiza o realizará la conducta culposa que causa el resultado. IV. Complicidad por auxilio previo o simultáneo. Dolosamente, por acción u omisión y de manera previa o simultánea, preste auxilio o ayuda a otro para su ejecución. V. Complicidad por auxilio subsecuente. Dolosamente y con posterioridad al delito auxilie al agente por acción u omisión, en cumplimiento de promesa anterior; u ofrezca auxiliario sin hacerlo, si aquello fue determinante para que el delito se cometiera. VI. Intervención en delito emergente o con ignorancia de autor. Actualice cualquier supuesto de los artículos 21 y 22 segundo y tercer párrafo. *Cp Chiapas*: Artículo 11.- Son *autores* o partícipes del delito: I. Los que acuerden o preparen su realización; II. Los que lo realicen por sí; III. Los que lo realicen conjuntamente; IV. Los que lo lleven a cabo sirviéndose de otro; V. Los que obliguen o induzcan dolosamente a otro a cometerlo; VI. Los que dolosamente presten ayuda o auxilio a otro para cometerlo; 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 quién de ellos produjo el resultado. Los *autores* o partícipes a que se refiere el presente artículo, responderán cada uno en la medida de su propia culpabilidad. A los individuos a que se refieren las fracciones VI, VII y VIII, se les aplicará la punibilidad dispuesta por el párrafo segundo del artículo 54 de este código. *Ncp Distrito Federal*: Art. 22 (Formas de *autoría* y participación). Son responsables del delito, quienes: I. Lo realicen por sí; II. Lo realicen conjuntamente con otro 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 antijurídico 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 la punibilidad dispuesta en el artículo 81 de este Código. *Cp Estado de México*: Artículo 11. La responsabilidad penal se produce bajo las siguientes formas de intervención en el hecho delictuoso: I La *autoría*; y II La participación. Son *autores*: a) Los que conciben el hecho delictuoso; b) Los que ordenan su realización; c) Los que lo ejecuten materialmente; d) Los que en conjunto y con dominio del hecho delictuoso intervengan en su realización; y e) Los que se aprovechen de otro que actúa sin determinación propia, conciencia o conocimiento del hecho. Son partícipes:

a) Los que instiguen a otros, mediante convencimiento, a intervenir en el hecho delictuoso; b) Los que cooperen en forma previa o simultánea en la realización del hecho delictuoso, sin dominio del mismo; y c) Los que auxilien a quienes han intervenido en el hecho delictuoso, después de su consumación, por acuerdo anterior. *Cp Federal*: Art. 13. Son *autores* o partícipes del delito: I. Los que acuerden o preparen su realización; II. Los que lo realicen por sí; III. Los que lo realicen conjuntamente; IV. Los que lo lleven a cabo sirviéndose de otro; V. Los que determinen dolosamente a otro a cometerlo; VI. Los que dolosamente presten ayuda o 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 sin acuerdo previo, intervengan con otros en su comisión, cuando no se pueda precisar el resultado que cada quien produjo. Los *autores* o partícipes a que se refiere el presente artículo responderán cada uno en la medida de su propia culpabilidad. Para los sujetos a que se refieren las fracciones VI, VII y VIII, se aplicará la punibilidad dispuesta por el artículo 64 bis de este código. *Cp Guanajuato*: Art. 20.- Es *autor* del delito quien lo realiza por sí, por medio de otro que actúa sin incurrir en delito o con varios en común. Es partícipe quien sea instigador o cómplice. La punibilidad aplicable al *autor* podrá agravarse hasta un tercio, cuando realice el delito por medio de un menor de dieciséis años o de una persona incapaz. *Cp Guerrero*: Art. 17.- Son responsables penalmente, los que intervengan en la comisión del delito en carácter de *autor* o de partícipe y pueden tener ese carácter los siguientes: 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 induzcan dolosamente a otro a cometerlo; VI.- Los que dolosamente presten ayuda o auxilio a otro para su comisión; VII.- Los que con posterioridad a su ejecución, auxilien al delincuente, en cumplimiento de una promesa anterior al delito, y VIII.- Los que intervengan con otros en su comisión, aunque no conste quién de ellos produjo el resultado. *Cp Hidalgo*: Art. 16.- Son *autores* o partícipes del delito: I.- Los que acuerden o preparen su realización; II.- Los que lo realicen por sí; III.- Los que lo realicen conjuntamente; IV.- Los que lo lleven a cabo sirviéndose de otro, de un animal o de cualquier otro medio, utilizable como instrumento; V.- Los que determinen dolosamente a otro para cometerlo; VI.- Los que dolosamente presten ayuda o auxilio a otro para su comisión; y VII.- Los que con posterioridad a su ejecución colaboren con el *autor* en cumplimiento de una promesa anterior al delito. Cuando sin previo acuerdo varias personas intervienen en la comisión de un delito y se ignore quién produjo el resultado, se estará a lo previsto en el artículo 107 de este Código. *Cp Morelos*: Art. 18.- Es responsable del delito quien: I.- Lo realiza por sí mismo o conjuntamente con otro *autor*; II.- Lo lleva a cabo sirviéndose de otro, al que utiliza como instrumento para la comisión del delito; III.- Dolosamente determina a otro para cometerlo; IV.- Dolosamente presta ayuda al *autor* para realizarlo; V.- Con posterioridad a la ejecución del delito auxilia al *autor*, en cumplimiento de una promesa anterior; VI.- Interviene con otros en la comisión del delito, sin acuerdo previo, para realizarlo, y no consta quien de ellos produjo el resultado; y VII.- Los que acuerden y preparen su realización. Los *autores* y los partícipes responderán en la medida de la intervención que hubieren tenido. Por lo que se respecta a los inimputables que hubiesen intervenido en un delito, se aplicarán las medidas previstas en el artículo 57 de este ordenamiento. *Cp Nuevo León*: Art. 39.- Responderán por la comisión delictiva, quien o quienes pongan culpablemente una condición de la lesión jurídica, entendiéndose por tal, un comportamiento físico o psíquico, que trasciende al delito, y que de no haberse dado o no haber existido, tampoco se hubiere dado la comisión delictiva. Por tanto, debe entenderse que ponen culpablemente una condición del resultado: I.- Los *autores* intelectuales y los que tomen parte directa en la preparación o ejecución del mismo; II.- Los que inducen o compelen a otros a cometerlos; III.- Los que cooperen o auxilien en su ejecución, ya sea por conducta anterior o simultánea; y IV.- Los que, por acuerdo previo, auxilien a los delincuentes, después de que éstos realicen la conducta delictuosa. *Cp Oaxaca*: Art. 11. Son *autores* o partícipes del delito: I. Los que acuerden o preparen su realización; II. Los que lo realicen por sí; III. Los que lo realicen conjuntamente; IV. Los que lo lleven a cabo sirviéndose de otro; V. Los que determinen dolosamente a otro a cometerlo; VI. Los que dolosamente presten ayuda o auxilien a otro para su comisión; y VII. Los que con posterioridad a su ejecución, auxilien al delincuente, en cumplimiento de una promesa anterior al delito. *Cp Veracruz*: Art. 37.- El *autor* de un delito puede ser material o intelectual. El primero es quien físicamente lo ejecuta; el segundo, quien lo planea, induce o compele a otro a cometerlo. Art. 38.- Son partícipes del delito quienes: I. Presten ayuda, cooperación o auxilio en la ejecución del delito, por conducta anterior o simultánea; II. Por acuerdo previo auxilien a los *autores*, después de que éstos hayan ejecutado el delito; o III. Sin acuerdo previo, intervengan con otros en su comisión, cuando no se pueda precisar el resultado que cada uno produjo. *Cp Yucatán*: Art. 15. Son *autores* o partícipes del delito: I. Los que intervienen en su concepción, preparación o ejecución; II. Los que instigan o compelen a su ejecución; III. Los que dolosamente hagan tomar una resolución a otro para cometerlo; IV. Los que intencionalmente presten ayuda o auxilio para su comisión; V. Los que con posterioridad a su ejecución, auxilien al sujeto activo del delito, por acuerdo previo; VI. Los que sabiendo que se está cometiendo un delito o se va a cometer y, teniendo el deber legal de impedir su ejecución, no lo impiden, y VII. Los que, sin acuerdo previo, intervengan con otros en su comisión, cuando no se pueda precisar el resultado que cada quien produjo. Los jueces podrán aumentar o disminuir la sanción respectiva, dentro de los límites fijados en cada caso por la ley, según la calidad y el grado de participación de cada delincuente.

En los *Cps* de Campeche, Chiapas, Guerrero, Hidalgo, Nuevo León, Oaxaca, Yucatán la fracción I (*preparen*) se refiere a un supuesto de complicidad²⁹⁹ pero no porque esta figura sea más importante que la de autoría sino porque inicialmente en ella se pensó en forma de autoría, sólo que al ser regulada la autoría en fracciones diferentes quedó dicha fracción referida al acuerdo y la preparación, la cual debiera desaparecer pues como supuesto de complicidad puede ser incluída en la fracción VI. Además, las acciones de *acordar* y *preparar* se considera que por sí solas no debieran fundamentar una pena porque la idea con la que surgieron desde el *Cp* de 1871 fue para establecer una secuencia relacionada con el *iter criminis* y, por ello, se regularon primero, reconociéndose que tendrían efectos jurídicos sólo cuando quien *acordó* y *preparó* siguiera con su acción, por lo menos, hasta una tentativa³⁰⁰.

²⁹⁹ [Con otra idea] Raúl GONZÁLEZ SALAS – CAMPOS, <<El tipo de...>>, p. 148: Como segunda observación, señalo que no existe en el Código Penal la figura de la “autoría intelectual”. No existe esta figura descrita en el Código Penal, ya que no existe ninguna referencia legal a ella. El autor intelectual pertenece a la figura de la coautoría, pues el comportamiento que realiza el –supuesto– “autor intelectual”, no es otro que el que se encuentra definido en el artículo 13 fracción I: “acordar o preparar”. [Esta idea quizás la tomó de este criterio de jurisprudencia]: PARTICIPACION DELICTUOSA. La vieja clasificación de autores, coautores, cómplices y encubridores, seguida por muchos códigos modernos, ha sido suprimida por el código del Distrito y Territorios Federales, aplicable en materia federal, aun cuando en las formas que recoge como participación en el delito la podemos localizar fácilmente, por cuanto a la naturaleza misma de la actividad que constituye la participación. Así, por ejemplo, quienes “inducen o compelen a otros a cometerlos” tienen el carácter de autores, en el primer caso “intelectuales” y en el segundo “mediatos”; las que prestan auxilio o cooperación de cualquier especie, para la ejecución del delito, son auxiliares o cómplices, *mientras que los que intervienen en la concepción, preparación o ejecución de ellos, son evidentemente coautores*. [Sin cursivas en el texto original]. Javier JIMÉNEZ MARTÍNEZ, *La estructura...*, p. 307: La *autoría intelectual* también se le conoce como “determinación dolosa a delinquir” o simple “determinación” se establece en la fracción I del artículo 13 cuando dice: “Los que acuerden o preparen su realización”. Antonio BERCHELMANN ARIZPE, *Derecho penal...*, p. 718: De la <<coautoría por co-dominio del hecho>> (coautoría tumultuaria concertada y coautoría por co-dominio funcional) por previo acuerdo o preparación y actuación conjunta durante la ejecución (en co-dominio del hecho.) (Artículos 13-I-III del CPF, 22-II del CPDF, 20-I y 22 del CPC.)

³⁰⁰ [Así lo señala] Álvaro BÚNSTER BRICEÑO, <<El concepto de autor>>, en *Escritos de derecho penal y política criminal*, p. 186: La primera búsqueda no debe verse obstruida por preceptos infortunados, como la fr. I del artículo 13, que hace responsables del delito a <<los que acuerden o preparen su realización>>. En buena interpretación, y a la luz del precepto de la tentativa, que abre el paso a la punibilidad a partir del principio de ejecución, la antedicha conducta de *preparar* el delito debe entenderse punible, todo lo más, cuando importa un acto de auxilio en conformidad a la fr. VI, cosa que no es posible afirmar de la acción por sí sola de *acordar* el delito, a menos que aparezca seguida por acciones del mismo individuo comprendidas en el *iter criminis* punible. No puede, pues, ese desventurado precepto perturbar la correcta intelección de aquello que es propio y privativo del concepto de autor del hecho. [Y desde los primeros años de vigencia de este *Cp*, esta idea tenía reconocimiento por los autores]: Raúl CARRANCÁ Y TRUJILLO, *Derecho penal mexicano*, 1937, p. 293: Para caracterizar los grados anteriores no hace falta participar ni en la sola

Pero esta naturaleza jurídica ha sido desconocida por los tribunales porque para quienes resuelven, el *acordar* y el *preparar* tienen efectos jurídicos por sí aun y cuando quien realizó el acuerdo y la preparación no continúe en el desarrollo del *iter criminis*, como se demuestra en la siguiente resolución judicial:

PRIMERO.- Siendo las catorce horas con treinta minutos del día de la fecha, se dicta AUTO DE FORMAL PRISIÓN en contra de RAUL SALINAS DE GORTARI como probable responsable del delito de HOMICIDIO DOLOSO, en grado de coparticipación en la especie de acordar o preparar su realización, previsto por los artículos 302, 7º. fracción I, 8º., 9º. párrafo primero 13 fracción I, 303, y sancionado por el 307 del Código Penal Federal; en consecuencia³⁰¹.-

Y esta interpretación equivocada fue confirmada en la resolución del recurso de apelación:

concepción ni en la sola preparación del delito, exclusivamente destacadas en la redacción del art. 13 c.p., pues están necesariamente incluidas la concepción y la preparación en las amplias fórmulas relativas a los cómplices y encubridores y porque además esa participación es insostenible doctrinariamente (v. núms. 265 y 267). El defecto de la fórmula adoptada por el c.p. obedeció, probablemente, a la que puso en circulación el c.p. 1871 y que fué defectuosamente recogida por el vigente, pues aquél definía como autores del delito a “los que lo conciben y resuelven cometerlo, lo preparan y ejecutan (art. 49 fr. I c.p. 1871); es decir, a los que sucesiva y no independientemente recorrieran todos esos momentos del *iter criminis*; los mismos que el art. 13 c.p. recogió, pero dándoles propia e independiente sustantividad. Luis MUÑOZ, *Comentarios...*, p. 272: Nuestro legislador [*se refiere al del Cp de 1931*] no debió incluir entre las formas de participación la preparación –actos preparatorios- ya que no debe tener la consideración de delito, ni los que intervienen en ella la condición de autores. Gustavo MALO CAMACHO, *Derecho penal...*, pp. 494 y 495: El código penal en la fracción I reformada centra su atención en el entendimiento de que la autoría y la participación sólo son dables a partir del injusto típico, cuyo límite mínimo de punibilidad es el que deriva de la tentativa. Así, expresa: la fracción I, “acuerdan o preparan la realización del delito”, necesariamente se refieren al delito cometido. Arturo ZAMORA JIMÉNEZ, *Autoría y...*, pp. 66 y 67: La fracción I del artículo 11 del Código Penal [*se refiere al Cp Jalisco*] establece que son responsables de la comisión de un delito: “Los que intervienen en la concepción, preparación o ejecución del mismo”. La concepción de un delito, de ninguna manera debe considerarse conducta relevante para el Derecho Penal, habida cuenta de que “las ideas no delinquen”; por lo tanto, en nuestra opinión, mientras no se externen ningún acto que, por lo menos, consista en proposición, provocación o el inicio de una conducta tendiente a la inducción, el sólo hecho de tener en mente la idea criminal debe ser irrelevante para el Derecho Penal; así lo ha dejado muy claro la doctrina penal mayoritaria, al señalar que *gicogitationis* [*sic; ¿cogitationis?*] *poenam nemo patitur* (los actos internos resultan impunes) o bien, en la sentencia: “el pensamiento no delinque”. En este sentido, cabe señalar que los términos “acuerdo” y “preparación” hacen referencia a los momentos previos a la fase ejecutiva del delito; esto corresponde a las llamadas formas de “participación intentada” que otras legislaciones, para cumplir con el principio de legalidad, han tipificado como conspiración, proposición o provocación para delinquir. La norma no aclara en qué deben consistir los actos de acuerdo y preparación; por lo tanto, debemos considerar de entrada que el solo hecho de proponer o llevar a cabo actos preparatorios, no crea un peligro objetivo e inminente a los bienes jurídicamente tutelados por el Derecho Penal; en todo caso, el peligro surge a partir del momento en que se externa una conducta activa dirigida a la producción del resultado querido.

³⁰¹ Dictada por el juez tercero de distrito en el estado de México.

ÚNICO.- SE CONFIRMA en sus términos el Auto de Formal Prisión de seis de marzo de mil novecientos noventa y cinco, pronunciado por el Juez Tercero de Distrito en el Estado de México, dentro del proceso 14/95 instruido a RAÚL SALINAS DE GORTARI, por su presunta responsabilidad penal en la comisión del delito de HOMICIDIO DOLOSO, EN GRADO DE COPARTICIPACIÓN³⁰² EN LA ESPECIE DE ACORDAR O PREPARAR SU REALIZACIÓN, previstos por los artículos 302, 7º., fracción I, 8º. 9º. párrafo primero, 13 fracción I, 303 y sancionado por el 307, todos del Código Penal Federal.

La naturaleza jurídica de autoría a estos supuestos se le reconoce en el *Código de Justicia Militar*:

Artículo 109. Son autores de un delito:

I. Los que lo conciben, resuelven cometerlo, lo preparan y ejecutan, ya sea por sí mismos o por medio de otros a quienes compelen o inducen a delinquir, abusando aquéllos de su autoridad o poder, o valiéndose de amagos o amenazas graves, de la fuerza física, de dádivas, de promesas o de culpables maquinaciones o artificios;

II. los que son la causa determinante del delito, aunque no lo ejecuten por sí ni hayan preparado la ejecución, y se valgan de otros medios diversos de los enumerados en la fracción anterior para hacer que otros los cometan;

III. los que con carteles dirigidos al pueblo, o al ejército, o haciendo circular manuscritos o impresos, o por medio de discursos estimulen a cometer un delito determinado, si éste llega a ejecutarse, aunque sólo se designen genéricamente las víctimas;

IV. los que ejecuten materialmente el acto en que el delito queda consumado, exceptuando el caso del artículo siguiente;

V. los que ejecutan hechos que son la causa impulsiva del delito, o que se encaminan inmediata y directamente a su ejecución, o que son tan necesarios en los actos de verificarse ésta, que sin ellos no puede consumarse;

VI. los que ejecutan hechos que, aunque a primera vista parecen secundarios, son de los más peligrosos, o requieren mayor audacia en el agente, y

VII. los que teniendo por su empleo o comisión el deber de impedir o de castigar un delito, se obligan con el delincuente a no estorbarle que lo cometa, o a procurarle la impunidad en el caso de ser acusado³⁰³.

En la *legis comparada* se inicia con la regulación del autor: *Cp Alemania*: Título tercero: *Autoría* y participación. Art. 25 (*Autoría*). (1) Se castigará como autor a quien cometa el hecho punible por sí o por medio de otro. (2) Si varios

³⁰² Véase como se utiliza la denominación <<coparticipación>> para encubrir la falta de definición sobre la naturaleza jurídica de la fracción I, haciéndose a un lado la inobservancia del art. 168 del Código Federal de Procedimientos Penales en el que se exige la determinación del rol con el que se intervino en el delito (autor o partícipe). Esta resolución fue dictada por el licenciado Carlos Hugo Luna Ramos, magistrado del segundo tribunal unitario del segundo circuito.

³⁰³ [Tomado de] J. Alberto MONTOYA AGUADO/Benjamín MONTOYA AGUADO, *Códigos de Justicia Militar en México 1882-2000*, 2000, p. 1029.

cometieren el hecho punible en común, cada uno será castigado como *autor* (coautor). Art. 26 (Instigación). Como instigador e igual que si fuese autor, será castigado el que dolosamente determinare a otro a la comisión del hecho doloso y antijurídico perpetrado por éste. Art. 27 (Complicidad). (1) Se castigará como cómplice a quien dolosamente prestare ayuda y asistencia al hecho doloso y antijurídico cometido por otro. (2) Se ajustará la pena de los cómplices conforme al régimen aplicable a los autores, atenuándola según lo dispuesto en el art. 49, inc. 1. *Cp España*: TÍTULO II. **De las personas criminalmente responsables de los delitos y faltas.** Art. 27. Son responsables criminalmente de los delitos y faltas los *autores* y los cómplices. Art. 28. Son *autores* quienes realizan el hecho por sí solos, conjuntamente o por medio de otro del que se sirven como instrumento. También serán considerados *autores*: a) Los que inducen directamente a otro u otros a ejecutarlo. b) Los que cooperan a su ejecución con un acto sin el cual no se habría efectuado. Art. 29. Son cómplices los que, no hallándose comprendidos en el artículo anterior, cooperan a la ejecución del hecho con actos anteriores o simultáneos. *Cp. Francia*: Art. 121-4. Es *autor* de la infracción quien: 1º. Comete el hecho penado por la Ley; 2º. Intenta cometer un delito grave o, en los casos expresamente previstos por la Ley, un delito menos grave. Art. 121-6. Serán castigados como *autores* los cómplices de la infracción, en el sentido del artículo 121-7. Art. 121-7. Son cómplices de un delito grave o menos grave los que, conscientemente, con su ayuda o cooperación, hayan facilitado su preparación o ejecución. También son cómplices quienes, por medio de dádiva, promesa, amenaza, orden, o bien abuso de autoridad o de poder, hayan inducido a otro o le hayan dado instrucciones para que se cometa la infracción. *Cp Colombia*: Art. 28.- *Concurso de personas en la conducta punible*. Concurrer en la realización de la conducta punible los *autores* y los partícipes. Art. 29.- *Autores*. Es autor quien realice la conducta punible por sí mismo o utilizando a otro como instrumento. Son *coautores* los que, mediando un acuerdo común, actúan con división del trabajo criminal atendiendo la importancia del aporte. También es *autor* quien actúa como miembro u órgano de representación autorizado o de hecho de una persona jurídica, de un ente colectivo sin tal atributo, o de una persona natural cuya representación voluntaria se detente, y realiza la conducta punible, aunque los elementos especiales que fundamentan la penalidad de la figura punible respectiva no concurren en él, pero sí en la persona o ente colectivo representado. El *autor* en sus diversas modalidades incurrirá en la pena prevista para la conducta punible. Art. 30.- *Partícipes*. Son partícipes el determinador y el cómplice. Quien determine a otro a realizar la conducta antijurídica incurrirá en la pena prevista para la infracción. Quien contribuya a la realización de la conducta antijurídica o preste una ayuda posterior, por concierto previo o concomitante a la misma, incurrirá en la pena prevista para la correspondiente infracción disminuida de una sexta parte a la mitad. Al interviniente que no teniendo las calidades especiales exigidas en el tipo penal concorra en su realización, se le rebajará la pena en una cuarta parte. *Cp El Salvador*: CAPÍTULO IV. DE LOS *AUTORES* Y PARTÍCIPIES. RESPONSABLES PENALMENTE. Art. 32.- Incurrer en responsabilidad penal por el delito cometido, los *autores*, los instigadores y los cómplices. Los autores pueden ser directos o mediatos. En los delitos culposos cada uno responde de su propio hecho. **AUTORES DIRECTOS O COAUTORES.** Art. 33.- Son *autores* directos los que por sí o conjuntamente con otro u otros cometen el delito. **AUTORES MEDIATOS.** Art. 34.- Se consideran *autores* mediatos los que cometen el delito por medio de otro del que se sirven como instrumento. Si la ley requiere ciertas calidades personales o que se haya obrado en determinadas circunstancias de carácter subjetivo, será necesario y suficiente que dichas calidades o circunstancias concurren en el *autor* mediato. **INSTIGADORES.** Art. 35.- Se consideran instigadores los que dolosamente hubieren determinado a otro a cometer el delito. **CÓMPICES.** Art. 36.- Se consideran cómplices: 1) Los que presten al autor o autores una cooperación, de tal modo necesaria, que sin ella no hubiere podido realizarse el delito; y, 2) Los que presten su cooperación de cualquier otro modo a la realización del delito, aún mediante promesa de ayuda posterior a la consumación de aquél. En todo caso, no tendrán responsabilidad alguna en los delitos cometidos por medio de la prensa, radio, televisión u otros órganos similares de difusión, las personas que en razón del trabajo que desempeñen, participen materialmente en la elaboración o difusión del escrito o programa.

Sin embargo, el concepto de autor y su determinación sólo se hace necesario cuando en el hecho se realizan acciones que no pueden ser consideradas como expresión de la acción típica, que son las acciones de los partícipes³⁰⁴. Qué

³⁰⁴ [En este sentido] Günter STRATENWERTH, *Derecho penal...*, p. 228: (...) Únicamente en los supuestos en que sean varios los que han participado, y ante todo para diferenciarlo de otras formas de participación, *el concepto de autoría adquiere su función propia*. Pero este concepto *no se puede desarrollar aisladamente*, sino únicamente a través de la cuestión de a quién corresponde, entre los varios partícipes, el rol de autor. [*Sin cursivas en el texto original*]. Enrique RAMOS MEJÍA, <<La participación...>>, p. 9: 3. He señalado más arriba

contradicción: el concepto de autor es primero que el de participación, pero no tiene importancia cuando éste no existe. Es el más importante pero necesita del secundario.

La búsqueda de ese *concepto de autor* en la *legis* penal mexicana, entendido éste como el principio o características propias y esenciales para diferenciarlo de los partícipes, es la propuesta que se hace en este capítulo a partir de las teorías que mayor reconocimiento han tenido hasta hoy³⁰⁵.

3.2. Teorías para identificar al autor

Sin necesidad de ir tan lejos en el tiempo puede afirmarse que la discusión relacionada con la definición de roles en la realización de un delito está delimitada y orientada a partir del siglo XIX, con lo que su análisis desde entonces será suficiente para comprender lo que se ha dicho al respecto.

3.2.1. Teorías objetivas. Cronológicamente se consideran las primeras por el reconocimiento de la llamada época de la responsabilidad por el resultado³⁰⁶,

que uno de los méritos del vigente Código Penal argentino consiste en haber limitado la enunciación de las hipótesis legales de participación criminal en los Arts. 45 y 46 y en haber excluido de tal nómina el caso del autor único. Este aparece suficientemente caracterizado en realidad en cada uno de los tipos del Libro Segundo del Código, aún en aquellos casos de coautoría necesaria, tanto sobre la base de una misma acción (asociación ilícita) como de acciones confluentes (cohecho). *En realidad, bien miradas las cosas el tema del autor en derecho penal se convierte en problema sólo cuando el hecho resulta cometido en participación criminal. Extraño, pero es así. [Sin cursivas en el texto original].*

³⁰⁵ Claus ROXIN, *Dogmática penal y política criminal*, p. 352: (...) Esto [*se refiere a la delimitación entre autor y partícipe*] necesita ser explicado porque sólo se puede entender el estado actual de la discusión y fundamentar la propia solución, si se tiene en cuenta el desarrollo histórico de la dogmática.

³⁰⁶ [*Coincidimos con los autores que aceptan que una época con estas características, de manera absoluta no existió; entre otros*] Edmund MEZGER, *Derecho penal...*, p. 192: (...) Se puede admitir que en los tiempos primitivos la responsabilidad jurídico – penal ha acentuado más el aspecto del resultado, y en los tiempos modernos más el del hecho punible. Pero, en lo que atañe a dicho desarrollo, muchas cosas están envueltas, desde el punto de vista histórico, en oscuridades. Tomar posición en orden a estos difíciles problemas *histórico – jurídicos* y resolver independientemente los puntos dudosos que aun existen al respecto, no es tarea que le pueda corresponder a este Libro. Nos limitaremos, por lo tanto, a señalar algunos criterios importantes e interesantes. [*Y en la p. 276, Mezger, dice:*] (...) Nos abstenemos de examinar si ha existido un mero “derecho penal del resultado” en el comienzo de aquella evolución jurídico – penal. Aún prescindiendo

en la cual bastaba sólo la producción de éste para la imposición de la pena. En este grupo se distinguen las llamadas *teorías material –objetivas* y *formal–objetiva*.

3.2.1.1. *Teorías material–objetivas*. La delimitación entre autoría y participación se hace apoyándose en elementos o características relacionadas con la acción que se realiza por quienes intervienen en el hecho, pues su aporte es lo definitivo para clasificar la importancia de lo que cada uno hizo.

3.2.1.1.1. *Teoría de la temporalidad*. Se dice tiene su reconocimiento con los juristas italianos de la edad media³⁰⁷. Su fundamento es el momento en el que la persona realiza la acción con la que participa en el hecho. El tiempo del aporte define su clase: (1) *concurso anterior*, quien lo realice será auxiliador o cómplice; (2) *concurso simultáneo o concomitante*, se refiere a los autores; (3) *concurso subsecuente o posterior*, se ubican al cómplice subsecuente y a los receptadores y favorecedores, es decir, a los encubridores. Esto lo explica Francisco CASTILLO GONZÁLEZ:

de lo que se acaba de decir, es un hecho cierto que la “tentativa” se ha desarrollado poco a poco, antes de tener el sentido que le damos en la actualidad. Ya en los primeros tiempos, se pusieron de manifiesto ciertas formas sustitutivas. Eugenio Raúl ZAFFARONI, *Tratado de derecho penal, parte general, t. IV*, p. 413: (...) Todo esto es una cuestión de grado, puesto que jamás ha habido un derecho penal que rechazase de plano todo lo concerniente a la manifestación de la voluntad, reduciéndose a la mera punición del resultado.

³⁰⁷ Enrique PESSINA, *Elementos de derecho penal*, p. 494: § 114. Si hasta aquí [*se refiere al derecho romano de la antigüedad*] no se presenta un sistema de principios generales, podemos afirmar que el verdadero comienzo de una teoría sobre el concurso de delincuentes se debe á las leyes estatutarias de las ciudades italianas y á los intérpretes que inauguraron en Italia la ciencia del Derecho penal. Según los Estatutos italianos, el partícipe del delito era penado, pero con pena menor de la que se aplicaba al reo principal. Es indudable por otra parte, que la doctrina romana de la severidad en el castigo de aquellos que impulsan á otros á delinquir, y las demás doctrinas derivadas del exagerado principio subjetivo para la *ratihabitio* y el concurso negativo, fueron comprendidas en la *communis opinio doctorum*. Francisco CASTILLO GONZÁLEZ, *La participación...*, p. 15: 6.- Los glosadores y postglosadores italianos trataron la participación de modo exhaustivo y son los primeros que intentan hacer una teoría científica sobre el fenómeno de la actuación de varios en un hecho punible. Su doctrina fue indiscutida hasta el siglo XVIII y tuvo una influencia decisiva sobre el movimiento de codificación europeo del siglo XIX. Pertenecen a esta corriente los nombres de Gandino, Aretinus, De Vitalinis, De Marsiliis, Bossius, Bartolus, Clarus, Decianus, Menochius y Farinacius, entre otros.

La distinción esencial de los postglosadores fue entre *auxilium ante delictum*, *auxilium in delicto* y *auxilium postdelictum*. Esta distinción fue hecha primeramente por Bartolus y por su alumno Aretinus. Clarus distinguió según que la ayuda, que fue prestada con posterioridad a la comisión del delito, hubiera sido o no acordada previamente a la comisión. Si fue acordada previamente a la comisión del delito, se trata, para Clarus, de un caso de complicidad denominada *sub sequens*, que debe castigarse con la misma pena que la autoría. Por el contrario, si la ayuda fue prestada con posterioridad a la comisión del delito, pero sin acuerdo previo a ésta, la pena debe ser menor, porque, como dice Bartolus, refiriéndose a la ayuda prestada al delincuente para su fuga, “...*non fuit praestitum auxilium ad committendum, sed ad evadendum*...”. La misma idea se encuentra en Gandinus, quien afirma que los que ayudan a la fuga del homicida merecen un castigo *de favore et ope praestito ad ipsum homicidium*, pero no la pena ordinaria del homicidio, sino solamente una pena arbitraria, porque ese “...*auxilium post delictum non causam mortis dedit*. Por último, Clarus dice que el *auxilium post delictum consumatum*, incluye la *receptatio criminorum*, pero el auxiliador posterior a la consumación (que actuó sin acuerdo previo a la consumación) merece pena menor que el autor y el verdadero cómplice, porque *non dicitur vere auxiliator*³⁰⁸.

La separación de los *encubridores del concursus delinquentium* dada por este criterio de la temporalidad, se encuentra en *Paul Johan Anselm Ritter von FEUERBACH*³⁰⁹:

³⁰⁸ *La participación...*, pp. 16 y 17. También: Faustino BALLVÉ, <<El problema...>>, p. 32: (...) Así los glosadores y prácticos italianos que se encargaron de la recepción del Derecho romano, distinguieron entre el *concursum concomitans*, *antecedens* y *subsequens*, entre el *concursum plenus* y el *concursum minus*, etc., etc. Enrique BACIGALUPO ZAPATER, *Principios...*, p. 368: (...) teoría de la intervención antes y durante la ejecución, que también ha influido en el derecho español [art. 14.1. CP anterior].

³⁰⁹ <<Feuerbach- que significa “arroyo de fuego” nació en Hainichen, cerca de Jena, el 14/11/1775. En 1792 se matriculó en la Universidad de Jena, después de una seria disputa con su padre. En 1794 publicó su primer artículo *Sobre el estado de naturaleza* y en 1795 otros dos: *Ensayo sobre el concepto del derecho* y *sobre la imposibilidad de un primer principio absoluto de la filosofía*. En el mismo año publicó su primer libro: *Sobre la única demostración posible acerca de la existencia y validez de los derechos naturales* y obtuvo el grado de doctor en Filosofía. Al año siguiente -1796- publicó su segundo libro: *Crítica del derecho natural como propedéutica para una ciencia del derecho natural* (...). En 1797 publicó el *Anti-Hobbes*; en 1798 realizó una investigación sobre el delito de alta traición; en 1799 obtuvo su grado de doctor en Derecho de la Universidad de Jena y publicó su obra más importante como teórico: *Revisión de los principios y conceptos fundamentales del derecho penal positivo*. En 1801 publicó la presente obra, cuyo título completo es *Tratado de derecho penal común vigente en Alemania*. En 1802 dejó Jena y pasó a Kiel, Landshut, y, en 1805, a Munich. A partir de esa fecha se inicia el período en el cual Feuerbach desempeña diferentes cargos oficiales que lo llevan a participar en la redacción de diferentes leyes bávaras, tarea que alcanza su punto culminante con el Código Penal bávaro de 1813 (...). Se da por cierto que Feuerbach murió a causa de una enfermedad circulatoria que ya le había causado dos ataques anteriores, extinguiéndose de ese modo su existencia terrena el 29 de mayo de 1833>>. (Eugenio Raúl Zaffaroni, *Ensayo preliminar*, en la traducción del *Tratado de derecho penal común vigente en Alemania*, 1989, pp. 15-17).

Quien sólo después de la consumación del crimen, a sabiendas forme parte en él, será encubridor (*fautor delicti*). El encubrimiento puede tener lugar mediante la libre participación en las ventajas del hecho, mediante la protección del criminal en lo que respecta al aumento o al goce de las ventajas de su infracción (ocultamiento o adquisición a sabiendas de las cosas obtenidas del crimen) y, en especial, mediante acciones –o también omisiones, según las circunstancias– que procuren sustraer al autor de la coerción penal³¹⁰.

La separación del *encubrimiento* de las formas de participación fue aceptada, digamos, sin mayores cuestionamientos, desde inicios del siglo XX³¹¹. En nuestro país, el *encubrimiento* como forma de participación existió en el texto original del *Cp* de 1931:

Artículo 13.- Son responsables todos los que toman parte en la concepción, preparación o ejecución de un delito, o prestan auxilio o cooperación de cualquier especie, por concierto previo o posterior, o inducen directamente a alguno a cometerlo.

³¹⁰ *Tratado de derecho penal común vigente en Alemania* (trds. Eugenio Raúl Zaffaroni e Irma Hagemeyer, 1989, p. 82.

³¹¹ Luis JIMÉNEZ DE ASÚA, *La unificación del derecho penal en Suiza*, 1916, p. 224: Así ha opinado el Anteproyecto suizo, y entre los <<delitos contra la administración de justicia>> sanciona el encubrimiento: **Art. 269**. (Nota marginal: Embarazar la acción penal). <<Aquel que hubiera sustraído una persona á una persecución penal, ó á la ejecución de una pena ó de alguna otra medida ordenada por la justicia penal, será penado con prisión ó con multa. No incurrirá en ninguna pena, si sus relaciones con la persona perseguida ó condenada son lo bastante íntimas para hacer excusable su conducta>>. En el Anteproyecto hay además otro artículo que hace relación al encubrimiento de objetos robados (*recel*, en francés), y que, ilógicamente, se trata entre los <<delitos contra el patrimonio>>. [*Se respetaron los acentos del texto. El Anteproyecto es de 1915. Lo que califica Jiménez de Asúa de ilógico es el encubrimiento por receptación, que hoy nadie discute como figura autónoma*]. Raúl CARRANCA Y TRUJILLO, *Derecho penal mexicano, parte general*, 1937, p. 290: 277.- d).- El encubrimiento consiste en la realización de una acción posterior a la ejecución del delito y en favor del delincuente, sin acuerdo previo a la ejecución del delito mismo. En las legislaciones clásicas más perfectas es considerado el encubrimiento como un delito especial, no como un grado de la participación, por lo mismo que la causa debe preceder siempre al efecto, como ya dijo Pessina. El Congreso Penitenciario de Bucarest (1905) votó esta solución doctrinaria también; pero no obstante, algunas legislaciones siguen considerando el encubrimiento como un grado de participación en general. Francisco CASTILLO GONZÁLEZ, *La participación...*, p. 18: a-3) El Código penal francés de 1880 equiparó a los encubridores a los cómplices. El artículo 61 de este Código distinguió dos formas de encubrimiento: el *recel de brigands* (primer párrafo), forma de encubrimiento de autores de actos de pillaje o de violencias contra la seguridad del Estado, la paz pública, las personas o propiedades, castigada como acto de complicidad con el encubierto y con la misma pena y el *recel de criminels* (segundo párrafo), forma de encubrimiento castigable con una pena especial, independiente de la pena del autor principal. La primer forma de encubrimiento, que es la que el Legislador francés castigó como complicidad, existió en el Derecho Penal francés como forma de complicidad hasta 1915, fecha en que el Legislador francés convierte al encubrimiento en delito distinto de la participación criminal.

Los jueces podrán aumentar o disminuir la sanción respectiva, dentro de los límites fijados por la ley, según la participación de cada delincuente.³¹²

Esta regulación del *encubrimiento* como forma de participación fue explicada por los miembros de la comisión redactora del texto original del *Cp* de 1931, *Luis GARRIDO* y *José Angel CENICEROS*:

3.- En cuanto al encubrimiento, hubo la tendencia a considerar tan sólo como tal, al que implica ayuda al delincuente sin previo acuerdo con él, pues si existe acuerdo anterior, más bien se trata de complicidad, y ésto con el fin práctico de convertir el encubrimiento así entendido, en delito específico.

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

Esta dificultad se resolvió creando en la ley un sistema mixto que consiste en considerar al encubrimiento por regla general, como grado de coparticipación, en los términos del artículo 13, que incluye como responsables, a los que presten auxilio o cooperación de cualquier especie, por concierto previo o posterior...., y considerar asimismo al encubrimiento como delito específico, en contados casos, que se enumeran en el artículo 400 y último del Código³¹³.

El abandono del *encubrimiento* como forma de participación se dio mediante reforma del art. 13, en el año de 1984, con el siguiente texto:

Art. 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 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

³¹² Esta idea mantiene su influencia en el *Cp* de Tlaxcala: Art. 12.- Son responsables de un delito ya cometido, todos los que tomaron parte en su concepción, preparación o ejecución, o prestan auxilio o cooperación de cualquier especie, por concierto previo o por intervención posterior a la ejecución, por medio de actos u omisiones que no sean de los expresamente previstos como encubrimiento; y los que induzcan o compelan directamente a alguien para cometer un delito.

³¹³ *La ley penal...*, p. 57.

VIII. Los que intervengan con otro en su comisión, aunque no conste quién de ellos produjo el resultado.

A partir de esta reforma, en el *Cp* Federal el *encubrimiento* adquiere la naturaleza de delito especial como *encubrimiento* por receptación y *encubrimiento* por favorecimiento³¹⁴. El texto vigente del art. 400, es el siguiente:

Artículo 400. Se aplicará prisión de tres meses a tres años y de quince a sesenta días multa, al que:

I. Con ánimo de lucro, después de la ejecución del delito y sin haber participado en éste, adquiera, reciba u oculte el producto de aquél a sabiendas de esta circunstancia.

Si el que recibió la cosa en venta, prenda o bajo cualquier otro concepto, no tuvo conocimiento de la procedencia ilícita de aquélla, por no haber tomado las precauciones indispensables para asegurarse de que la persona de quien la recibió tenía derecho para disponer de ella, la pena se disminuirá hasta en una mitad;

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

III. Oculte o favorezca el ocultamiento del responsable de un delito, los efectos, objetos o instrumentos del mismo o impida que se averigüe;

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

V. No procure, por los medios lícitos que tenga a su alcance y sin riesgo para su persona, impedir la consumación de los delitos que sabe van a cometerse o se están cometiendo, salvo que tenga obligación de afrontar el riesgo, en cuyo caso se estará a lo previsto en este artículo o en otras normas aplicables.

³¹⁴ En otros *Cps* la regulación se hace en arts. separados. Como ejemplo: *Cp Sinaloa*: Art. 233. Al que con ánimo de lucro, después de la ejecución de un delito y sin haber participado en éste, reciba u oculte el producto de aquél, a sabiendas de esta circunstancia, o al que ayude a otro para los mismos fines, se le aplicará prisión de dos a seis años y de sesenta a ciento ochenta días multa. Art. 348. Al que después de la ejecución de un delito, sin haber participado en éste, por acuerdo posterior auxilie en cualquier forma al inculpado a eludir las investigaciones de la autoridad competente o a sustraerse de la acción de ésta, o bien oculte, altere, destruya o haga desaparecer los rastros, pruebas o instrumentos del delito o asegure para el inculpado el producto o provecho del mismo, se le impondrá hasta una cuarta parte de la pena que corresponda al delito encubierto. A los servidores públicos que por motivo de su encargo o en ejercicio de sus funciones cometan el delito de encubrimiento, se les aplicará hasta la mitad de las penas para el delito encubierto. Art. 349. Al que por los medios lícitos que tenga a su alcance y sin riesgo de su persona o bienes, no procure impedir la consumación de los delitos que sepa van a cometerse o se están cometiendo, si son de los que se persiguen de oficio, se le sancionará con prisión de tres meses a un año y de diez a veinte días multa. La mismas penas se impondrán a quien requerido por la autoridad, no proporcione auxilio para la investigación de los delitos o para la persecución de los delincuentes.

No se aplicará la pena prevista en este artículo en los casos de las fracciones III, en lo referente al ocultamiento del infractor, y IV, cuando se trate de:

- a) Los ascendientes y descendientes consanguíneos o afines;
- b) El cónyuge, la concubina, el concubinario y parientes colaterales por consanguinidad hasta el cuarto grado, y por afinidad hasta el segundo; y
- c) Los que estén ligados con el delincuente por amor, respeto, gratitud o estrecha amistad derivados de motivos nobles.

El Juez, teniendo en cuenta la naturaleza de la acción, las circunstancias personales del acusado y las demás que señala el artículo 52, podrá imponer en los casos de encubrimiento a que se refieren las fracciones I, párrafo primero y II a IV de este artículo, en lugar de las sanciones señaladas, hasta las dos terceras partes de la que correspondería al autor del delito; debiendo hacer constar en la sentencia las razones en que se funda para aplicar la sanción que autoriza este párrafo³¹⁵.

Sin embargo, la desaparición del *encubrimiento* como forma de participación en el *Cp* Federal no ha sido tomada en serio por la *doc jur pen*, pues, la naturaleza mixta del encubrimiento aún se acepta por *Raúl CARRANCÁ* y *TRUJILLO/Raúl CARRANCÁ* y *RIVAS, Eduardo LÓPEZ BETANCOURT*, quienes respectivamente, dicen:

Tocante al encubrimiento, que como ya vimos fue recogido también como uno de los grados de la participación, el legislador de 1931 lo consideró, además en algunos casos, como delito específico. En efecto, creó el delito de “encubrimiento” consistente en no procurar, (...) (art. 400 c.p.). Los tres primeros casos son de omisión y el legislador los consideró como encubrimiento con pena propia, inferior a la de los delitos imprudenciales o culposos.

Como se advierte de todo lo anterior, el legislador creó un sistema mixto en relación con el encubrimiento al darle propia entidad delictuosa en el art. 400 c.p. y mantenerlo al mismo tiempo como grado de la participación para la totalidad de los casos y según la tradición clásica³¹⁶.

Algunos autores consideran al encubrimiento como una modalidad de la participación en el delito, y otros lo estiman como delito independiente. En nuestra legislación penal, el encubrimiento tiene una doble vertiente: *a*) como forma de participación, y *b*) como delito autónomo. Será en forma de participación, cuando el encubridor, antes de cometerse el ilícito, tiene pleno

³¹⁵ La forma de sancionar estos supuestos demuestra que el encubrimiento no ha logrado despojarse su naturaleza de forma de participación y adquirir el reconocimiento total de delito independiente.

³¹⁶ *Derecho penal...*, p. 685. [Esta opinión que se dijo en 1937 hoy no tiene vigencia, sin embargo, aun y cuando el texto del art. 13 hoy no es el mismo que el de 1931, en la edición de esta obra se sigue repitiendo, lo que significa que la misma no se ha actualizado].

conocimiento y está de acuerdo en guardar al autor material una vez que éste cometa su ilícito. Aquí, sin lugar a dudas, existe una participación cierta y efectiva en el desarrollo del ilícito y la encontramos prevista en la fracción VII del artículo 13 del Código Penal, cuando dice que son responsables del delito: “Los que con posterioridad a su ejecución auxilién al delincuente, en cumplimiento de una promesa anterior al delito”. Como delito autónomo, el encubridor se presentará cuando se ignore lo referente a la realización del hecho delictivo y una vez que éste ha pasado, se oculte al delincuente. La principal relevancia y diferencia de estos dos encubrimientos va en relación directa con la sanción; el mejor ejemplo que podemos anotar es el de un homicidio, si fuera encubrimiento como participación, la sanción será mayor que si fuera encubridor como delito autónomo, que es al que se refiere el artículo 400 del Código Penal, cuya sanción es de prisión de 3 meses a 3 años y de 15 a 60 días multa³¹⁷.

³¹⁷ *Introducción...*, pp. 203 y 204. [*Véase como al cómplice subsecuente le llama encubridor*]. Esta idea también en Rodrigo QUIJADA, *Nuevo...*, p. 113: (...) en el marco del principio de accesoriedad, las fracciones IV, V y VI [*son del art. 22 del Nuevo Código Penal para el Distrito Federal*], hacen referencia a los demás intervinientes posibles: instigadores o inductores, cómplices y encubridores, respectivamente. Tratándose de estos últimos, sólo se incluye el encubrimiento cuando una persona, cumpliendo una promesa anterior al delito, auxilia al autor con posterioridad a la ejecución del mismo. En los demás casos, es decir cuando no hay acuerdo anterior, se cometen los delitos de encubrimiento por favorecimiento (art. 320). [*En la p. 114, agrega:*] El encubrimiento consiste como, lo señala el legislador, en el auxilio que se presta al delincuente con posterioridad a la ejecución del delito, en cumplimiento de una promesa anterior al delito. Miguel Angel AGUILAR LÓPEZ, <<Autoría y participación en el proceso penal>>, en *Reflexiones en torno de la justicia penal*, 2003, pp. 89 y 90: Analizar la legislación federal conduce a concluir que los sujetos responsables del delito son: (I) los que acuerden o preparen su realización (autor intelectual); (II) los que los [*sic; ¿lo?*] realicen por sí (autor material); (III) los que lo realicen conjuntamente (coautores); (IV) los que lo lleven a cabo sirviéndose de otro (autor mediato); (V) los que determinen dolosamente a otro a cometerlo (instigador); (VI) los que dolosamente presten ayuda o auxilién a otro para su comisión (cómplice); (VII) los que con posterioridad a su ejecución auxilién al delincuente, en cumplimiento de una promesa anterior al delito (encubridor); y (VIII) los que sin acuerdo previo, intervengan con otros en su comisión, cuando no se pueda precisar el resultado que cada quien produjo (complicidad correspectiva); [*esta idea la ratifica de nuevo en El delito y la responsabilidad penal. Teoría, jurisprudencia y práctica*, 2006, p. 296: En rigor conceptual y de acuerdo con el *nullum crimen sine lege*, son autores o partícipes, en términos del artículo 13 del Código Penal Federal: (...) g) Los que con posterioridad a su ejecución auxilién al delincuente en cumplimiento de una promesa anterior al delito (encubridor) y; (...). Enrique DÍAZ ARANDA, *Enriquecimiento ilícito de servidores públicos*, 1999, p. 142: Así de conformidad con el 2o. párrafo del artículo 212, en relación con el artículo 13, ambos del *Código Penal*, será cómplice o encubridor, según el caso, quien participe en la perpetración del enriquecimiento ilícito. En otras palabras, lo será aquel sujeto que preste ayuda o auxilie al servidor público para cometer el delito referido (cómplice), o bien el sujeto que con posterioridad a la consumación del enriquecimiento auxilie al servidor, en cumplimiento de una promesa anterior al delito (encubridor). [*Si se revisa en serio el segundo párrafo del art. 224, éste no se refiere a cómplices y encubridores –como se dice– sino que el legislador ha creado otros dos supuestos de autoría, independientes del autor del párrafo primero*]. Javier JIMÉNEZ MARTÍNEZ, *La estructura...*, p. 327: En este trabajo se estudia como una forma de participación, pues el encubridor no es autor, sino “partícipe” y se establece en la fracción VII del artículo 13 del Código Penal Federal, al señalar: Los que con posterioridad a su ejecución auxilién al delincuente, en cumplimiento de una promesa anterior al delito.

También el *encubrimiento* como forma de participación lo acepta Raúl

PLASCENCIA VILLANUEVA:

(...) Un buen número de autores escinden el encubrimiento de la participación; sin embargo, a nosotros nos parece que es una clara forma de intervención en el delito y que por ende no existe justificación para dejar al margen del análisis de la participación, aún cuando se trata de actos posteriores al delito, pues en buena medida el auxilio o la ayuda contribuye a la consecución de los fines previstos por parte del delincuente³¹⁸.

Esta idea de pensar el encubrimiento enfrenta la dificultad de justificar su naturaleza como forma de participación, pues si el conocimiento y el aporte sobre el hecho se tienen cuando éste ya se ha consumado, ¿qué teoría es la que puede desconocer el principio de que no se puede participar en un hecho consumado? Por ello, los iniciadores de la teoría de la temporalidad separaron al encubridor y le reconocieron características diferentes de quienes participan antes y concomitante al hecho. Que aún con esto, el encubridor se vio como forma de participación, se justifica y se acepta por el tiempo en el que se dio y por el desarrollo de la teoría de la participación, pero que hoy se piense así, ¿cómo se presentaría la relación de accesoriedad con los autores y los partícipes?

Sin embargo, la naturaleza del encubrimiento como forma de participación permanece en el *Código de Justicia Militar*, texto que en esta materia reproduce, básicamente, la idea del *Cp* de Martínez de Castro³¹⁹:

Artículo 116. Son encubridores de primera clase, los que sin previo concierto con los delincuentes, los favorecen de alguno de los modos siguientes:

I. Auxiliándolos para que se aprovechen de los instrumentos con que se comete el delito o de las cosas que son objeto o efecto de él, o aprovechándose los encubridores de los unos o de las otras;

³¹⁸ *Teoría del delito*, pp. 218 y 219.

³¹⁹ Este capítulo se ubica después de los destinados a los <<autores>> y a los <<cómplices>>.

II. Procurando por cualquier medio impedir que se averigüe el delito o que se descubra a los responsables de él, y

III. Ocultando a éstos, si tienen costumbre de hacerlo, u obran por retribución dada o prometida.

Artículo 117. Son encubridores de segunda clase: los que adquieren una cosa robada aunque no se les pruebe que tenían conocimiento de esta circunstancia, si al adquirirla no tomaron las precauciones convenientes para asegurarse de que la persona de quien obtuvieron la cosa, tenía derecho para disponer de ella.

Artículo 118. Son encubridores de tercera clase: los que teniendo por su empleo o comisión el deber de impedir o castigar un delito, favorecen a los delincuentes sin previo acuerdo con ellos, ejecutando alguno de los hechos enumerados en las fracciones I y II del artículo 116 u ocultando a los culpables.

3.2.1.1.2. *Teoría de la causalidad*³²⁰. Este pensamiento se presenta por la influencia de las elaboraciones de las ciencias naturales en las ideas penales, lo que se traduce en la propuesta del positivismo naturalista. Uno de sus defensores fue *Maximillian von BURI*³²¹, pues para él, la causalidad es el criterio con el que debía definirse la participación de cada uno de los que habían realizado el delito, sólo que como su propuesta está basada en la teoría de la equivalencia de las condiciones, se determina lo inviable de la misma pues, si todos los aportes son iguales no se puede diferenciar autores de partícipes, lo que lo hace evolucionar a las teorías subjetivas. El criterio de la causalidad como orientador para separar autores de partícipes sólo es posible si se hace la distinción entre causa y condición³²² pues, con ella, quienes

³²⁰ Claus ROXIN, *Autoría...*, p. 63: Una teoría que sigue apareciendo con múltiples variantes en la historia de las teorías de la participación distingue entre autores y partícipes en función de que la cadena causal puesta en marcha haya conducido al resultado directamente o sólo a través de la acción independiente de otro. En el primer caso se da autoría; en el segundo, participación.

³²¹ Faustino BALLVÉ, <<El problema...>>, p. 37: Cuando esta dirección [*se refiere a la postura que él llama causalidad jurídica*] parece flaquear le da una inyección de vitalidad Max von Buri quien, en una serie de trabajos, el primero de ellos su *Lehre der Tielnahme [sic; ¿Teilnahme?] am Verbrechen* publicada en 1860, apunta ya la tesis bipartita de Causa y Condición que más tarde será ampliamente explotada dentro de una posición objetivista por Birkmeyer y por una serie de otros penalistas, algunos de ellos trásfugas del subjetivismo, como Berner y Hälschner.

³²² Faustino BALLVÉ, <<El problema...>>, p. 38: Binding, el célebre autor de la teoría de las Normas, recoge la distinción de Buri, que más tarde será explotada a fondo por el lado objetivo por Birkmeyer, entre la causa y la mera condición; pero comparte también con Buri el criterio de que toda participación en el acto delictuoso,

realicen la causa en la producción del resultado son autores y quienes hayan aportado la condición son partícipes; esta explicación la hace *Faustino BALLVÉ*:

5) *Causa y condición*.- Ya en vida de los últimos subjetivistas aparece poco a poco la dirección que Hergt califica de nuevo objetivismo, aun cuando en realidad se trata de una dirección ecléctica porque, si bien toma como base principal la causalidad, la combina con elementos subjetivos y aun con atisbos de formalismo, como por ejemplo en Geyer que identifica la autoría con la comisión de la “acción principal” y Hälschner que renuncia a su anterior posición subjetiva y establece que la acción del autor ha de “comprender todos los elementos que constituyen el delito de la Ley” o sea lo que llamaríamos hoy *el núcleo del tipo*.

El más objetivista, y también el más importante de los autores de esta corriente es Karl von Birkmeyer que actúa de 1885 a 1906 y cuyos dos libros principales son *Ursachenbegriff und Kausalzusammenhang* publicado en 1885 y *Die Lehre der Teilnahme* publicada en 1890. Birkmeyer [*sic*; ¿*Birkmeyer?*] parte del concepto de causa de Stuart Mill según el cual son causa todos los antecedentes o condiciones del resultado; pero limita este concepto en Derecho Penal a una sola de tales condiciones: a la que más ha contribuido al resultado. Contestando a las muchas objeciones que le hacen sus contemporáneos Birkmeyer reconoce la vaguedad de esta fórmula e insiste especialmente en que no se trata de una elección cuantitativa ni tampoco cualitativa entre las condiciones que, todas juntas, forman la causa en el sentido de Mill, sino de una elección *lógica*, y, resumiendo varias manifestaciones del autor, dice Hergt que “la teoría causal de Birkmeyer significa una discriminación de las condiciones que constituyen la causa según el valor que a cada una de ellas atribuye *la opinión general* en relación con el resultado concreto”. Con arreglo a este criterio es coautor el que, junto con otros, pone la causa del resultado; cómplice el que sólo contribuye a este resultado con condiciones que lo favorecen. Según ello el instigador o inductor es sólo un cómplice porque aporta condiciones, pero no la causa del resultado.

Sobre esta teoría de Birkmeyer bordan variantes Mintz, Ortmann, Robert Hirsch, Arnold Horn, von Forke, Löning, Wuttig, Max Cohn, Tjaben, Haupt y August Köhler, siempre girando alrededor de la diferencia entre causa y condición pero ayudándose algunas veces con el elemento subjetivo del propósito³²³.

por leve que sea, es coautoría y no complicidad si concurre en el delincuente el *animus auctoris*. Añade empero que es monstruoso querer fundar la distinción entre autor y cómplice exclusivamente sobre la diferencia de voluntades y que hay que atender también a la modalidad de la causación lo cual no le impide, sin embargo, abogar por el castigo como coautor del que no ha participado materialmente en la comisión del delito.

³²³ <<El problema...>>, pp. 38 y 39.

De entre las propuestas que son reconocidas como expresión de la teoría de la causalidad, se encuentran, entre otras, las de *Paul Johan Anselm Ritter von FEUERBACH* y *Reinhard FRANK*.

3.2.1.1.2.1. *Paul Johan Anselm Ritter von FEUERBACH*. La propuesta de FEUERBACH se le conoce con los nombres de *teoría de la inmediatez o teoría de la eficacia*, según opinión de *Claus ROXIN*:

Una delimitación así se encuentra ya en FEUERBACH, que distingue entre eficacia directa e indirecta de la acción y señala: «(La acción) surte efecto directamente cuando la lesión del bien jurídico³²⁴ es el objeto inmediato de su eficacia, cuando es a la propia lesión del bien jurídico inmediatamente... a la que se dirigen todas sus manifestaciones. Surte efecto indirectamente cuando el objeto inmediato de la eficacia no es la propia lesión del bien jurídico, sino el favorecimiento de la eficacia directa de otro para la lesión del bien jurídico. El sujeto de aquella acción se llama autor del delito...; el de ésta, partícipe...». Distinciones en tal sentido entre causalidad directa e indirecta aparecen con cierta frecuencia en la ciencia penal del siglo XIX³²⁵.

La explicación dada por FEUERBACH a su planteamiento teórico se encuentra en el contenido de los §§ 44, 45 y 46 de su tratado:

II. Distinciones en la causalidad de la actuación respecto del resultado ilícito

³²⁴ La referencia al bien jurídico es cuestionable, toda vez que en la época de las aportaciones de Feuerbach, lo característico en el delito es la violación del derecho. Esto lo reconocía FEUERBACH en su *Tratado...*, p. 63: § 19. De la precedente deducción se derivan los siguientes principios primeros del derecho punitivo: *toda pena jurídica dentro del Estado es la consecuencia jurídica, fundada en la necesidad de preservar los derechos externos, de una lesión jurídica y de una ley que conmine un mal sensible*. (p. 65) § 23. Puesto que la conservación de los derechos es el objetivo general de las leyes penales, serán objeto de sus conminaciones protectoras tanto los derechos de los súbditos, como también los derechos correspondientes al Estado (como persona moral). El que mediante la infracción de una ley penal lesione en forma directa los derechos del estado, comete un crimen público (crimen de Estado, *del. Publicum*); y siendo el derecho de un súbdito objeto mediato de la contravención, es éste un crimen privado (*del. Privatum*). [Con apoyo de esta idea] Klaus GÜNTHER, «De la vulneración de un derecho a la infracción de un deber. ¿Un <cambio de paradigma> en el derecho penal?», 2000, pp. 489 y 490: FEUERBACH definió el delito como una vulneración de derechos iguales de libertad, que se garantizan por un contrato estatal y se aseguran a través de las leyes penales. Objeto del delito son, pues, «derechos subjetivos» de ciudadanos individuales del Estado. Esta determinación del objeto se deriva de la fundamentación del Derecho como forma externa de aseguramiento de modo coactivo de la recíproca compatibilidad de iguales libertad de arbitrio. Tal fundamentación del Derecho se había hecho necesaria después del abandono histórico de las éticas comunitarias teleológicas y de un reconocimiento general de la idea de autonomía.

³²⁵ *Autoría...*, p. 63.

§ 44

Toda infracción presupone una determinada persona como causa efectiva. La persona en cuya voluntad y acción se halla la causa eficiente que produjo el crimen como efecto, se llama *autor (auctor delicti)*. Estos pueden ser causa mediata o inmediata del mismo: los primeros, cuando hayan cometido la acción que constituye el concepto del crimen por sí mismos (autor físico); los segundos, cuando el crimen de otro haya tenido como causa su actividad intencionalmente dirigida a darle origen. Esto último es posible: I) Mediante determinación intencional de la voluntad de otro para la comisión del crimen (autor mediato, autor intelectual); II) Mediante la supresión intencional de obstáculos, sin lo cual hubiese sido imposible, en general o en las particulares circunstancias, la efectividad externa de una voluntad ajena ya determinada al hecho (autor mediato indirecto, cómplice principal, *socius principalis*)³²⁶.

§ 45

Dado que junto a cualquier causa son posibles las concausas, que pueden operar sobre la gestación de un determinado resultado mediante la facilitación de la causa principal, bien pueden otros también tomar parte en la infracción del autor (§ 44) con acciones de naturaleza tal que, aunque por sí mismas no hubiesen producido el crimen, cooperen en su gestación favoreciendo la efectividad del autor. El que intencionalmente se haga culpable de esas acciones u omisiones se llama *cómplice (socius delicti)*³²⁷.

§ 46

Cuando varias personas toman parte en la gestación de un crimen (complicidad, concurrencia criminal), puede tratarse de: I) Cómplices y autores; II) De varias personas que simultáneamente son autores de un mismo crimen (*coautores*). Las formas principales de esta concurrencia son: A) Entre varios autores físicos, sea que *a*) la acción de cualquiera de ellos, por sí sola ya dé lugar a la existencia completa del crimen, o *b*) En forma tal que la acción individual de cualquiera de ellos sea sólo una parte del crimen, pero que el conjunto de todas estas acciones lo perfeccione. B) Pueden

³²⁶ Dante Marcelo VEGA, *El exceso en...*, pp. 60 y 61: A partir de la cuarta “o a lo sumo de la quinta edición de su Tratado” (1808/1812), Feuerbach perfiló una diferenciación entre autor y cómplice netamente causal. El autor – *auctor delicti, Urheber* – era causa eficiente o principal del delito, inmediata o mediata (en esta última categoría ubicaba al cómplice principal o *socius principalis*). Dentro de la “autoría mediata” es importante el tratamiento de Feuerbach a lo que denominó “autoría intelectual”, donde descartó como elemento distintivo el interés en la producción del evento exigiendo en cambio la determinación dolosa de la voluntad de otro para la comisión del delito. Al situar la autoría intelectual dentro de lo que luego tomará el nombre de instigación o inducción, Feuerbach contribuyó a emancipar esa categoría respecto del mandato. [*El entrecomillado se refiere a Peñaranda Ramos, La participación en el delito y el principio de accesoriadad, p. 90*].

³²⁷ Dante Marcelo VEGA, *El exceso en...*, p. 61: El cómplice o *socius delicti* (lo que sería para nosotros el cómplice secundario) era quien ponía una concausa que operaba sobre la gestación de un determinado resultado, o también quien tomaba parte en la infracción del autor con acciones de naturaleza tal que por sí mismas no producían el crimen, pero lo favorecían.

concurrir uno o varios autores intelectuales. Cuando *a*) éstos únicamente deban ser considerados como determinadores y los autores físicos únicamente como determinados (mandato, orden, amenazas, promesas, consejo, provocación intelectual o aprovechamiento de un error), esta concurrencia se denominará exclusiva o pura. Pero si *b*) en la concurrencia de autores intelectuales y psíquicos, cada participante debe ser considerado al mismo tiempo como determinador y determinado, tratándose de una participación mutua, impura, que viene a configurar un mero contrato de sociedad cuyo fin es el crimen, es caso que trataremos en el siguiente § 47³²⁸.

Para *FEUERBACH* eran autores quienes hoy se identifican como *autor único*, *autor mediato*, *instigador* y *cómplice primario*. Esta clasificación es la que influyó en los *Cps* que consideran o consideraron como autores para efectos de aplicación de la pena al instigador y al cómplice primario como, por ejemplo, el *Cp* argentino (art. 45) y el *Cp* español (art. 28):

Art. 45. Los que tomasen parte en la ejecución del hecho o prestasen al autor o autores un auxilio o cooperación sin los cuales no habría podido cometerse, tendrán la pena establecida para el delito. En la misma pena incurrirán los que hubiesen determinado directamente a otro a cometerlo.

Art. 28. Son autores quienes realizan el hecho por sí solos, conjuntamente o por medio de otro del que se sirven como instrumento.

También serán considerados autores:

a) Los que inducen directamente a otro u otros a ejecutarlo.

b) Los que cooperan a su ejecución con un acto sin el cual no se habría efectuado.

3.2.1.1.2.2. Reinhard Frank. La propuesta de *FRANK* es conocida como *teoría de la causalidad física y de la causalidad psíquica*. Esta la define *Claus ROXIN*:

La que más conocida ha llegado a ser es la teoría de *FRANK*, asimismo perteneciente a este entorno, que distingue entre causalidad física y psíquica. Sin embargo, para los llamados “delitos de mera actividad”, que describen una acción determinada, *FRANK* sigue la teoría objetivo-formal.

Únicamente en los delitos de resultado, como, por ejemplo, el §222 StGB, que vinculan la conminación con pena sólo con el resultado, con independencia de cómo se produzca, señala *FRANK*: «La autoría pertenece al

³²⁸ *Tratado de derecho penal...*, pp. 77 a 79.

ámbito de la causalidad física; la participación, al de la psíquica». A las dificultades que de ahí se derivan para el entendimiento de la autoría mediata se sustrae FRANK diciendo: «Si existe una voluntad interpuesta, pero no es libre o no es consciente de la causalidad de la acción, la causalidad ya no es –de acuerdo con la terminología que aquí se sigue– psíquica, y por tanto, resulta posible la autoría». Por el contrario, no reconoce el concepto del instrumento doloso³²⁹.

Un recuerdo de esta teoría de *Reinhard FRANK* se mantiene cuando se acepta que uno de los supuestos de la complicidad es cuando la ayuda o el auxilio se presta mediante consejo técnico o reforzamiento de la decisión. Entre otros: *Eugenio Raúl ZAFFARONI/Alejandro ALAGIA/Alejandro SLOKAR*, y *Hans Heinrick JESCHEK/Thomas WEIGEND*, quienes respectivamente dicen:

(...) En cuanto a la cooperación psíquica o intelectual se pueden distinguir dos formas: el consejo técnico y el reforzamiento de la decisión del autor. La primera es la que proporciona quien da indicaciones que facilitan el hecho, sea que éstas lleguen a su conocimiento por vía de su experiencia, de su especial capacitación personal o profesional o de sus indagaciones previas. En este sentido, el llamado *entregador* es cómplice psíquico o intelectual, como también lo es el *planificador* (en tanto ninguno de ambos asuman en [*sic*; ¿*el?*] papel de instigador). La otra forma de cooperación psíquica debe ser manejada con cuidado, pues *la única forma de participación por fortalecimiento de la decisión del autor que hay en nuestra ley es la promesa anterior al delito y está sometida a la condición de ser cumplida con posterioridad*³³⁰. Esta excepción –especialmente regulada en forma tan prudente y meticulosa– revela la inadmisibilidad de la tipicidad por complicidad psíquica o intelectual de cualquier otra forma de fortalecimiento de la decisión³³¹.

(...) En particular la complicidad psíquica puede prestarse mediante un reforzamiento de la voluntad delictiva del autor. Entre otros casos se plantea cuando fracasa el auxilio material verdaderamente planificado por el cómplice (el autor no hace uso de la herramienta suministrada pero se siente reforzado en su resolución delictiva por la oferta de ayuda³³².

³²⁹ *Autoría...*, p. 65.

³³⁰ En México, como ejemplo: *Cp Federal*: Art. 13.- Son autores o partícipes del delito: (...) VII. Los que con posterioridad a su ejecución auxilien al delincuente, en cumplimiento de una promesa anterior al delito; y *Cp Sinaloa*: Art. 18. Son responsables del delito cometido: (...) VII. Los que por acuerdo previo auxilien al delincuente con posterioridad a la ejecución del delito.

³³¹ *Derecho penal...*, p. 771.

³³² *Tratado...*, pp. 744 y 745. [*La misma idea en*] Hans – Heinrich JESCHECK, *Tratado...*, vol. segundo, p. 962: (...) La complicidad psíquica puede tener lugar, en especial, mediante el fortalecimiento de la voluntad de actuar del autor principal. Tal forma de complicidad cabrá, entre otros casos, cuando el autor deje de

3.2.1.1.3. *Teoría de la supremacía*. Esta es la denominación que se utiliza en la traducción al castellano de *Claus ROXIN*. En España *Miguel DÍAZ* y *GARCÍA CONLLEDO* le llama «*Teoría de la supraordinación del autor y la subordinación del partícipe o de la coordinación o igualdad de los coautores*»³³³. La elaboración de esta propuesta se debe a *Georg DAHM* con su teoría «objetivo popular»³³⁴ y a *Richard SCHMIDT*, quienes en trabajos separados, para ellos, la determinación del autor debe hacerse en cada caso concreto y tomando en consideración el tipo de relación establecida entre los intervinientes en el hecho. Esto lo explica *Claus ROXIN*:

Define DAHM: «Quien toma parte con otro en la lesión de un bien jurídico es coautor si su comportamiento, con arreglo a la situación objetiva completa, verificable valorando todas las circunstancias del caso particular, se [presenta] como equivalente (coordinado) al otro comportamiento, con vistas a la lesión del bien jurídico; cómplice, si su comportamiento, en las mismas circunstancias, aparece como subordinado»; mientras que *Richard SCHMIDT* señala: «Se da coautoría... cuando, a partir de las circunstancias del caso, tanto en el tipo de cooperación, a juicio de un observador externo (objetivamente), como según el tipo de formación de la resolución a partir del propio parecer del partícipe (subjétivamente), las aportaciones al hecho son equivalentes. Complicidad se da cuando, a partir de las circunstancias, tanto para el observador objetivo como para el propio partícipe, la aportación al hecho de uno se presenta como limitada y subordinada»³³⁵.

utilizar un instrumento proporcionado por el cómplice, pero se siente fortalecido por la cooperación psíquica de éste.

³³³ *La autoría...*, p. 543: (...) Yo he preferido dar un título más largo a estas teorías, porque, dado lo poco conocidas que son en España, he querido reflejar ya en el título la idea central de las mismas de un modo más completo.

³³⁴ *Claus ROXIN, Autoría...*, p. 68: Esta teoría, llamada por DAHM “objetivo-popular”, ofrece evidentes ventajas frente a las debatidas hasta ahora. Evita los defectos de una concepción formal, generalizadora y que, por tanto, no puede dejar de ser unilateral. El punto de vista de la supremacía y la subordinación proporciona un baremo sumamente elástico, que deja amplio margen para la individualización. Por otra parte, tampoco incurre en el riesgo de la completa vaguedad, que convierte en inidóneos para la delimitación a conceptos puramente normativos como el de la peligrosidad. El que se de relación de equivalencia o de subordinación no es cuestión de enjuiciamiento subjetivo, sino que resulta susceptible de concreción con auxilio de puntos de vista objetivos.

³³⁵ *Autoría...*, pp. 67 y 68.

La delimitación de los intervinientes sería: (1) autor (*supremacía*); (2) cómplice (*subordinación*); (3) coautor (*coordinación*). Esta teoría que puede identificarse con el *criterio del dolo* de la teoría subjetiva extrema³³⁶ debe reconocérsele su separación de las teorías causales y ser antecedente de la teoría del dominio del hecho, a decir de *Claus ROXIN*:

Esta teoría no ha hallado adeptos en la formulación aquí expuesta. Pero materialmente se presenta como precursora directa de la teoría del dominio del hecho. Describir –por decirlo con DAHM– el comportamiento del autor como “el dominante de la situación global” o mediante el concepto del “dominio del hecho” no representa diferencia apreciable alguna. Y con la formulación de que entre varios coautores existe una “relación de coordinación” no se dice sino que se le atribuye una parte igual en el dominio del hecho³³⁷.

Pero estas peculiaridades no impidieron su cuestionamiento y el que no fuera aceptada como criterio para la determinación del concepto de autor, según opinión de *Miguel DÍAZ* y *GARCÍA CONLLEDO*:

La idea de la supraordinación del autor, etc. estaría muy bien, si los defensores de esta teoría nos dieran algún criterio no mágico, pero sí algo más preciso, para determinar cuándo existen esas posiciones; la alusión al caso concreto es una prueba, ya de entrada, de la vaguedad de la teoría. Pero aún hay más: los criterios para la valoración de la posición de cada sujeto que DAHM y Richard SCHMIDT nos ofrecen no están vinculados estrictamente a la valoración legal de los fenómenos participativos, sino precisamente a valoraciones extralegales, no necesariamente coincidentes con las de la ley y difícilmente precisables: las concepciones sociales o populares en DAHM, y la apreciación del observador imparcial (lo que viene a ser algo parecido a lo anterior) y el propio punto de vista subjetivo del interviniente en Richard SCHMIDT. Sobre lo erróneo de acudir a este tipo de concepciones para hallar el concepto de autor vengo aludiendo a lo largo del trabajo, por lo que no insistiré más aquí en este aspecto. Fundamentalmente por esa desvinculación de la norma típica y por la inseguridad jurídica a que dan lugar me parecen plenamente rechazables estas teorías, pese a que probablemente sea un acierto de las mismas reflejar (fuera del campo puramente subjetivo a que se refería la teoría del dolo) la posición que autores y partícipes ostentan en la comisión de un delito; ahora bien, ésta posición [*sic, ¿esta?*] (que no pasa de ser una imagen) hay que concretarla

³³⁶ Véase apartado 3.2.2.1.1. en este capítulo.

³³⁷ *Autoría...*, p. 68.

conforme a criterios distintos de los que proponen DAHM y Richard SCHMIDT. Veamos si la teoría del dominio del hecho lo consigue³³⁸.

En la *doc jur pen comparada*, se refieren a la teoría material – objetiva, entre otros: Juan BUSTOS RAMÍREZ (p. 325): a a) *Teorías objetivas. a a a) Teoría objetiva estricta*. Según esta teoría es autor quien realiza un acto ejecutivo que se encuentra en relación de causalidad con el hecho realizado, desde el punto de vista de la teoría de la equivalencia de las condiciones. Este planteamiento tiene que llegar necesariamente a un concepto *unitario de autor*, pues desde el punto de vista del hecho todos los intervinientes han puesto una condición sin la cual no se habría producido. a a b) *Teorías objetivas restrictivas*. Estas buscan de algún modo restringir las consecuencias de la teoría de la equivalencia de las condiciones, para lo que como un criterio se plantea que se trate de un *acto ejecutivo* típico (cfr. Beling, p. 397, 408, 422; v. Hippel, Str., II, p. 453ss.), es decir, expresamente señalado en el tipo (*teoría objetivo-formal*, concepto restringido de autor.) Con ello se restringe, sin embargo, enormemente el concepto de autor, no podría considerarse al autor mediato ni al coautor en la mayoría de los casos. Otro criterio es buscar una restricción distinguiendo en la importancia objetiva de la contribución, sobre la base de diferenciar entre condición y causa, se trata de indagar la mayor peligrosidad objetiva de la contribución (*teoría objetivo-material*) (cfr. Frank, previo § 47). El problema es encontrar tales criterios objetivos y, en todo caso, queda sin consideración el autor mediato y también en ciertos casos un coautor que, objetivamente, no intervenga con una contribución importante. Enrique BACIGALUPO ZAPATER (p. 360): 3. *Teorías material – objetivas*. Las *teorías material – objetivas* se orientan, en general, por pautas objetivas, pero procuran establecer el sentido de la intervención de varias personas atendiendo a criterios de contenido, es decir, que va más allá de la forma misma del comportamiento. Las teorías material – objetivas más antiguas han procurado una distinción basada en diferenciaciones dentro de la causalidad (teoría de la *necesidad de la aportación causal*, cuya influencia en el derecho español vigente no ha podido ser totalmente eliminada. Jacobo LÓPEZ BARJA DE QUIROGA (pp. 26-28): 3.3.2. *Teoría material-objetiva*. Esta teoría parte del punto de vista de la causa. Para ser autor es preciso ser causa del hecho, pero establece graduaciones en función de la importancia que tenga para el resultado la causa de que se trate. En otras palabras, parte de distinguir entre «causa» y «condición»: quien pone la causa es autor, quien aporta solo una condición para el resultado, es cómplice. La teoría material-objetiva es una consecuencia obligada de la concepción clásica del delito. En efecto, pues, la teoría clásica distingue dentro del delito entre una parte objetiva y otra parte subjetiva. A aquella pertenece la acción, entendida como mera causación del resultado, mientras que a ésta, a la parte subjetiva, le corresponde la culpabilidad. Si queremos en un plano objetivo hallar una diferenciación entre autoría y participación, por fuerza tendremos que buscarla en la parte objetiva del delito, esto es, en el tipo; por tanto, en la causación. Así pues, una causación «necesaria» será autoría, pero una causación «favorecedora» será participación. Evidentemente, superada la teoría clásica, esta teoría material-objetiva es insostenible. Además, debe indicarse que ya por sí misma no puede defenderse, pues, en la causación (en el plano causal-naturalístico) no es posible realizar distinciones. Como indica Gimbernat, esta teoría se fundamenta en las «doctrinas individualizantes de la causalidad», es decir, aquellas que «estiman que, entre las distintas fuerzas que han contribuido al resultado, se puede distinguir entre causa y condiciones». Lo cierto es que esta doctrina tiene que fracasar por cuanto con criterios causal-naturalísticos no es posible establecer las distinciones entre causa y condición, razón por lo que realmente sus partidarios lo que están manejando son diferencias axiológicas preconcebidas. Como indica Roxin, la causalidad es una cualidad de la condición, que existe o que no existe, pero no puede darse en mayor o menor medida. En ese sentido, Mir, afirma que «una distinción precisa entre “causa” y “condición”, o entre causas más o menos importantes no puede obtenerse en el mero terreno objetivo de la causalidad. Hoy se admite generalmente que todas las condiciones (necesarias) de un hecho son igualmente causales (teoría de la

³³⁸ *La autoría...*, pp. 543 y 544: Claus ROXIN, *Autoría...*, pp. 68 y 69: Hay algo que, sin embargo, cabe adelantar: los conceptos de coordinación y subordinación ciertamente producen una orientación útil para la delimitación entre autoría y participación, pero no dan más de sí, pues conceptualmente hay numerosos supuestos críticos en los que precisamente es dudoso si se da una relación de supremacía o de subordinación. Una teoría basada en esta distinción debería, pues, para ser llevada a la práctica, elaborar al menos los baremos rectores sobre los cuales se fundamentaría la delimitación en los supuestos concretos. Sin embargo, ello no se ha conseguido. «No hay elemento abstracto que caracterice un comportamiento en todo caso o bien sólo típicamente, como el dominante en la situación global», advierte DAHM, mientras que señala Richard SCHMIDT: «No es posible aportar ningún rasgo distintivo determinado apreciable.» Es evidente que una concepción en tal sentido deja al juez en la estacada en todos los supuestos problemáticos. El propio DAHM confiesa que su planteamiento objetivo-popular es “impracticable” y deja “amplio espacio al arbitrio judicial”. Incluso prosigue: «Quien considere que la falta de practicabilidad es motivo suficiente para rechazar la formación jurídica de conceptos descartará esta distinción».

equivalencia)>>. Es evidente que esta concepción no es compatible con la teoría de la equivalencia de condiciones, precisamente porque en ésta se parte de la igualdad de valor entre todas las condiciones y se <<renuncia a la determinación de una causa del resultado>>. No obstante, una parte importante de la doctrina española mantiene la doctrina material-objetiva y la utiliza para distinguir entre el autor y el cómplice, pero lo hace sobre la base de la teoría de la equivalencia de las condiciones. Gimbernat considera que la razón de esta contradictoria solución se encuentra en que dicha doctrina aplica erróneamente la fórmula de la *conditio sine qua non*, pues suponen hechos no sucedidos realmente; en otras palabras, establecen nexos causales hipotéticos. *Eugenio Raúl ZAFFARONI/Alejandro ALAGIA/Alejandro SLOKAR* (p. 741): 5. No faltaron las tentativas delimitadoras que suelen llamarse *material objetivas* –por fundarse en teorías de la causalidad distintas de la equivalencia de condiciones– que buscaban establecer una diferencia cuantitativa entre el aporte del autor y del partícipe en el plano de la causalidad. Así se pretendió que era necesario distinguir entre la causa necesaria o inevitable y la causa meramente aprovechable, o entre la causa y la condición, o la causalidad que interviene físicamente y la causalidad psíquica. Dado el fracaso de todos los ensayos de distinción limitativa de la causalidad en el plano pretípico, ninguna de estas teorías pudo dar una respuesta satisfactoria. *Jorge FRIAS CABALLERO/Diego CODINO/Rodrigo CODINO* (pp. 436 y 437): Tampoco son concluyentes las doctrinas que parten del punto de vista de la causalidad. La de la equivalencia (que aquí también tiene la virtud de señalar como requisito mínimo el que la conducta deba constituir, cuando menos, una condición del resultado) conduciría a la equiparación, como se ha visto, de autores y partícipes, consagrando un concepto extensivo de autor: todos los que ponen una condición son autores. El texto literal de los arts. 45 a 48, Cód. Penal, impide esta extensión toda vez que separa autor y partícipes. La Teoría causal, que distingue causa de condición, según la cual se pretendió que el autor aportaba la primera y el partícipe la segunda, con lo cual se restringió el concepto de autoría, adolece de la imposibilidad de delimitar prácticamente ambos conceptos (Núñez); la necesidad causal en el Código Penal únicamente distingue la complicidad necesaria de la que no lo es. *Esteban RIGHI/Alberto A. FERNÁNDEZ* (p. 295): c) *Teoría material-objetiva*. Se trata de puntos de vista que se basan en las diferentes teorías de la causalidad. 1. – Resulta imposible establecer distinciones entre actos principales y secundarios, si se adopta la teoría de la equivalencia de las condiciones, pues todos los actos que entran en consideración son igualmente causales. Por ello, sobre esta base es autor todo aquel que aporte una condición, siempre y cuando el juez no resuelva que debe ser castigo como partícipe. En realidad, no se establece así ningún criterio, en la medida en que se transfiere la decisión al órgano jurisdiccional. 2. – Por ello es que otros autores, dejan de lado la teoría de la equivalencia, para apoyarse en concepciones individualizadoras que les permitan distinguir entre el autor, que sería quien pone una causa; y el partícipe, definido como quien pone una condición para la producción del resultado. Lo vulnerable de esta teoría, se debe a la insoluble cuestión de distinguir entre causa y condición, lo que es común a todas las teorías individualizadoras de la causalidad, y al modo en que de esta forma podría violarse el principio de legalidad de fondo. *José HURTADO POZO* (2005, p. 856): 2. **Criterio objetivo**. Distingue las diferentes personas que intervienen, determinando si sus contribuciones caen dentro de los alcances del tipo legal así como la importancia de éstas en el engranaje de la cadena causal. En oposición a los defensores de la teoría subjetiva, los partidarios de esta corriente colocan la línea fronteriza entre autoría (autor individual, coautor y autor mediato) y participación (cómplice e instigador) en el plano objetivo. Estos aún se dividen en dos grupos, los que defienden un criterio formal objetivo, y los que sustentan un criterio material objetivo.

3.2.1.1.4. Situación en México

3.2.1.1.4.1. *Legislación*. Los Cps de Coahuila (art. 20), Nuevo León (art. 39), Querétaro (art. 16) tienen expresiones que hacen referencia expresa a las teorías de la causalidad:

ARTÍCULO 20. FORMAS DE INTERVENCIÓN TÍPICA. Es autor o partícipe quien pone una condición³³⁹ por la que se realice el tipo penal de un delito, mediante cualquiera de las formas siguientes:

³³⁹ Sin compartir esta idea, creemos hubiere sido mejor escribir *quien pone una causa o una condición*, porque <<condición>> se reconoció sólo para los partícipes. Este comentario es aplicable, también, para los Cps de Nuevo León y Querétaro.

I. AUTOR O COAUTOR MATERIAL O DIRECTO. Dolosamente realice por sí o a través de un mecanismo u otro medio ciego, la conducta que describa o implique la figura típica de un delito consumado o en grado de tentativa. Igualmente, de manera culposa, cuando la figura típica admita esta forma.

II. AUTOR MEDIATO. Dolosamente lo lleve a cabo sirviéndose de otros u otros excluidos de delito. Igualmente, quien sin ser autor o coautor material o directo, realice una acción o la omita violando un deber de cuidado a su cargo, que origina un resultado que le era previsible, causado por otro u otros excluidos de delito.

III. INSTIGADOR O INDUCTOR. Dolosa o culposamente determine a otro u otros a cometerlo. En el segundo supuesto, sólo si el inductor conoce las condiciones en que se realiza o realizará la conducta culposa que causa el resultado.

IV. COMPLICIDAD POR AUXILIO PREVIO O SIMULTÁNEO. Dolosamente, por acción u omisión y de manera previa o simultánea, preste auxilio o ayuda a otro para su ejecución.

V. COMPLICIDAD POR AUXILIO SUBSECUENTE. Dolosamente y con posterioridad al delito auxilie al agente por acción u omisión, en cumplimiento de promesa anterior; u ofrezca auxiliarlo sin hacerlo, si aquello fue determinante para que el delito se cometiera.

VI. INTERVENCIÓN EN DELITO EMERGENTE O CON IGNORANCIA DE AUTOR. Actualice cualquier supuesto de los artículos 21 y 22 segundo y tercer párrafo.

ARTÍCULO 39.- Responderán por la comisión delictiva, quien o quienes pongan culpablemente una condición de la lesión jurídica, entendiéndose por tal, un comportamiento físico o psíquico, que trasciende al delito, y que de no haberse dado o no haber existido, tampoco se hubiere dado la comisión delictiva. Por tanto, debe entenderse que ponen culpablemente una condición del resultado:

I. Los autores intelectuales y los que tomen parte directa en la preparación o ejecución del mismo;

II. Los que inducen o compelen a otros a cometerlos;

III. Los que cooperen o auxilien en su ejecución, ya sea por conducta anterior o simultánea; y

IV. Los que, por acuerdo previo, auxilien a los delincuentes, después de que éstos realicen la conducta delictuosa.

ARTÍCULO 16.- Responderá del delito quien ponga culpablemente una condición para su realización.

De igual forma responderá el que ofrezca auxiliar o auxilie al delincuente por una promesa anterior a la comisión del delito.

De estos *Cps*, el de Querétaro, sin dificultad puede ser reconocido como expresión de la influencia de la *teoría de la equivalencia de las condiciones o*

teoría de la *conditio sine qua non* al no hacer distinciones entre los distintos intervinientes, con lo que, *todos serán considerados autores* por «poner culpablemente una condición». Los *Cps* de Nuevo León y de Coahuila si bien hacen referencia a la teoría de la *conditio sine qua non* para hacer responsables a todos los que intervienen en la realización del delito, al hacer distinción entre ellos no es, en estricto sentido, la aplicación de la teoría de la causalidad para determinar el concepto de autor sino hacer uso de ella para establecer una vinculación con el hecho y después decidir si es autor o partícipe. En relación con esta idea en el *Cp* Coahuila, Antonio *BERCHELMANN ARIZPE*, dice:

Cabe señalar que el artículo 20 del CPC se inicia con una base genérica que se debe cumplir para que la forma de intervención sea punible. Dicho artículo puntualiza que “...es autor o partícipe quien *«pone una condición» en la realización del tipo penal de un delito*”. Dicha fórmula legal sienta una de las bases para atribuir a alguien participación en un delito. En cuanto trata de resolver un problema que a veces es esencial con relación a ciertas formas de intervención típica diferentes a la del autor material: ¿Cómo han de contribuir esas conductas a la realización del delito? Una pauta para resolver ese planteamiento es trasladar la teoría de la equivalencia de las condiciones al campo de las formas de intervención típica. Para otorgar la misma relevancia a todas las conductas que aportan algo a la realización del delito. Por ende, para constatar cuando una conducta tiene el carácter de condición para realizar la figura típica penal de un delito, se elimina hipotéticamente la conducta del decurso del hecho punible y si éste se deja de dar en la forma y términos que se ejecutó, se afirma el carácter de condición de la conducta sujeta a examen. Y a la inversa, si el hecho delictivo de todas suertes se hubiere llevado a cabo en la forma y términos en que se dio se niega entonces el carácter de condición causal a la conducta que se cuestione como condición³⁴⁰.

En la *Lp* Aguascalientes (art. 127, fracción III) estaría el reconocimiento de la teoría de la temporalidad al aceptarse que el cómplice sólo puede actuar antes y después de cometido el delito y no durante su ejecución:

³⁴⁰ *Derecho penal...*, pp. 722 y 723.

Artículo. 127.- Serán considerados partícipes del hecho punible en calidad de inculpado:

I.- Los denominados *autores*, cuando realizan el hecho por sí solos, conjuntamente o por medio de otro, del que se sirven como instrumento;

II.- Los que inducen directamente a otro u otros a ejecutar el hecho y los que cooperan a su ejecución con una conducta sin la cual no se habría efectuado;

III.- Los cómplices que cooperan a la ejecución del hecho con conductas anteriores o posteriores al hecho, previo acuerdo con el autor o autores; y

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

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

3.2.1.1.4.2. *Jurisprudencia*. En los siguientes criterios de *jurispr* de manera expresa se reconoce la influencia de estas teorías al utilizarse expresiones como «coetáneos», «previa», «concomitante», «posterior», «condición», «causalidad», entre otros.

CONTRABANDO, DELITO DE. Determina la concesión del amparo la inexacta aplicación de la ley en perjuicio del quejoso, si se le condena como culpable de actos preparatorios de contrabando, cuando en realidad ejecutó un delito frustrado, no previsto por los artículos 348 y 361 de la Ley Aduanal, en los que se funda la sentencia reclamada; la preparación consiste en las acciones que facilitan o promueven la empresa, pero que aún no agreden el bien o interés tutelado por la norma. Y no se debe confundir la preparación con los delitos frustrados por el hecho de que el acusado haya encomendado a terceras personas la constitución de la actividad necesaria para agredir el interés jurídico protegido por el artículo 348, primera parte, de la Ley Aduanal, pues este error fundamental olvida el régimen jurídico de la instigación y de la autoría mediata, ya que en tales casos los inductores y los autores mediatos jamás consumirían el tipo sino que sólo serían responsables por la preparación del delito; y bien es cierto que ocurre precisamente lo contrario en términos del artículo 13 del Código Penal Federal, que parte *del principio de la causalidad* de la obra común. La tentativa constituye una figura accesoria, adosada en tales casos al tipo del contrabando, pero cuya disciplina recibe el mismo trato que la consumación, en lo atinente al concurso de personas y la participación. Sólo la ignorancia total de lo que significa esto, puede llevar a la conclusión de que la actuación de los terceros simples partícipes, no concurrentes, deja la figura en el grado de la preparación, aunque fueron ejecutados todos los actos necesarios para la total violación de la norma, fallando ésta por el fortuito. No puede prescindir el estudio jurídico de la consideración de la actividad desplegada por los participantes o los concurrentes, puesto que la violación a la ley, va del menos al más, hasta alcanzar la consumación *in itinere*, precisamente en muchas hipótesis a virtud de actos de tercero, o inclusive de la misma víctima, y entonces sucedería que si la víctima inconsciente por su actuar, da oportunidad a que la preparación del delito llegue hasta la consumación, el autor de los actos primeros sólo sería responsable de un

acto preparatorio, lo cual, ni los prácticos de la Edad Media aceptaban. Si está pues probado que incluso el administrador de la Aduana había acordado preventivamente se entregara el automóvil importado al quejoso, previo el pago de los impuestos, y sólo posteriormente revocó su determinación cuando el vehículo ya se encontraba en territorio nacional, esto no puede ser preparación de importación, sino frustración, puesto que sólo faltó el que entrara al patrimonio del culpado el vehículo en cuestión.

Amparo penal directo 4912/50. Eysautier Rodríguez Ernesto. 23 de febrero de 1951. Mayoría de tres votos. Disidentes: José Rebolledo y Luis G. Corona. La publicación no menciona el nombre del ponente.

COPARTICIPACIÓN. Es suficiente para que la participación criminal exista, *tomar parte en actos de ejecución*, aunque algunos de los participantes no hubieren realizado por sí el acto delictuoso; y no se sepa, por ende, quién o quiénes infirieron las lesiones mortales al occiso, pero sí puede precisarse con claridad que el acusado intervino en los hechos, por lo que existe coparticipación.

Amparo directo 9756/49. Por acuerdo de la Primera Sala, de fecha 8 de junio de 1953, no se menciona el nombre del promovente. 28 de enero de 1956. Cinco votos. Ponente: J. José González Bustamante.

COPARTICIPACIÓN DELICTUOSA. Lo característico de la *participación es la ejecución de cualquier acto eficaz desde el punto de vista causal para la producción del resultado*; no se requiere precisamente la ejecución material del hecho, *es bastante poner una de las condiciones.*

Amparo directo 1734/52. Por acuerdo de la Primera Sala, de fecha 8 de junio de 1953, no se menciona el nombre del promovente. 21 de agosto de 1956. Unanimidad de cuatro votos. Ponente: Agustín Mercado Alarcón.

COPARTICIPACIÓN DELICTUOSA, EXISTENCIA DE LA. Si de los elementos que obran en autos se advierte que la razón principal de que el autor material del antijurídico se hubiere presentado, acompañado de los procesados y de otros sujetos en el domicilio del agraviado y haya accionado su pistola en contra de éste, fue debida al sentimiento de ira que reinaba en los inculpados en contra del pasivo; se debe concluir que si bien resulta evidente que uno solo fue el autor material del ilícito en cuestión, y aun cuando los testigos únicamente señalen a aquél como el que disparó con su arma de fuego en contra del ofendido ocasionándole la muerte, sin embargo, *la conducta desplegada por los inculpados fue necesaria para el resultado final, y por ende son partícipes en la comisión del delito.*

SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO DEL SEXTO CIRCUITO.

Amparo en revisión 144/92. Carlos Vega Sánchez. 1o. de abril de 1992. Unanimidad de votos. Ponente: Gustavo Calvillo Rangel. Secretario: Humberto Schettino Reyna.

Amparo en revisión 154/91. Adelmo López Díaz y coagraviado. 8 de mayo de 1991. Unanimidad de votos. Ponente: Gustavo Calvillo Rangel. Secretario: Humberto Schettino Reyna.

COPARTICIPACIÓN DELICTIVA. SU EXISTENCIA REQUIERE ACUERDO ENTRE LOS PARTÍCIPIES. Para que se acredite la coparticipación delictiva en un concurso eventual de agentes, es menester que exista consenso en todos los individuos que tomarán parte en la perpetración del injusto, evidenciándose de esta manera su deseo de delinquir y, por ende, el dolo en cada uno de ellos. La cuota de participación puede ser *previa, concomitante o posterior* a la consumación del delito, pero sea cual fuere la elegida, la nota esencial de la misma estriba en la voluntariedad y el nexos psíquico que debe haber entre los que participan para la producción del resultado típico, circunstancia que no se actualiza cuando por ejemplo, alguien se presenta a un lugar donde se está cometiendo un ilícito sexual, limitándose sólo a observar, sin que exista prueba de acuerdo previo o de que de alguna manera hubiese cooperado o ayudado para que se materializara la infracción, ni tampoco exista evidencia de que *hubiera puesto condición* para la ejecución del antijurídico,

debiendo concluirse en tal caso, que no se puede fincar responsabilidad penal a título de copartícipe, toda vez que no existe *nexo causal* entre la conducta y el resultado.

SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO DEL DÉCIMO CUARTO CIRCUITO.

Amparo en revisión 235/96. José Armando Polanco Salazar. 8 de julio de 1996. Unanimidad de votos. Ponente: Luis Armando Cortés Escalante. Secretario: Luis Manuel Vera Sosa.

COPARTICIPACIÓN DELICTIVA POR ACCIÓN U OMISIÓN. NEXO DE CAUSALIDAD. Si se advierte que el quejoso estuvo presente en el lugar de los hechos con un machete en la mano en actitud agresiva, y no hizo algo para impedir los actos que estaba realizando su hermano de privar de la vida al sujeto pasivo, y si además después de consumado el delito en lugar de quedarse a auxiliar a la víctima volvió a sumarse a la conducta ilícita del homicida, al huir con él, esto permite establecer que entre ambos sujetos existió una *conexión esencialmente causal* (objetiva) y culpable (subjettiva) de acciones y omisiones convergentes que son demostrativas de la participación delictiva.

TRIBUNAL COLEGIADO DEL DÉCIMO TERCER CIRCUITO.

Amparo en revisión 186/82. Gildardo González Quiané. 28 de mayo de 1982. Unanimidad de votos. Ponente: Marco Antonio Arroyo Montero. Secretario: Amado Chiñas Fuentes.

ENCUBRIMIENTO. La diferencia entre participación en un delito y encubrimiento del mismo, estriba en la causalidad existente entre la conducta y el resultado. En el encubrimiento, como delito autónomo, la acción es *posterior* a la ejecución del delito encubierto, el que tan sólo debe ser un antecedente histórico. En la participación, la conducta es *coetánea* y causal de la lesión jurídica, la que es diversa a la que se produce en el encubrimiento.

Amparo directo 4664/86. Alejandro Chávez Pedraza. 19 de octubre de 1987. Unanimidad de cuatro votos. Ponente: Raúl Cuevas Mantecón. Secretario: Carlos Enrique Rueda Dávila.

PARTICIPACIÓN DELICTUOSA. En rigor técnico, cualquier grado de participación se constituye sobre la base de un acuerdo previo entre los sujetos que participan en el delito para llevar a cabo su ejecución y consumación, estableciéndose entre ellos no una mera relación material, sino psíquica, que es, precisamente, la que funda la aplicación de las penas. No basta pues, que en el hecho se haya participado *en orden puramente causal por cuanto se haya constituido una condición del resultado*, sino que es indispensable, además, para hablar con propiedad de codelinuencia, participación o concurso de agentes en el delito, que exista un querer común consciente.

Amparo directo 3961/69. Trinidad Serna Hernández. 9 de febrero de 1970. Cinco votos. Ponente: Mario G. Rebolledo F.

Sexta Época, Segunda Parte:

Volumen XXXVII, página 143. Amparo directo 846/60. Faustino García Eguía y coagraviados. 1o. de julio de 1960. Unanimidad de cuatro votos. Ponente: Juan José González Bustamante.

Volumen XXXII, página 74. Amparo directo 3659/59. Francisco Moreno Morales. 2 de febrero de 1960. Unanimidad de cuatro votos. Ponente: Juan José González Bustamante.

PARTICIPACIÓN DELICTUOSA. La participación delictiva se perfecciona, aunque el acusado no sea quien infiera directamente la lesión mortal que origina la muerte de la víctima, si su conducta fue necesaria para producir el resultado, al inmovilizarla para que fuera lesionada por otro. En tal caso, su conducta enjuiciada no sólo constituye *una condición causal del resultado*, sino coadyuva con la del otro participante en el plano subjetivo o psíquico, al fin propuesto y conseguido; no otro, que el de producir la muerte de la víctima.

Amparo directo 2804/78. Miguel Navarrete Llanes. 29 de febrero de 1980. Unanimidad de cuatro votos. Ponente: Francisco H. Pavón Vasconcelos. Secretaria: Josefina Ordóñez Reyna.

Véase: Apéndice al Semanario Judicial de la Federación 1917-1975, Segunda Parte, Primera Sala, tesis 89 y 90 y relacionadas, páginas 192 a 198.

PARTICIPACIÓN DELICTUOSA. Confrontada la conducta delictuosa de los quejosos, desde el punto de vista del dolo, resultan responsables en igual grado, si ejecutaron actos directamente encaminados a su realización, *poniendo una condición de los mismos*, ya que los actos de ejecución de los delitos, tuvieron evento al filo de las doce de la noche, cuando los sujetos pasivos se encontraban dormidos, entregados al descanso, inconscientes y por esta circunstancia, inermes e inhabilitados para ejercer actos de defensa o de repelición de un ataque injusto por parte de sus victimarios; en tanto que éstos, ocurrieron al lugar de los hechos, con una preparación previa que les permitía el escalamiento del domicilio donde moraban sus víctimas, armados de instrumentos que resultaron propios para el logro del propósito dañoso que los inspiraba.

Amparo penal directo 1357/51. Alcántara Clemente y coags. 31 de marzo de 1952. Unanimidad de cuatro votos. Ausente: Fernando de la Fuente. La publicación no menciona el nombre del ponente.

PARTICIPACIÓN DELICTIVA. Si los imputados indujeron a un tercero a consumir el ilícito de robo, son responsables tanto éste como aquéllos, ya que es bien sabido que siempre es punible *el que ha puesto con su conducta una condición del resultado antijurídico*.

Amparo penal directo 7238/47. Por acuerdo de la Primera Sala, de fecha 8 de junio de 1953, no se menciona el nombre del promovente. 22 de julio de 1953. Unanimidad de cuatro votos. Ponente: Teófilo Olea y Leyva.

PARTICIPACIÓN DELICTUOSA (LEGISLACIÓN DE GUERRERO). Conforme al derecho penal, siempre es punible *el que ha puesto con su conducta una condición que es decisiva para la producción del resultado dañoso*, es decir, que la co-causación del resultado jurídico penal, dado que con arreglo al artículo 11 del Código Penal aplicable, son responsables de los delitos frente al Estado, los que tomen parte en la ejecución de los mismos, induzcan a otro a cometerlos y los que cooperen de cualquier modo a realizarlos; es decir, que el interés jurídico tutelado comprende no sólo el acto de concepción del tipo incriminable, sino además, los actos de ejecución del mismo. Esto es, que frente a la ley son responsables no sólo quienes conciben la acción criminosa, *sino quienes aportan con su condición del resultado*, ya que con ello hace suyo el dolo que preside la acción lesiva.

Amparo penal directo 401/51. Por acuerdo de la Primera Sala, de fecha 8 de junio de 1953, no se menciona el nombre del promovente. 2 de agosto de 1954. Unanimidad de cinco votos. Relator: Teófilo Olea y Leyva.

PARTICIPACIÓN DELICTUOSA. El punto de arranque científico de toda teoría jurídico penal de la participación *es la teoría de la causalidad, y por lo tanto como autor, lo mismo que como participante, sólo es punible el que ha puesto con su acción una condición del resultado*. La co-causación del resultado es el fundamento imprescindible de toda responsabilidad jurídico penal. Muy debatido por la doctrina ha sido el problema relativo a si, tratándose de la codelinquencia, la conducta desplegada por los copartícipes debe considerarse, cualquiera que sea su grado de ejecución, como equivalente del resultado, o si, por el contrario, debe ser objeto de una valoración más especial el comportamiento del agente, en orden a la penalidad aplicable, habida cuenta de que la culpabilidad es el fundamento de la pena, supuesto que no puede darse ésta sin el presupuesto del reproche penal que implica aquélla. Ahora bien, la posibilidad de distinguir diversas formas voluntarias de participación en el delito, *no obstante el valor causal de las distintas condiciones de resultado, descansa en el hecho de que equivalencia causal no supone al mismo tiempo igualdad valorativa jurídica*. De aquí se sigue que es condición precisa para la existencia del instituto de la codelinquencia, que varias personas quieran la ejecución de un mismo delito y que además realicen actos encaminados a su producción. Por lo tanto, la codelinquencia tiene como presupuestos los siguientes: a) intención en todos los

copartícipes de realizar un determinado delito, y b) debe la intención estar encaminada a la consumación del delito y no tan sólo a la realización de uno de los actos de ejecución.

Amparo penal directo 1298/53. Por acuerdo de la Primera Sala, de fecha 8 de junio de 1953, no se menciona el nombre del promovente. 28 de febrero de 1955. Unanimidad de cuatro votos. Ponente: Teófilo Olea y Leyva.

PARTICIPACIÓN DELICTUOSA (LEGISLACIÓN DE COAHUILA). Si el reo fue la persona que presentó a uno de los agentes del delito con los demás, para llevar a término la realización de la conducta criminosa, ello hace evidente la cooperación prestada a quienes integraron la codelincuencia; siendo incuestionable *que aportó una condición del resultado habido*, y es de explorado derecho *que la cocausación del resultado* constituye el fundamento de la responsabilidad jurídica penal en los términos del artículo 10 del Código Penal aplicable y, por lo tanto, tal comportamiento le es reprochable a título de culpabilidad.

Amparo penal directo 1209/53. Por acuerdo de la Primera Sala, de fecha 8 de junio de 1953, no se menciona el nombre del promovente. 21 de enero de 1955. Unanimidad de cuatro votos. Ausente: Luis Chico Goerne. Ponente: Teófilo Olea y Leyva.

PARTICIPACIÓN DELICTUOSA (LEGISLACIÓN DE TAMAULIPAS). En todo delito puede participar una pluralidad de personas, *cuya responsabilidad en grado de participación debe establecerse de acuerdo con la teoría de la causalidad. Es decir, como autor, lo mismo que como participante, sólo puede ser punible el que ha puesto con su acción una condición del resultado; la cocausación del resultado constituye el fundamento imprescindible de toda responsabilidad jurídico penal.* Así la coautoría es participación en sentido amplio, [pues también ella es coparticipación en sentido amplio]³⁴¹, pues también ella es coparticipación en el acto de otro. Pero la palabra participación tiene aquí un sentido diverso que en la pura participación. No niega la genuina autoría del coautor, expresa tan sólo que también en la coautoría el acto se funda en una unidad en la que participa el coautor, por tanto todo coautor es responsable del acto conjunto, incluso, cuando no haya realizado personalmente las características típicas. Ello se deduce de la redacción del artículo 13 del Código Penal del Estado de Tamaulipas que prevé diversos grados de participación en el delito, cuando se da concierto previo o posterior entre los codelincuentes para la realización del delito perseguido, ya que no puede decirse que en un caso el quejoso hubiera causado un daño que no correspondía al proyecto de ejecución del homicidio de que se trata, si resulta que previamente a su realización se identificó a la víctima como la persona que debía ser privada de la vida.

Amparo directo 71/55. Por acuerdo de la Primera Sala, de fecha 8 de junio de 1953, no se menciona el nombre del promovente. 2 de diciembre de 1955. Unanimidad de cuatro votos. Ponente: Teófilo Olea y Leyva.

PARTICIPACIÓN DELICTUOSA. Si sólo fue acusado el quejoso, y la sentencia condenatoria está referida exclusivamente a él, aun en el supuesto de que hubiera habido complicidad con otra persona, la culpabilidad jurídico penal de ésta no excluye el dolo que preside la conducta de aquél, ya que *sólo es punible el que ha puesto con su acción una condición del resultado.*

Amparo directo 5114/57. Salvador Flores Méndez. 22 de noviembre de 1957. Unanimidad de cuatro votos. Ponente: Rodolfo Chávez S.

PARTICIPACIÓN DELICTUOSA. CÓMPLICES (LEGISLACIÓN DE MICHOACÁN). Con arreglo a la definición que establece el artículo 14 del Código Penal aplicable por lo que hace a la complicidad del agente por lo que ve a su grado de participación en el delito, es responsable

³⁴¹ Pareciera que el texto entre corchetes está repetido.

como cómplice, no solamente quien concibe el designio criminoso, *sino también aquél que aporta una condición del resultado de acuerdo con las acciones que ejecuta*; o en otros términos, *la coacción del resultado*, determina la represión de la conducta antijurídica del agente.

Amparo directo 6965/57. Anselmo Trujillo Tapia. 6 de octubre de 1958. Mayoría de tres votos. Disidentes: Juan José González Bustamante y Rodolfo Chávez S. Ponente: Luis Chico Goerne.

PARTICIPACIÓN DELICTUOSA. Si el quejoso no sólo participó en el homicidio sino que *aportó una de las condiciones para que se produjera ese homicidio*, causado por el golpe contuso asestado a la víctima por el coacusado, ya sea que se contemple el grado de participación del quejoso en el delito que se analiza, desde el punto de vista *de las teorías de la causación o de la equivalencia de las condiciones*, de todas formas, es obvio que el quejoso participó en el delito de que se trata prestando auxilio y cooperación al autor material del homicidio habido y, por tanto, el dolo con que procedió, determina la represión penal de su conducta antijurídica.

Amparo directo 6965/57. Anselmo Trujillo Tapia. 6 de octubre de 1958. Mayoría de tres votos. Disidentes: Juan José González Bustamante y Rodolfo Chávez S. Ponente: Luis Chico Goerne.

PARTICIPACIÓN DELICTUOSA. Es verdad que para el robo no se necesita matar; empero, si para conseguirse el propósito criminal el agente se vincula con otros sujetos, sumando sus fuerzas para el logro de aquel objetivo, preparándose previamente con armas y objetos adecuados, y se apostea uno de los coacusados en lugar estratégico para que en los hechos y especialmente en la huída contaran con el camino expedito, es indudable que por la objetividad desplegada, todos los participantes, aun sin acuerdo expreso, pero deducible que lo fue tácito por el ímpetu criminal que los unía y que confirma la materialidad descrita, deben responder de todas las consecuencias, tanto de los actos propios como de los terceros, por ser sus socios, ya que se trata de una auténtica empresa criminal con el firme propósito de conseguir el efecto buscado en cualquier forma, o sea, de un robo en casa habitada con violencia sobre las cosas y las personas, ya que para su realización se incluyen desde la amenaza y golpes simples, hasta la privación de la vida del sujeto pasivo que se atreva a oponer resistencia. De allí que el legislador reprima dichos actos con severidad y sancione separadamente el daño patrimonial causado, con la lesión jurídica concurrente (lesiones, homicidio) y aun aumente la penalidad por la presencia de violencia sobre las personas; por lo que los resultados dañosos en la prosecución de la finalidad y ejecutados materialmente por sus compañeros le son imputables al quejoso, en virtud precisamente de la teoría de la unidad del delito y del nexo casual, pues se trata de un delito complejo y *del problema de la causalidad eficiente consagrada por el artículo 13 del Código Penal del Distrito Federal*.

Amparo directo 235/54. Macario Mondragón Forguez. 11 de marzo de 1959. Unanimidad de cuatro votos. Ponente: Agustín Mercado Alarcón.

PARTICIPACIÓN DELICTUOSA. En puridad jurídica, es auxiliar el copartícipe cuya intervención resulta (retrospectivamente investigada), imprescindible, *de tal forma que suprimida la actividad por él desarrollada sea imposible la representación mental del delito tal como se realizó efectivamente*; en otros términos, precisa, para la coautoría en el delito, la concurrencia del agente en los actos ejecutivos del mismo, que no otra cosa es la participación material de que hablan los tratadistas, diversa a la participación moral que sólo "consiste en determinar a otro a la ejecución de un delito o en reforzar su voluntad de cometerlo". Conforme al criterio clásico, la participación se aprecia objetivamente, o sea,

en relación a la importancia de la aportación causal al hecho por parte del partícipe, y Carrara considera indispensable distinguir entre autores principales y cómplices, comprendiéndose en estos últimos a todos los delincuentes accesorios, esto es, a todos aquellos que contribuyen a un delito consumado por otro, participando en él de cualquier suerte, pero en grado suficiente a constituirlos más o menos responsables del hecho criminoso. Por lo contrario, el criterio subjetivo de la escuela positiva aprecia la participación en relación de los partícipes, no por la importancia de su aporte a la producción del delito, sino por el grado de peligrosidad revelado por cada uno de ellos. Independientemente de las diversas teorías acerca del carácter de la participación, ya sea la llamada de unidad o la de la pluralidad o autonomía de la complicidad, como la llaman los alemanes, nuestra legislación, que ha seguido la tendencia positiva, al disminuir el casuismo, involucró, dentro de las prescripciones del artículo 13 de Código Penal, todos los problemas de la participación según que ésta se manifieste antes de la perpetración consumativa del delito o en el momento de la ejecución final. El delito característicamente especial de abstención u omisión, o encubrimiento negativo, como lo llamaría Carrara, por la conexión de responsabilidad entre el culpable y el reticente y cuyo rasgo que lo tipifica es la inobservancia del precepto que impone una acción positiva, en la especie no aparece justificado en la conducta antijurídica del reo, si las constitutivas del delito no operan en el caso, porque ni antes ni inmediatamente después de tener conocimiento que otra persona estaba cometiendo un delito, trató de impedir que se siguiera cometiendo, sino por lo contrario, cooperó a la labor delictuosa por concierto posterior, tácito o expreso con aquél, configurando, con su conducta así realizada, el tipo de coautoría que contempla el artículo 13 del Código Penal; de tal manera que su conducta antijurídica no fue de simple omisión o abstención, de encubrimiento pasivo, sino como la de un participante en el delito, al concurrir en los actos ejecutivos de éste, al contribuir a su consumación y aun a su agotamiento, dado que prestó al autor material del hecho asistencia, auxilio y cooperación.

Amparo penal directo 5539/45. Aguilera Yáñez Guadalupe. 5 de junio de 1946. Unanimidad de cuatro votos. Ausente: José María Ortiz Tirado. La publicación no menciona el nombre del ponente.

ROBO Y NO ENCUBRIMIENTO. Si la actividad que desplegó el encausado, quien desempeñaba el cargo de vigilante en una terminal de los Ferrocarriles Nacionales, consistió en auxiliar con su silencio a sus coacusados para que éstos pudieran apoderarse de diversos cereales que se encontraban en los furgones de la empresa ofendida mencionada, que estaban a su cuidado, resulta partícipe de los delitos en los términos de la fracción III del artículo 15 del Código Penal Federal, y no encubridor, ya que prestó su cooperación a la ejecución de los robos, con actos *coetáneos* y accesorios, a sabiendas de que con ello favorecía la ejecución de esos delitos.

Amparo directo 9214/82. Ernesto Chaires Flores. 25 de agosto de 1983. Cinco votos. Ponente: Fernando Castellanos Tena. Secretaria: Elvia Díaz de León.

ROBO, REPARACIÓN DEL DAÑO EN CASO DE PARTICIPACIÓN EN EL DELITO DE. Es inconsistente el argumento en el sentido de que si un participante sólo obtuvo una cantidad parcial de la suma robada, debe condenársele por el apoderamiento de aquélla y no por otra mayor y asimismo sancionarlo únicamente a la restitución de la cantidad parcial lograda; debe decirse que tal pretensión va contra toda temática de la participación, porque el partícipe responde por la totalidad de la lesión jurídica que se produzca, resultando intrascendente el lucro obtenido, *si puso culpablemente una condición para la lesión*

patrimonial, ya que todos los partícipes, por mandato legal, responden solidaria y mancomunadamente de la reparación del daño.

Amparo directo 1326/84. Salvador Díaz Siordia. 2 de julio de 1985. Unanimidad de cuatro votos. Ponente: Fernando Castellanos Tena.

SALUD, DELITO CONTRA LA CULTIVO DE MARIHUANA. PARTICIPACIÓN NO CONFIGURADA. Si al inculpado se le responsabiliza de la modalidad de cultivo de marihuana como colaborador en la conducta de los autores por el hecho de que en varias ocasiones les vendió alimentos, debe estimarse que ello es temerario, habida cuenta de que el acto de vender comida a quienes ejecutan la acción típica no tiene ninguna vinculación con el cultivo de la marihuana lo cual no ocurriría en el supuesto de proporcionar los útiles de labranza o los elementos directamente necesarios para el cultivo. Por lo tanto, debe entenderse que la figura delictiva de la participación conectada con el tipo legal del cultivo de la marihuana, *no capta toda condición causal*, sino únicamente aquella que tenga conexión, según el caso, con la actividad típica, excluyendo, en principio, las acciones que sólo remotamente puedan emparentarse con el hecho del autor y que se desenvuelvan dentro del cauce de lo socialmente tolerado.

Amparo directo 2790/83. Refugio Estrada Fernández. 23 de enero de 1984. Unanimidad de cuatro votos. Ponente: Francisco Pavón Vasconcelos. Secretario: Tomás Hernández Franco.

TESTIGOS, DECLARACIÓN DE LOS. PRUEBAS SUFICIENTES PARA ACREDITAR LA PRESUNTA RESPONSABILIDAD. CUANDO NO SE ACREDITA LA PARTICIPACIÓN DIRECTA DEL INCULPADO. (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE NUEVO LEÓN). Si de las declaraciones de los testigos se colige que el grupo de personas que ocasionaron los daños a los vehículos eran encabezados por el quejoso, quien daba órdenes de causar daños, y si bien de esas declaraciones no se deduce que el quejoso haya tenido participación directa en la comisión de los hechos, esta circunstancia no le resta claridad ni precisión a las declaraciones, tampoco puede decirse que por no colegirse de esos testimonios que el amparista haya tenido participación directa en los hechos, ellos resultan insuficientes para acreditar su presunta responsabilidad pues de lo dispuesto por el artículo 39, del Código Penal de la entidad, el cual indica que: "Responderán por la comisión delictiva quien o quienes *pongan culpablemente una condición* de la lesión jurídica ... Por tanto, debe entenderse que *ponen culpablemente una condición* del resultado ... II.-Los que inducen o compelen a otros a cometerlos". Por lo que los testimonios son pruebas suficientes para acreditar la presunta responsabilidad del quejoso en la comisión del ilícito.

TERCER TRIBUNAL COLEGIADO DEL CUARTO CIRCUITO.

Amparo en revisión 157/90. Luis Garza Garza. 14 de agosto de 1991. Unanimidad de votos. Ponente: José Antonio Hernández Martínez. Secretaria: María Blanca Idalia López García.

VIOLACIÓN, COPARTICIPACIÓN EN LA. Como es sabido, la responsabilidad se irroga a todos los partícipes, y del texto de la ley se desprende el principio general conforme al cual *es partícipe quien pone culpablemente una condición para la ejecución del delito*. Con dicha fórmula resulta responsable de la comisión delictiva lo mismo quien ejecuta el núcleo del tipo, que cualquiera de sus elementos, e incluso *quien sin ejecutar actos comprendidos en la descripción, pone una condición para la secuela*. De esta manera, si el acusado de violación no copuló (núcleo del tipo), pero ejecutó actos comprendidos dentro de la descripción, al ejecutar violencia sobre la mujer, de manera que fuera posible la imposición del ayuntamiento sexual por su coacusado, desde el punto de vista técnico-legal su participación resulta obvia y en nada le favorece el que su coacusado o la mujer ofendida se hayan referido a que su intervención se redujo al ejercicio de la violencia, puesto que al

ejercitarla, además de integrar uno de los elementos del tipo (la violencia como medio para la cópula), *estaba poniendo culpablemente una condición del resultado*. Se trata de una cuestión elemental dentro de la problemática de la participación.

Amparo directo 2017/73. Guillermo Acosta Ramírez. 9 de enero de 1974. Cinco votos. Ponente: Abel Huitrón y Aguado. Véase: Apéndice al Semanario Judicial de la Federación 1917-1965, Segunda Parte, Primera Sala, tesis 84, página 185, bajo el rubro "COPARTICIPACION, RESPONSABILIDAD EN LA".

3.2.1.1.4.3. Doctrina jurídico penal. Entre los autores mexicanos existe la idea que las *teorías material – objetivas* son posteriores a la formal – objetiva³⁴², o que, todas las teorías objetivas se identifican con ésta³⁴³, la cual es equivocada como se demuestra con el desarrollo histórico que de éstas se hace en los distintos apartados de este trabajo.

De entre los autores que se refieren a las teorías material – objetivas, pueden citarse: *MOISÉS MORENO HERNÁNDEZ* (p. 284): Ante las objeciones a la teoría formal, se elaboró otra como correctivo que es la "teoría material objetiva", que se orientó hacia la causalidad; según ella, el autor es la causa, el cómplice, la condición del resultado típico (Feuerbach, Finger, Bar, Binding, etc.). El punto de partida de esta teoría lo constituyen, por lo general, las doctrinas individualizantes de la causalidad, que estiman que, entre las distintas fuerzas que han contribuido al resultado, se puede distinguir entre causa y condiciones; pero, al aplicar criterios de las ciencias naturales, la postura resulta inadmisibles; además, cuando se hace valer la teoría de la equivalencia de las condiciones esa distinción ya no es posible, cayendo a un concepto extensivo de autor. *CARLOS A. MADRAZO* (p. 233): (...) Ante las objeciones a esta teoría [*se refiere a la teoría formal objetiva*], se elaboró otra como correctivo, que es la teoría "material objetivo", que se orientó hacia la causalidad, pero que tampoco pudo resolver muchos problemas. Raúl *GONZÁLEZ SALAS – CAMPOS* (pp. 154 y 155): c2. *La teoría objetivo – material*. Quiso salvar los obstáculos de la teoría objetivo – formal, siguiendo los mismos presupuestos, señalando que sería autor quien aportase en el hecho la contribución objetiva más importante, desde el punto de vista de la peligrosidad objetiva. Sin embargo tampoco resuelve los casos de la autoría mediata, figura en que lo decisivo es si el autor mediato sabe o no que está realizando el hecho típico³⁴⁴. *Octavio Alberto ORELLANA WIARCO* (p. 380): a) Las *teorías objetivas* se apoyan en la sistemática causalista – naturalmente donde el tipo era concebido en forma exclusivamente objetiva. *Raúl PLASCENCIA VILLANUEVA* (p. 211): Este concepto [*se refiere al restrictivo de autor*] va ligado a la teoría objetiva de la participación, la cual trata de demostrar desde el aspecto formal y el material que sólo deben ser responsabilizados penalmente las personas que por sí mismas concretan el tipo penal. (...) La teoría objetivo material, a fin de dar respuesta a la problemática planteada por la teoría objetivo formal, nos remite a un criterio material que supera la mera

³⁴² Entre otros Raúl Plascencia Villanueva. Véase cita en este apartado.

³⁴³ Así Carlos Juan Manuel DAZA GÓMEZ, <<Autoría y participación>>, 2002, pp. 22 y 23: Toda teoría objetiva de la autoría consiste en calificar como autor a quien ha cometido el hecho típico descrito en la ley penal. La herencia doctrinaria de esta teoría objetiva viene provista desde los tiempos del creador del tipo penal como categoría esencial del ilícito; nos referimos nada menos que a Ernest [*sic; ¿Ernst?*] von Beling. Las teorías objetivas únicamente se preocupan por saber quién de todos los intervinientes ha concretizado materialmente la descripción típica. Ahí, precisamente, reside la pobreza o limitación de esta teoría, porque en el supuesto imaginado de que una persona sostiene a otra entre sus brazos, en espera de que otro clave un puñal al indefenso, no podemos decir que el individuo que sujeta al otro haya realmente cometido la descripción típica de homicidio, pero, en cambio, sí podemos afirmar, válidamente, que dicho individuo mató a la persona que sostenía en su brazos.

³⁴⁴ Este autor, no hace mención de ninguno de los planteamientos teóricos con los que con esta teoría se busca diferenciar a los autores de los partícipes. Se deja la idea de que la teoría objetivo-material es una teoría en sí, lo cual no es del todo exacto. Además, esta teoría no es posterior a la formal objetiva.

descripción típica. Por lo que será autor el sujeto que aporte la contribución objetiva más importante³⁴⁵. José Moisés VERGARA TEJADA (pp. 430 y 431): *Teoría objetiva*. Bajo esta teoría, y a contrario de la teoría subjetiva, no es preponderante “la dirección de la voluntad” del agente en el hecho típico de que se trate para considerarlo autor o partícipe, sino más que nada, lo importante será su *aportación material* al hecho criminoso objetivamente considerado. Por tanto, todo sujeto que de alguna manera aporte “algo” para la realización del hecho delictuoso, podrá ser considerado autor o partícipe (instigador o cómplice) en el hecho típico de que se trate. Al tenor de esta teoría, tenemos entonces que “el monto” de la aportación al hecho típico, resuelve de manera definitiva la calidad de los que intervienen en el delito; así, podrá ser considerado autor quien aporte el mayor monto objetivo en la comisión del delito, sin importar si tenía o no voluntad de que el mismo se realizara; mientras que otro que pusiera una mínima parte para su realización, podría ser considerado sólo partícipe, sin importar tampoco la dirección de su voluntad. Luis Felipe GUERRERO AGRIPINO (p. 190): 4.2. TEORÍAS OBJETIVO-MATERIALES. Bajo la misma línea delimitadora, y ante las principales inconveniencias de la teoría formal-objetiva, se han elaborado posturas sustentadas en aspectos sistemáticos de diversa índole. Existe una gran variedad de tendencias. Sólo nos referiremos a las que estimamos con mayor representatividad.

En relación con las teorías que forman parte de las *teorías material – objetiva* se encuentra lo dicho por Celestino PORTE PETIT CANDAUDAP (p. 863): Según la teoría de la causalidad, toda conducta realizada debe tener un nexo causal con el resultado; por tanto, los que contribuyen a la producción del mismo, deben tener un rango igual en la realización de este resultado; no cabe distinción alguna entre ellos; no puede hablarse consecuentemente aquí de delincuente accesorio y delincuente principal; no hay conciliación alguna entre causalidad y accesoriedad. (...) Somos de parecer, que de aceptarse la teoría de la causalidad, es autor cualquiera que ha realizado una conducta que tenga relación causal con el resultado; punto de vista que con toda razón acarrea serias objeciones, por lo que, debe existir una diferenciación entre los sujetos que hayan intervenido en la producción del resultado, una graduación entre los mismos. (...) Sintetizando pensamos, que la circunstancia de que toda conducta sea productora del resultado, es decir, que exista una equivalencia causal de las condiciones del resultado, no quiere decir, que dichas conductas correspondan a una idéntica valoración de la participación³⁴⁶. Ignacio VILLALOBOS (p. 478): B) *Teoría sobre la causalidad*.- Como reacción provocada por los caracteres más repelentes de aquella tesis sobre accesoriedad de la participación, se puso la mira en el verdadero nexo que une a todos los partícipes con el delito realizado y les hace responsables del mismo, o sea en el hecho de que todos *concurran a la causación* del evento producido, aportando cada uno algún influjo para su perpetración y teniendo por ello responsabilidad en el delito. A von Buri se atribuye esta valiosa observación, aunque injustamente se le hace cargo de haber firmado la equivalencia de todas las causas concurrentes, sobre argumentos ligeros, para concluir volviendo a los sistemas del Derecho Romano, largo tiempo abandonados, que asignaban la misma pena para todos los partícipes [*y en la p. 479, agrega*] D) *Desarrollo definitivo de la teoría causal*.- Liquidados los errores sobre una supuesta necesidad de igualar las penas y con una sensación valorativa más fina, según la expresión de Mezger, se volvió a la aspiración de sancionar a cada partícipe de acuerdo con su mayor o menor aportación objetiva en la realización de lo que indiscutiblemente es un solo delito, pero de acuerdo también con los datos individuales y subjetivos de responsabilidad, lo cual significa la verdadera síntesis de los ensayos anteriores. Así orientada la estimación de la responsabilidad correspondiente a cada partícipe, debemos examinar separadamente cada uno de los datos que concurren a formarla: tanto el objetivo de mayor o menor eficacia causal o del aporte prestado para la realización del hecho típico, como el subjetivo que se refiere a la perversidad demostrada por cada sujeto o a su más o menos franca y reprochada actitud de oposición al orden social³⁴⁷. Luis FERNÁNDEZ DOBLADO (pp. 312 y 313): Es evidente la importancia que la doctrina de la causalidad tiene en la construcción del concurso criminal, siendo ella la que viene a justificar plenamente la incriminación de acciones que han contribuido a la realización del delito. Aplicando la teoría de la equivalencia de las condiciones al concurso, se llega necesariamente a la indeterminación desde un punto de vista objetivo el valor causal de las plurales contribuciones en el delito, razón por la cual los sostenedores de esta tesis hallan tal divergencia en el aspecto subjetivo, donde distinguen al que realiza el hecho típico con (*animus auctoris*), constituyendo esto un acto de ejecución de aquel que lo causa con intención de ayudar a otro que lo haga (*animus socii*). Resulta claro por otra parte que aplicando a la pluralidad personal en el delito alguna de las teorías individualizadoras del nexo causal (*causación eficiente o adecuada*) se llegaría a la distinción material entre autor y cómplice, poniendo a cargo del primero la realización de una causa y del segundo una condición del resultado. La aplicación de la teoría de la equivalencia de las

³⁴⁵ Para este autor, las teorías objetivo – materiales son posteriores a la teoría objetivo – formal, lo cual no está de acuerdo con la opinión dominante. Véase apartado 3.1.1. de este trabajo.

³⁴⁶ En esta última parte de la opinión está la influencia de Edmundo Mezger.

³⁴⁷ La referencia al criterio de la causalidad, el señalamiento de Mezger y el decir que es el <<desarrollo definitivo de la teoría causal>>, deben identificarse con las ideas del *concepto extensivo de autor*.

condiciones a todas las formas de participación en el delito, supone por otra parte y en un segundo momento conceptual, la valoración jurídica de las conductas equivalentes para establecer diferencias entre ellas y con arreglo a criterios jurídico – positivos que nacen de la necesaria conexión integradora y complementaria de las normas que regulan los singulares delitos con los dispositivos penales que en la parte general establecen y extienden la dimensión personal de los delitos. Sin embargo, es preciso admitir que no debe exagerarse en torno al aspecto causal en la participación, concluyendo que éste no resuelve más que una fase de la concurrencia criminal, la cual debe ser examinada a través de todos los elementos del delito y muy importante en el terreno psicológico, donde debe ser individualizada la responsabilidad del coacusante. *Luis MUÑOZ* (p. 271): (...). A nuestro juicio, escribe Jiménez de Asúa, la accesoriadad de la participación vinculada a la relación de causalidad es la más correcta de las doctrinas y sus excesos se corregirían, sin abjurar de la causalidad, sin más que poner en práctica la adecuación típica o relevancia jurídica. Así por ejemplo: en el supuesto de una instigación al delito de hurto no cabrá cargar el homicidio subsiguiente, si consideramos que el inductor sólo instigó a un tipo determinado, y que, sin bien la muerte resultó del hurto al que aquel indujo, no es menos exacto que no se hurta matando, (Art. 7). *Francisco PAVÓN VASCONCELOS* (pp. 528 y 529): Normalmente se identifica a la participación con el problema de la *causalidad*, pues la intervención de varias personas, sea directa o indirecta, en la producción del delito, colocan su particular actuar en el rango de condiciones que, en conjunto producen el resultado típico. Tal identidad ha sido exagerada, pretendiéndose que el mismo criterio privatista en la causalidad, es eficaz para resolver los problemas de la participación. (...) Para la teoría de la *adecuación*, lo mismo para la de la *causalidad eficiente*, al distinguir la *causa* de la *condición*, la actividad del autor constituye la *causa del delito*, destacando de la de los partícipes por cuanto a su eficacia causal. Así, por ejemplo, quien en la esquina vigila, para avisar a sus compañeros, la posible llegada de la policía, mientras éstos realizan el saqueo nocturno de la casa sin vigilancia o custodia, a pesar de no realizar actividad coincidente con la constitutiva del robo, sin lugar a duda está *participando* con su actuar en la comisión de tal delito; los que se *apoderan* del botín dan vida a la actividad descrita en el tipo y por ello son autores (*causa*), pues la conducta desarrollada tiene mayor *eficacia causal* o es la *adecuada* en el resultado, mientras el primero adquiere la categoría del *partícipe*, dado que su actuar, aun siendo condición causal, no tiene igual eficacia o bien no resulta la condición adecuada. Sin desconocer que el estudio de la participación puede tener algún contacto con el de la causalidad, no todos los problemas del concurso encuentran solución en el citado criterio, pues la aportación de cada partícipe no puede estar sujeta a una "preordenada catalogación", ya que el hecho concreto varía en forma extraordinaria. Por otra parte, aun cuando en principio el criterio de la causalidad no es de utilidad manifiesta, no resulta totalmente eficaz en la práctica, pues al problema de determinar cuál es la condición que tiene el carácter de causa (de aplicarse alguna teoría individualizadora), se agrega el de no proponer criterio alguno subjetivo que permita precisar el carácter de condición causal respecto a la conducta del sujeto, por más que la aplicación de la causalidad, por el Tribunal Supremo de Berlín, haya pretendido encontrar precisamente en el aspecto subjetivo el medio adecuado para determinar las formas de participación en el delito. *Miguel Angel CORTÉS IBARRA* (p. 293): a) De la causalidad.- Esta teoría identifica a la participación con la causalidad. Todos los sujetos que intervienen en la ejecución del delito concurren poniendo una condición para la producción del resultado. La responsabilidad es proporcional a la intensidad del influjo causal. *Irma Griselda AMUCHATEGUI REQUENA* (p. 107): *Teoría de la causalidad*. Trata de resolver la naturaleza de la participación, de acuerdo con la causalidad. Quienes coadyuvan con su unión a causar el resultado son coautores, partícipes o codefincuentes. (...) La teoría más adecuada es la de la causalidad, siempre que se haga un análisis profundo de cada elemento del delito, considerando los objetivos y los subjetivos. En cualquier caso, cada partícipe debe responder por el daño causado. *Raúl PLASCENCIA VILLANUEVA* (p. 212): En esta línea [*se refiere la de la teoría material – objetiva*] se sitúan las concepciones que distinguen expresa o tácitamente, entre condición y causa, considerando, en el sentido de las viejas teorías restrictivas de la causalidad como causa a ciertas condiciones especialmente importantes: [*y en la p. 219, agrega*] La teoría de la causalidad, pretende resolver con base en la causalidad el problema de la participación, al respecto considera codefincuentes a quienes contribuyen, con su intervención, a producir el delito. Al respecto Von Buri consideraba que la verdadera liga de unión entre los partícipes en el delito, que los hace responsables, es su concurrencia para la causación del hecho penalmente tipificado³⁴⁸. *Octavio Alberto ORELLANA WIARCO* (p. 380): (...) El criterio *material objetivo* trató de encontrar la solución al problema apoyándose en teorías individualizadoras del nexo causal, en la teoría de la causa eficiente (Stoppato) donde se distingue causa, condición y ocasión, y propone que quien ponga la causa sera autor; y partícipe el que cuantitativamente aporte una condición, o sea ocasional su intervención. La dificultad de deslindar cuantitativamente esos aportes objetivos de índole causal llevaron al fracaso este criterio. *Rodolfo MONARQUE UREÑA* (p. 133): C) *Teoría objetivo-material*. Este criterio, considera que es autor aquel que, entre los sujetos que intervienen en la comisión de un delito, aporta la causa más eficaz para la producción del resultado o la puesta en peligro del bien tutelado. A dicha

³⁴⁸ La <<teoría de la causalidad>> la analiza en el apartado <<participación>>, con lo que se da la idea de que no está relacionada con el concepto de autor, lo cual es equívoco.

corriente se le hacen las mismas críticas que la teoría objetivo-formal, puesto que por regla general, la condición más eficaz la aporta el autor de la conducta típica, es decir, quien materialmente realiza el delito y, por tanto, relega a un segundo plano y en calidad de partícipes, al autor intelectual o mediato. Miguel Angel MANCERA ESPINOSA (2000, p. 215): 3.4.2. *Teoría material objetiva*. Esta teoría parte de la idea de **causa**, es decir, que el autor es causa del hecho. Sin embargo no toda causa puede dar lugar a la autoría, por esto se marcan graduaciones en importancia de la aportación causal, por lo que se debe distinguir entre **causa y condición**, el que aporta la causa es autor y el que da una condición es sólo cómplice. Así, se distingue entre la **causación necesaria** y la **causación favorecedora**. Se le objeta que en el plano causal no es factible hacer distinciones (teoría de la equivalencia). Luis Felipe GUERRERO AGRIPINO (pp. 190 – 193): A) *Teoría de la necesidad de la aportación causal*. Sigue teniendo su base en el terreno de la causalidad, pero separándose de la teoría de la equivalencia de las condiciones. Se parte de la determinación de que aquel que realice una aportación indispensable al hecho, sin la cual éste no se hubiera concretado, equivale a la ejecución de propia mano y por lo tanto, su portador es autor. A partir de esta premisa, pueden resultar aplicables todos aquellos criterios tendentes a delimitar, de las condiciones que convergen en un resultado, cuál o cuáles de ellas son determinantes para su producción. Bajo este rubro, quedan comprendidas, desde la teoría de la *conditio sine qua non*, hasta planteamientos que, acudiendo a criterios cuantitativos o cualitativos, trataban de implementar un criterio único y universal. Sin embargo, hay que hacer notar que todos estos criterios han sido totalmente refutados por la doctrina – incluyendo el más importante (“la teoría de la relevancia”) y suplantados por criterios de imputación objetiva. Ahora bien, si las premisas metodológicas de las que parte esta teoría, han sido en su momento enteramente desvirtuadas, con mayor razón, los resultados a los que llega en el ámbito de la autoría. Pues está claro que el coautor, no precisamente tiene que haber realizado siempre una aportación causal “necesaria”. Ni aquél que la ha efectuado, en todos los casos, por ese solo hecho tiene que ser considerado coautor. B) *Teoría de la simultaneidad*. Bajo esta postura, autor es aquél cuyo su comportamiento forma parte de la ejecución del hecho, aun cuando sea de manera subordinada. Por el contrario, sólo es cómplice, aquel cuya aportación sea anterior a dicha ejecución. Esta teoría, de alguna manera rescata rasgos principales de la formal objetiva y de la teoría de la necesidad. Y quizás en ello se sustentaría su única ventaja, en la medida en la que no cae en la unilateralidad de aquéllas. No obstante, llega al extremo de acudir a criterios meramente temporales y así, no encuentra sustento la autoría mediata. Por otra parte, se puede llegar al absurdo de castigar como coautores –por el solo hecho de que su aportación encuadre en la fase ejecutiva– a aquellos que en estricto sentido son cooperadores. C) *Teorías que se sustentan en el carácter directo o indirecto de la causalidad*. Existe otro grupo de posturas que, no obstante su punto de partida también basado en la causalidad, presentan orientaciones distintas al común denominador de las demás teorías objetivo-materiales. Se sustentan en la dirección de la causalidad con respecto a la cercanía o lejanía de la afectación del bien jurídico. De esta manera, la causalidad del autor es siempre una causalidad directa, en tanto que la del cómplice, se apoya precisamente en la del autor, favoreciéndola en la afectación del bien jurídico. En la coautoría, estaría latente una “co-eficacia colateral”, en tanto que en la complicidad una “co-eficacia descendente”. De las diferentes vertientes basadas en este presupuesto metodológico, Horn plantea que la percepción causal sufre una modificación a través de la intervención rectora de la psique. Y de esa manera, la aportación de una mera condición se transforma en *dominum cause*, es decir, en dominio sobre el curso causal. Así, la causalidad natural se convierte en “sierva” de la voluntad obediéndola para desplegar su efecto en el lugar prescrito y en el momento asignado. Bajo este planteamiento, llega a determinar que no sólo es autor el causante natural, sino también aquél que es portador del *dominus cause* y también tendría el dominio sobre el curso causal aquél que para la ejecución del hecho utiliza a otro que no actúa con una voluntad libre o bajo la influencia de un error. En cambio –siguiendo con Horn– el partícipe, actúa con el conocimiento de que no está aportando directamente una causa natural ni tampoco de ser *dominus causae*³⁴⁹, sino que deja a la discreción de otro si el resultado se produce o no. Aclara que todo este contenido de la voluntad no se integra de manera arbitraria, sino que se deriva de situaciones fácticas, objetivas. Así, un partícipe no puede convertirse en autor sólo por sus pensamientos, intereses o motivos; ni tampoco con base en la mera intención de una persona, puede transformarse su papel de coautor al de cómplice. Como se puede apreciar, la postura de Horn, no hace más que mezclar aspectos subjetivos y objetivos, de manera confusa, sin aportar un criterio delimitador claro. Otra vertiente la integra la postura de Frank, destinada sólo a los delitos de resultado (físico) y no a los de mera actividad. Para él, en la autoría, la causalidad entre la acción y el resultado, se transmite físicamente. En cambio, en la participación, la causalidad se produce psíquicamente. Con todo, esta teoría se encuentra despegada de la realidad, pues pueden haber casos en los que la aportación del cómplice no tenga vinculación alguna con la psique del autor; es más, puede darse el caso de que éste desconozca la presencia de la cooperación a su acto. Por otra parte, en los casos de autoría mediata, donde el sujeto que está detrás hace caer en un error al que utiliza como instrumento. El curso causal del autor no se produce físicamente, sino a través de una influencia psíquica. D) *Teoría de la supremacía (objetivo-popular)*. Distanciados del terreno causal, Dham y Schmidt son coincidentes –al margen de las particularidades

³⁴⁹ *¿Dominum cause, dominus cause, dominus causae?*

de cada planteamiento– en el sentido de que la delimitación entre la autoría y la complicidad, no debe sustentarse en elementos determinados, organizables, de manera genérica, sino atendiendo a circunstancias que se presenten en cada caso concreto, a partir de la equivalencia (coordinación), en la coautoría, o la subordinación del cómplice con respecto a la supremacía del autor. Esta valoración, bajo la apreciación de un observador imparcial objetivo. La flexibilidad extrema a la que llega esta orientación, se traduce en un verdadero estado de inseguridad jurídica. Y otorga al juzgador un amplio espacio discrecional. Ahora bien, la virtud de despegarse del ámbito estrictamente causal y la tendencia a elaborar en un contexto global para cada caso concreto, no le concede la mayor trascendencia, toda vez que esos aspectos se ven en mucho, tomados en cuenta por la teoría del dominio del hecho, pero con sustentos metodológicos y dogmáticos más sólidos. *Jorge OJEDA VELÁZQUEZ* (2005, pp. 21 y 22): Partiendo de la premisa de que el autor es aquel que pone en movimiento la causa del evento, mientras que el partícipe realiza una simple condición, y toda vez que este último como cómplice, auxiliador o coautor coopera u opera con el verdadero sujeto activo, se llega a la misma conclusión anterior: sea que lo realice conjuntamente (fracción III), sea que preste ayuda o auxilie a otro al momento de cometer el delito (fracción VI) o que auxilie al autor con posterioridad a su ejecución (fracción VII), él no hace más que poner una simple condición que por sí sola no realiza la ofensa criminosa. Quien conjuga el contenido específico del verbo del delito es, únicamente, el autor material. [*Esta idea ya la expresaba hace aproximadamente veinte años, en*] <<Hacia una nueva concepción de la teoría del delito>>, pp. 21 y 22: Partiendo de la premisa que el autor es aquel que pone en movimiento la causa del evento, mientras que el partícipe realiza una simple condición, y toda vez que este último como cómplice, o auxiliador, coautor, coopera u opera con el verdadero sujeto activo, se llega a la misma conclusión anterior: sea que la realice conjuntamente (fracción III), sea que preste ayuda o auxilie a otro al momento de cometer el delito (fracción VI), o que auxilie al autor con posterioridad a su ejecución (fracción VII), ellos no hacen más que poner una simple condición que por sí sola no realiza la ofensa criminosa. Sólo el autor material es quien concreta el específico contenido semántico del verbo del delito.

3.2.1.2. Teoría formal objetiva. Es común encontrar la aseveración de que la formulación inicial de esta teoría se debe a *Ernst BELING*³⁵⁰. Esto es discutible pues ya desde el siglo XIX existieron autores que la sostenían³⁵¹ y, además, el nombre se debe a *Karl BIRKMEYER* en 1908³⁵², fecha posterior a la obra de *BELING (Lehre vom Verbrechen, 1906)*.

³⁵⁰ Así Jacobo LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, *Autoría y participación*, p. 24: La teoría formal – objetiva que nace con Beling y es seguida por prestigiosos autores como Von Liszt, Dohna y Mezger, considera que autor es el que ejecuta la acción típica, esto es, el que realiza la acción expresada por el verbo rector del tipo.

³⁵¹ Álvaro BÚNSTER BRICEÑO, <<El concepto de autor>>, en *Escritos...*, p. 190: 4. Ocupémonos ahora de la teoría objetiva formal. La bibliografía da testimonio de esta posición doctrinal ya en los albores del siglo XIX. En 1805 decía Stübel en Alemania que entre los concurrentes a un delito cabía distinguir al que ha causado un hecho que pertenece al concepto legal del mismo y que, por tanto, constituye una parte de su figura (*Tatbestand*) –como en el hurto la ruptura de aquello en que las cosas se contienen y la sustracción de éstas– del que ha tomado parte en el delito de otra manera, facilitando, por ejemplo, los instrumentos para practicar el hurto, ocultando las cosas o distribuyéndolas. En la segunda mitad del siglo XIX creció en Alemania el número de sostenedores de ese mismo pensamiento.

³⁵² Claus ROXIN, *Autoría y dominio...*, p. 52: Recibió su nombre de BIRKMEYER, pero de hecho es bastante más antigua. Ya en el siglo XIX contaba con numerosos defensores.

3.2.1.2.1. *Origen:* de entre los autores de finales del siglo XIX en los que se reconoce la elaboración de esta teoría se encuentra *Adolf MERKEL*³⁵³:

2. Se llama *autor*, en sentido riguroso y técnico en que lo emplean nuestras leyes penales, aquel individuo al que se refieren inmediatamente la definición legal de una especie de delitos y la medida penal señalada á la misma; aquel individuo, por consiguiente, cuya acción ú omisión puede ser inmediatamente incluída en la definición de referencia; ó lo que es igual, aquel que realiza la acción que pone por obra los caracteres que, según la «acción principal», los «actos de ejecución». Sobre (...) ³⁵⁴.

3. Todo delito necesita un autor, como también necesita una acción que pertenezca á los elementos constitutivos asignados al mismo por la ley, y la comisión de la cual es precisamente lo que caracteriza al autor. Cuando en un delito no existe sino un solo culpable, este culpable es, por lo tanto, siempre el autor. Por el contrario, es cosa accidental, desde el punto de vista de los elementos constitutivos del delito según la ley, el que aparezca que, junto al autor, han intervenido en la comisión del hecho auxiliadores ó instigadores. Por este respecto, pueden ser designadas las últimas formas de participación con la denominación de formas secundarias de culpabilidad³⁵⁵.

³⁵³ En este sentido Enrique GIMBERNAT ORDEIG, *Autor y cómplice...*, pp. 19 y 20: b) Prescindiendo de autores aún más antiguos, encontramos ya recogida la teoría objetivo – formal en el Lehrbuch de A. Merkel, uno de los de más prestigio en Alemania durante el siglo pasado. «Autor en el sentido estricto y técnico de nuestras leyes penales –escribe A. Merkel– es aquel al que hace referencia directamente la definición de una clase de delito y la medida penal a éste vinculada, esto es, aquel que puede subsumirse directamente con su acción u omisión en aquella definición..., esto es, aquel que realiza la “acción principal” o “acción ejecutiva”». «Cómplice es, según nuestro Derecho vigente, el que conscientemente ayuda al autor en la comisión del hecho». Es posible, sin embargo, añade A. Merkel, que en la realización de un delito pueda calificarse de autores a varios sujetos. Estamos entonces ante el fenómeno de la coautoría. «La ejecución puede estar dividida... de tal forma que en la acción de uno se presenten algunas características del supuesto de hecho legal externo, en la acción del otro, las restantes características. Así, en un robo con violencia o intimidación, la característica de este delito de ataque a la libertad puede ser cometida por un coautor, la característica de este delito de la sustracción, por otro coautor».

³⁵⁴ *Derecho penal, tomo primero*, s.f., p. 197.

³⁵⁵ *Derecho...*, p. 198.

3.2.1.2.2. *La influencia de Ernst Beling*³⁵⁶. Si el inicio de la teoría formal objetiva no se da con *Ernst BELING*, sin embargo, la vinculación a él se debe a la explicación que hizo de la autoría y participación en relación con la estructura del tipo penal³⁵⁷, con lo que la unió al principio de legalidad y de allí su aceptación, logrando ser criterio dominante hasta mediados de la década de los años treinta del siglo pasado³⁵⁸. Por ello se acepta que sus ideas fueron determinantes para que se convirtiera en la teoría más aceptada de la época:

³⁵⁶ Luis JIMÉNEZ DE ASÚA, *El criminalista*, t. VIII, 1988, pp. 260 y 261: El 18 de mayo de 1932, murió Ernesto von Beling, profesor de Derecho Penal en la Universidad de Munich. (...) Había nacido en Glogau (Silesia) el 19 de junio de 1866. (...) imbuido por las aficiones paternas, siguió la carrera de Leyes, en la Universidad de Breslau y de Leipzig. Allí cursó con Carlos Binding, el famoso maestro, autor de *Die Normen und ihre Uebertretung*, que tanto había de influir en sus concepciones de Derecho penal. (...) En 1890 presentó su tesis doctoral. Beling ensoñaba desde las aulas con el estudio de los delitos y las penas, pero, según él mismo confiesa, no tuvo arrestos para afrontar el prejuicio entonces reinante contra los trabajos penales, mal mirados por los maestros de su época. Por eso compuso un estudio sobre Derecho civil. Pero ya se preparaba para obtener el título de “Privatdocent” que logra en Breslau el año 1893, para enseñar Derecho penal, Derecho procesal y Derecho internacional. En 1897 fué nombrado Profesor extraordinario y en 1898 se le designó sucesor de Bennecke para suceder a Frank en Giessen y dos años después se trasladó a Tubinga donde permanece diez años y donde fué Rector. Es ahí donde Ernesto von Beling piensa y ejecuta su mejor obra –“La teoría del delito”– que andando el tiempo había de constituir la base de la técnica-jurídico penal contemporánea. En 1913 es llamado por la Universidad de Munich para desempeñar la cátedra que dejó vacante Birkmeyer. Después de haber hecho famosa su aula muere insospechadamente cuando volvía a pensar sobre su tema favorito de la Tipicidad.

³⁵⁷ Faustino BALLVÉ, <<El problema... >>, p. 42: El delito, como realización de un tipo, consta de dos partes: el núcleo o delito propiamente dicho (muerte de un hombre, sustracción de una cosa) y la foto – esfera consisten en todos aquellos actos que sin constituir propiamente el tipo del delito lo preceden, acompañan o suceden; por ejemplo: el que da la pista para un robo, el que vigila mientras el ladrón roba, el que contribuye a hacer desaparecer lo robado o a la huída del ladrón. Ahora bien: generalizada así en una fórmula la variedad de la participación delictuosa, se llega a las siguientes conclusiones de fácil aplicación con un criterio puramente formal y sin inmiscuirse en consideraciones [*sic*; ¿*consideraciones*?] teóricas que son anteriores a este momento jurídico: 1. El que realiza actos del núcleo del delito o sea del tipo de la Ley (el que mata o roba) es autor. Si son varios son coautores. 2. El que realiza actos relacionados con el delito, pero que no constituyen el tipo mismo (el que aconseja, incita o ayuda al ladrón, pero no roba él mismo) es partícipe accesorio del delito, a saber: a) si la participación es anterior o simultánea es cómplice (el que da la pista para un robo o vigila la casa robada mientras el robo se comete); b) si la participación es posterior al delito, es encubridor (el que contribuye a esconder o vender la cosa robada o a conseguir la impunidad del ladrón, favoreciendo su huída o borrando las huellas del delito). [*La opinión de este autor debe ser tomada muy en cuenta porque él fue, según Luis Jiménez de Asúa, el descubridor para la doc jur pen de habla castellana de Ernst Beling*]. Así: Luis JIMÉNEZ DE ASÚA, *El criminalista*..., p. 234: El primer español que estudió con Ernesto von Beling fué Faustino Ballvé, autor de un exacto resumen de la teoría del maestro alemán publicado en 1913 bajo el título de *La teoría jurídica del delito según Beling*.

³⁵⁸ Álvaro BUNSTER BRICEÑO, <<El concepto de autor>>, en *Escritos*..., pp. 192 y 193: El criterio objetivo formal ha contado en Alemania, durante la primera mitad del presente siglo, con todo el favor que la doctrina negó al criterio subjetivo. Mientras éste campeaba en las decisiones judiciales, aquel obtenía la adhesión de Beling, M. E. Mayer, Von Liszt, Eberhardt [*sic*; ¿*Eberhard*?] Schmidt, Mezger, Von Hippel, Hegler y Graf zu Dhona, entre muchos otros.

Sin duda, uno de los penalistas que contribuyó en mayor medida al triunfo de la teoría objetivo-formal en la dogmática científica alemana fue Beling. En base a su distinción entre <<tipicidad estricta y amplia>> define al coautor y al cómplice: <<a) Coautoría es conjunta “ejecución” = realización de acciones que pertenecen al núcleo del tipo. b) Complicidad es realización de una acción preparatoria o de una acción accesoria para la acción ejecutiva de otro sujeto: sujetar a la víctima durante el “ocasionamiento de la muerte”, vigilar durante la “sustracción” en el hurto no son, por sí mismas, “ocasionamiento de muerte” o “sustracción”, sino colocación simultánea de una concausa. El concepto de autor exige “ejecución conjunta” = participación en el tipo estricto. Y es ahora cuando se hace comprensible por qué el acto preparatorio para el acto de otro es punible, mientras que, aparentemente, el acto preparatorio propio no lo es. A saber: el acto preparatorio propio queda impune sólo cuando no se llega a la ejecución; en cambio, si se llega a la ejecución, la preparación, vinculada a aquélla en unidad de acción, es castigada al castigar la ejecución. Exactamente la misma base tiene el tratamiento del acto preparatorio para la acción de otro sujeto: queda impune si no es seguido de una ejecución; es punible donde ésta se dé, pero, naturalmente, como ya existen dos acciones, la del autor y la del que ha ejecutado el acto preparatorio, éste ha de ser tenido en cuenta con una pena independiente>>. En los delitos compuestos, estima Beling, <<hay que tener siempre en cuenta que la realización de la primera de sus partes integrantes es ya “ejecución”>>; por ello, en un robo con escalamiento será coautor el que ha escalado junto al compinche, aunque luego haya sido sólo este último el que ha sustraído la cosa³⁵⁹.

3.2.1.2.3. *Su desarrollo.* La propuesta de la *teoría objetivo formal* pronto convenció a los autores de más reconocimiento de la época, pues sólo algunos se sustrajeron a su encanto, según opinión de *Claus ROXIN*:

Recibió su nombre de BIRKMEYER, pero de hecho es bastante más antigua. Ya en el siglo XIX contaba con numerosos defensores; fue ganando entonces terreno hasta convertirse en doctrina dominante entre 1915 y 1933. Le dieron renombre los grandes dogmáticos BELING, Max Ernst MAYER y LISZT; también el “Proyecto Oficial” de 1925 se basaba, frente a la jurisprudencia entonces dominante, en la teoría objetivo-formal. En torno a 1930 la siguieron los tratados entonces más trascendentes, los de de [sic] Eb. SCHMIDT, MEZGER, Robert v. HIPPEL, FINGER y ALLFELD, los compendios de Paul MERKEL y VAN CALKER, así como la propugnaron expresamente numerosos penalistas como WEGNER, ZIMMERL, HEGLER, ROSENFELD,

³⁵⁹ Enrique GIMBERNAT ORDEIG, *Autor y cómplice...*, pp. 20 y 21.

GRÜNHUT y Graf zu DOHNA³⁶⁰. Pero para entonces ya había superado su punto culminante³⁶¹.

3.2.1.2.4. *Su cuestionamiento.* Las dificultades de la *teoría objetivo formal* se presentaron con las figuras de la *autoría mediata* y de la *coautoría*, pues si para ser autor debía realizarse, al menos, algo del tipo penal, en estos supuestos, ello no sucedía, al decir de *Claus ROXIN*:

Obviamente, la teoría objetivo-formal también presenta puntos flacos que impiden hoy asumirla sin modificaciones. El defecto más claro consiste en su incapacidad para explicar el fenómeno de la *autoría mediata*³⁶². Muchos partidarios suyos han intentado arreglárselas sin esta figura jurídica y resolver *de lege ferenda* la “penosa laguna de casos merecedores de punición” limitando la accesoriedad. Pero esta vía no sólo está cerrada para el principal supuesto de aplicación, el actuar mediante un instrumento no doloso, por el hecho de que la jurisprudencia hoy exija para la participación un hecho principal doloso; por esa vía se convertiría fraudulentamente una manifestación de genuina autoría en forma de participación; que el tan mentado médico que, a través de una enfermera no sabedora, haga administrar una inyección letal, es genuino autor, lo mantiene hoy unánimemente [*sic*; ¿*unánimemente?*] la doctrina, no necesitando aquí más fundamentación³⁶³.

³⁶⁰ *La estructura de la teoría del delito*, 1958, pp. 93 y 94: Entre varios que han tomado parte en un hecho, (partícipes, en sentido lato) la ley distingue entre autores y partícipes (en sentido estricto); entre los segundos, a su vez, en instigadores y cómplices. Es autor quien personalmente concreta el tipo de un delito. Frente a esta llamada noción restrictiva de autor, está la denominada extensiva, según la cual es autor todo aquel que mediante su acción ha motivado la concreción del tipo. De modo (...). Naturalmente, pueden haber participado en una acción varias personas como autores, pero entonces se supone que todos ellos cooperan en la ejecución; ellos deben realizar acciones ejecutivas, que quiere decir, tanto como concreciones de características abstractas del tipo. De modo que la coautoría se diferencia de la complicidad exactamente en la misma forma que se distinguen las acciones preparatorias de las de tentativa. Autor es quien mata, se apodera, ofrece resistencia, etc. Si el tipo de delito se compone de varios actos, la realización de uno sólo [*sic*; ¿*solo?*] es suficiente para la autoría.

³⁶¹ *Autoría...*, p. 52. Enrique GIMBERNAT ORDEIG, *Autor y cómplice...*, pp. 33 y 34: Salvo Binding, quien, refiriéndose a la teoría objetivo-formal, escribió: «Pero hoy padecemos, desgraciadamente, un concepto de autor concebido de un modo completamente superficial», se puede decir que en Alemania no hubo un solo dogmático de categoría de los primeros treinta años de este siglo que no se proclamase partidario de esta teoría.

³⁶² [*A esta crítica, respondió*] Ernst BELING, *Esquema de derecho penal*, p. 71: Estos principios se deducen inmediatamente del contenido de los delito-tipos. Pues el uso verbal corriente aceptado por el legislador en la expresión “matar”, etc., comprende también el hecho de matar “por medio de otro hombre”, cuando éste último está de tal modo bajo el influjo de *Primus* que no posee plena responsabilidad primaria, (como en los casos citados en el n.º 1). En consecuencia, p. ej., *Primus* “mata” a X o a Y por mano de X, cuando X es un enfermo mental. Esta figura se llama “*autoría mediata*”, la cual, en el sentido de la ley, es “autoría”, y no constituye un concepto distinto de ésta.

³⁶³ *Autor y dominio...*, p. 54. [*En el mismo sentido*] Enrique GIMBERNAT ORDEIG, *Autor y cómplice...*, pp. 39 y 40: Una última aclaración: lo que la doctrina alemana actual reprocha a la objetivo-formal no es tanto el que

Pero tampoco la coautoría cabe explicarla del todo mediante la teoría objetivo-formal³⁶⁴. WEGNER idea el supuesto en que el varón A y la mujer B han decidido envenenar a C, y en que A mezcla el veneno en la sopa mientras que B despliega todos los atractivos de su oratoria para distraer a C del extraño sabor de la sopa. En su opinión, A es autor y B cómplice. Tampoco BELING, en el ejemplo en que A entrega a B un cuchillo, que éste clava en el corazón a X, al que C está sujetando, tiene reparos en considerar a A y C como meros partícipes. No obstante, estas soluciones no convencen. Cuando en el caso del envenenamiento A y B cooperan en plano de igualdad y sus aportaciones al hecho se complementan de modo que sólo juntas pueden producir el resultado, su comportamiento forma, con vistas al fin pretendido, una unidad de sentido que no cabe escindir sin arbitrariedad en distintas categorías jurídicas. Precisamente el lenguaje común, tan ensalzado por los partidarios de la teoría objetivo-formal, no titubearía en decir que A y B han matado conjuntamente a C. Otro tanto cabe afirmar del ejemplo de BELING³⁶⁵.

opere con dos criterios, como esto: el primer criterio (autor = ejecutor) es, se dice, un criterio bien fundamentado y plausible, pero con él no se explica la autoría mediata. Para explicarla, se acude entonces a otros criterios (autor es también, excepcionalmente, el que sin ser ejecutor <<causa>> el resultado, es el que tiene la <<preponderancia>>, es el que realiza la acción normativamente más grave) poco satisfactorios. Esto es, el criterio convincente no explica la autoría mediata; y el criterio que explica la autoría mediata, se dice, no es convincente. Ignacio BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, et. al; *Lecciones...*, p. 289: 1. La teoría objetivo formal no puede explicar satisfactoriamente la *autoría mediata*. En este supuesto, el sujeto no ejecuta por sí mismo el hecho, sino que se sirve de un instrumento, una persona que por coacción, error o inimputabilidad no será penalmente responsable. Quien realiza el hecho descrito en el tipo es el instrumento (penalmente irresponsable). El autor mediato, también llamado *hombre de atrás*, no realiza el comportamiento prohibido y debería, por lo tanto, quedar impune. La teoría objetivo formal no puede brindar una solución satisfactoria a este problema. Por ese motivo ha tenido que introducir correcciones o ha sido abandonada por muchos de sus seguidores. Enrique BACIGALUPO ZAPATER, *Principios...*, p. 358: La teoría formal objetiva no puede proporcionar una solución plausible a los casos en los que una persona (no inductor) se vale de otro para ejecutar la acción típica (*autoría mediata*). En este sentido cabe señalar que, admitida la autoría mediata en forma expresa en el art. 28 CP., la teoría formal – objetiva, en realidad, choca con el texto legal. Jacobo LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, *Autoría...*, pp. 25 y 26: Por otra parte, también se han criticado las serias dificultades con que cuenta en relación con la autoría mediata. En realidad, desde un punto de vista formal – objetivo la autoría mediata es una categoría que debiera ser inexistente, pues, desde la literalidad del tipo, el <<hombre de atrás>>, el autor mediato, no ejecuta la acción descrita por el verbo rector del tipo. No obstante, los partidarios de esta teoría no renuncian a la autoría mediata, pero, con argumentos escasamente convincentes (ampliando incluso la autoría a límites excesivos) o escapando de dicha categoría incluyendo sus supuestos en la inducción, pero, como indica Gimbernat, esta solución no es viable, pues, <<son imaginables casos en los que, no habiendo inducción, si se niega la existencia de autoría mediata se llega al resultado, aparentemente, de dejar de castigar conductas cuya punición aparece que está fuera de duda>>.

³⁶⁴ Álvaro BÚNSTER BRICEÑO, <<El concepto de autor>>, en *Escritos...*, pp. 193 y 194: (...) Al tratar [*se refiere a Belling*] en especial de la coautoría, entenderá, en consecuencia, que ella existe cuando cada cual – sea simultánea, sea sucesivamente– ha realizado un fragmento de la acción de ejecución respecto de una idéntica figura legal.

³⁶⁵ *Autoría...*, p. 55. [*De la misma opinión*] Ignacio BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, et. al., *Lecciones...*, p. 289: 2. Otro supuesto que resuelve poco satisfactoriamente la teoría objetivo formal lo encontramos en la *coautoría*. Por ejemplo, A alcanza a B un puñal, que éste clava en el pecho de la víctima, que en ese momento es sujeta fuertemente por C. A raíz de la agresión se produce la muerte de la víctima. Aplicando la teoría objetivo formal, no nos encontraríamos ante un supuesto de tres coautores del delito, sino ante un único autor

Otros casos problemáticos para la *teoría formal – objetiva* serían los *delitos especiales propios*³⁶⁶, a decir de Enrique BACIGALUPO ZAPATER:

Además genera problemas conceptuales en los *delitos especiales propios*, en los que la realización corporal de la acción típica no es suficiente para la tipicidad de la acción y, por lo tanto, para la autoría³⁶⁷.

3.2.1.2.5. *Su reconocimiento de hoy*. Si bien su muy merecida fama le permitió, inclusive, traspasar las fronteras de Alemania y llegar a otros países de Europa y América, en su país de origen hoy sólo un autor la defiende³⁶⁸. En

B, que realiza la acción ejecutiva de matar, y dos partícipes A y C, que no realizan acciones ejecutivas pues simplemente entregan un puñal o sujetan a una persona. Jacobo LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, *Autoría y participación*, p. 26: Asimismo, se critica a la teoría formal – objetiva que no resuelve adecuadamente los supuestos de coautoría, pues, las acciones del coautor que no cumplan estrictamente con el verbo rector deben ser excluidas de la autoría. Por ejemplo, quien sujeta a la víctima mientras otro le apuñala. No podemos decir que el que apuñala cumple el verbo típico (crítica a la que ya nos hemos referido), pero, sí que es el que mata. Para esta teoría, habrá que concluir que el que sujeta tendrá que ser considerado un partícipe. Por ello concluye Mir que la «teoría objetivo – formal resulta ilimitada en los delitos meramente resultativos y excesivamente limitada, en cambio, en los delitos de medios determinados».

³⁶⁶ Gonzalo QUINTERO OLIVARES, *Los delitos especiales y la teoría de la participación en el derecho penal español*, 1974, p. 31: Se habla de delitos especiales «propios» cuando la calidad especial del sujeto es determinante para la existencia del delito, de tal forma que, faltando la misma el hecho sería atípico; no existe, pues, correspondencia alguna con un delito común consistente en el mismo hecho cometido por una persona carente de la calidad exigida.

³⁶⁷ *Principios...*, p. 358. [En este sentido] Gonzalo QUINTERO OLIVARES, *Los delitos especiales...*, p. 78: A partir del concepto propuesto no pueden plantearse problemas para decidir quién es el autor principal en los delitos especiales. Aquí el imperativo del tipo es terminante y no admite excepciones: autor principal de un delito especial lo puede ser únicamente la persona comprendida en la esfera de autores determinada por el tipo, determinación que se opera en base a los criterios expuestos al principio de este trabajo como es lógico esto no significa en absoluto que cualquier intervención de un *intrañeus* pueda ser sin más considerada como autoría principal. En principio queremos mantener la regla de que las limitaciones que se indican acerca de que un no cualificado pueda ser autor de un delito especial rigen tan sólo para la categoría de autor principal, mas no así para el resto de supuestos comprendidos en el artículo 14. El extraño no puede «nunca» ser autor principal, ni inmediato ni mediato, ni coautor principal de un delito especial, pues su comportamiento no puede funcionar como motor determinante de la realización del hecho típico, es decir, no cabe su subsunción directa en el mismo. [El art. 14 que se menciona se refiere al Cp español abrogado por el de 1995].

³⁶⁸ Claus ROXIN, *Autoría...*, pp. 52 y 53: (...) Mientras que sigue prevaleciendo en Austria, Francia y en el espacio jurídico anglo – americano, en cambio en Alemania no ha ganado ningún representante destacado más. Expresamente sólo se defiende ya en el Tratado de WEGNER, pero ahí se trata simplemente de perseverar en una teoría desarrollada con anterioridad. Enrique GIMBERNAT ORDEIG, *Autor y cómplice...*, p. 34: (...) Hoy sólo la defiende Wegner. ¿Porqué una idea que antes era aceptada con entusiasmo hoy es rechazada con unanimidad? Álvaro BUNSTER BRICEÑO, «El concepto de autor», en *Escritos...*, p. 193: (...) En la ciencia contemporánea de ese país [se refiere a Alemania] ya no conserva adeptos, salvo Wegner, que lo mantiene tenazmente en su tratado de 1951.

las otras regiones a donde llegó sigue teniendo vigencia³⁶⁹, como es el caso de España, país en el que con matizaciones se mantiene como criterio para definir al autor, según lo dice *Esteban Juan PÉREZ ALONSO*:

b) *La teoría de la subsunción típica*

La versión moderna o revisada de la teoría objetivo-formal es defendida por un sector importante de la doctrina actual, teniendo como máximos representantes a GIMBERNAT y RODRÍGUEZ MOURULLO, aunque ya algunos autores más antiguos coincidían en parte con el criterio formal delimitador, como se indicó, pero argumentando de forma distinta.

Esta variante objetivo-formal mantiene un concepto de autoría más restringido que la anterior, en cuanto que no basta con la realización de actos ejecutivos para ser calificado como autor, sino que es necesario realizar actos típicos. Y, como se sostiene –en caso de que fuera posible tal distinción– el concepto de acción típica es más estricto que el de acción ejecutiva: aquél se considera una especie de éste, que constituye el género de las conductas penalmente relevantes. Desde este punto de vista, se caracteriza al autor como aquel sujeto que lleva a cabo una acción que puede ya conjugarse con el verbo típico, frente al partícipe cuya conducta no encaja en la descripción típica, que en ningún caso es conjugable con el verbo de la conducta prohibida por el tipo penal. Así, afirma GIMBERNAT que, en sentido estricto, autor es todo «aquél cuya actividad es subsumible, sin más, en el tipo de la parte especial».

Si la autoría es realización de actos típicos, ello significa, como advierte RODRÍGUEZ MOURULLO, que «el concepto restrictivo de autor ha de derivarse de los respectivos tipos de delito contenidos en la Parte especial del Código». Así, con el propósito de ofrecer un concepto valedero para todo el ámbito del Derecho Penal, define *formalmente* al autor, en sentido estricto, como «quien realiza antijurídica y culpablemente, por sí mismo o a través de otra persona que obra como instrumento, el hecho punible descrito en la correspondiente figura delictiva». Por ello, a esta construcción que define y ubica la autoría en los tipos de la Parte Especial se le puede llamar *teoría de la subsunción típica*³⁷⁰.

³⁶⁹ Álvaro BÚNSTER BRICEÑO, «El concepto de autor» en *Escritos...*, p. 196: El criterio objetivo formal prevalece en Austria, en Francia y muy particularmente en la tradición del *common law*, donde el *principal in the first degree* es caracterizado por Cross-Jones como «una persona que comete un delito directamente o a través de un agente inocente» y por Glanville Williams como «normalmente el real perpetrador del acto delictuoso. Más precisamente, es quien –dice este jurista– siendo directamente aludido por la prohibición penal, la infringe con la necesaria *mens rea* o negligencia (si una de ellas es requerida). En general –continúa este autor– el *principal in the first degree* está indicado por las palabras de la regla legal: en el perjurio, quien ha jurado; en la bigamia, quien, hallándose casado, contrae nuevo matrimonio; en diversos delitos (*offences*), el poseedor de cosas prohibidas». «Una parte del delito –expresa más adelante– puede ser cometida por un autor, otra por otro. En el robo con efracción (*burglary*) uno puede romper los resguardos, el otro entrar. En la falsificación de documentos (*forgery*) cada persona puede forjar una parte diversa del documento, y en el libelo injurioso (*libel*), puede D redactar, E imprimir y F publicar».

³⁷⁰ *La coautoría y la complicidad (necesaria) en derecho penal*, 1998, pp. 38 y 39.

En la *doc jur pen comparada*, se refieren a ella, entre otros: Reinhart MAURACH/Karl HEINZ GÖSSEL/Heinz ZIPF (p. 311): 3) *CRÍTICA*. Esta teoría [se refieren a la teoría formal – objetiva] dominó por largo tiempo en la doctrina (sus representantes principales fueron Beling, *Lehre vom Verbrechen*, 408; Frank, § 47 II; Liszt – Schmidt, 334, y Wegner, 255), hasta que fue remplazada por la teoría subjetiva (ver n° 49 y siguientes). Ella no se hallaba en condiciones de cumplir las exigencias del derecho penal de culpabilidad. Como estaba adherida a lo formal, no le era posible tomar con suficiente consideración una forma especialmente peligrosa de la coautoría, esto es, el de la división del trabajo consentida en el acontecer delictivo. Ella no podía castigar como autor, sino solamente como cómplice, al jefe de la banda que dirigía el asalto ordenando y controlando, dado que éste, sin intervenir por propia mano, dejaba la parte menos importante del asalto a sus cómplices. Ella significaba por lo mismo un absurdo premio del autor más peligroso. Asimismo, esta teoría tampoco está en condiciones de reconocer a la autoría mediata como forma de autoría: el autor mediato no actúa personalmente, sino por medio de otros (con respecto a otras objeciones, ver Jakobs 21/25). Hans-HEINRICH JESCHECK/Thomas WEIGEND (p. 698): a) La antigua **teoría objetivo-formal** se atuvo rigurosamente al tenor literal de las definiciones de la acción contenidas en los tipos y consideraba autor, sin consideración alguna a la importancia de la contribución en el marco del suceso global, a quien cumplía plenamente con el comportamiento descrito por el tipo; en cambio, cualquier otra aportación causal al hecho sólo podía ser necesariamente participación. b) El defecto de la teoría objetivo-formal se evidenció en los delitos de resultado puro, pues en ellos la acción consiste sólo en la causación del resultado típico y, en consecuencia, falta una adecuada descripción del injusto de acción para poder diferenciar entre la autoría y la participación. Para estos casos la **teoría objetivo-material** suministró un complemento a través del punto de vista de la mayor peligrosidad que debería distinguir a la aportación del autor al hecho en comparación con la del cómplice. Asimismo, se recurrió a supuestas diferencias en la clase e intensidad de la relación causal. Günther JAKOBS (pp. 734 y 735): a) Según la teoría objetivo – formal (ya abandonada, pero dominante en los años 20) sólo es autor quien realiza el tipo de propia mano al menos en parte. Objeto de esta teoría es una sujeción (exacta, propia de Estado de Derecho) de la autoría a las descripciones típicas de la Parte Especial, «abarcando el contenido de los distintos tipos legales». b) Su fin más importante no lo alcanza esta teoría por varias razones: a') La posibilidad de sustraerse a la realización del tipo de propia mano conduciendo a otro arteramente a ejecutar el tipo no dolosamente o –mediante coerción– dolosamente, obliga a recurrir complementariamente a la autoría mediata y con ello a abandonar el principio. b') Además, esta solución, en caso de realización parcial del tipo, debido a la equiparación de todos los elementos típicos, conduce a una expansión del comportamiento fundamentador de la autoría incluso hasta internarse en el estadio de los actos preparatorios: Todo aquel que interviene en el hurto y que tiene ánimo de apropiación (¡realización de un elemento subjetivo del tipo!) se convertiría en autor, aun cuando no coopere activamente en la sustracción. c') Por último, es decisivo el que esta teoría, en caso de ejecución del tipo sólo en parte de propia mano, no cubre el ámbito que ha usurpado: Por qué al partícipe que emplea violencia en el robo se le ha de imputar *a título de autor* la sustracción que ha realizado otro de los partícipes es algo que no se explica, pues esta parte de imputación no se basa en la ejecución de propia mano, presuponiéndose tácitamente un elemento no objetivo – formal que fundamenta la imputación en concepto de autor. Ignacio BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE/Luis ARROYO ZAPATERO/Nicolás GARCÍA RIVAS/Juan Carlos FERRÉ OLIVÉ/José Ramón SERRANO PIEDECASAS (pp. 288 y 289): c) *Teorías restrictivas. La teoría objetivo formal*. En oposición a las teorías que caracterizan a todos los intervinientes como autores, aparecen las teorías restrictivas, que se basan en la diferenciación entre autores y partícipes. Una de ellas, que en su momento fue la más importante, es la teoría objetivo formal. Esta teoría surge en relación directa con la exigencia de respeto al principio de legalidad a través de la realización del tipo penal. El comportamiento del sujeto debe *coincidir con la acción descrita en el tipo*. Será autor quien realice la conducta subsumible en el tipo de la Parte Especial, y partícipe quien realice alguna aportación en el hecho que no pueda subsumirse en el tipo. Este planteamiento es, sin duda, muy respetuoso con el principio de legalidad, pero genera algunos problemas prácticos de difícil solución, que provocan importantes lagunas de punibilidad. Juan J. BUSTOS RAMÍREZ/Hernán HORMAZÁBAL MALARÉE (pp. 285 y 286): 1.5.2.2.1. Teoría objetivo formal. Para la teoría objetivo formal, autor es el que realiza por sí mismo total o parcialmente un acto ejecutivo típico (Beling, 1906, 397, 408 y 422). Esta teoría que goza de gran reconocimiento en la doctrina, aun por aquellos que no la siguen (Díaz y García Conlledo, 1991, 411 ss.), obliga a vincular la autoría con los tipos penales de la Parte Especial. El autor actúa típicamente, el partícipe no. Su gran mérito es que permitió deslindar claramente entre autor y partícipe y su gran defecto que no permite considerar dentro del concepto de autor al autor mediato ni tampoco ciertos supuestos de coautoría. Enrique BACIGALUPO ZAPATER (pp. 356 a 358): 1. *La teoría formal-objetiva*. Para la teoría formal-objetiva «autor» es el sujeto que ejecuta la acción expresada por el verbo típico. La doctrina proviene de la dogmática alemana y tuvo numerosos partidarios ya en el siglo XIX. Fue dominante en Alemania entre 1915 y 1933 y seguida por autores de significación; a pesar de ello hoy ha sido abandonada. Sin embargo, es la teoría dominante en España. Un sector considerable de la teoría piensa que el concepto de autor en el sentido de la teoría formal-objetiva se infiere de los respectivos tipos de la parte especial. Este criterio no brinda sino una solución aparente, pues en el delito de homicidio, por ejemplo, se dice que realiza el tipo el que mata a otro, pero de allí no es posible

deducir quién es el que mata a otro cuando son varios los que toman parte en el hecho. Sobre todo cuando se reconoce que los tipos de la parte especial están concebidos sin tomar en cuenta más que un único autor, es decir, un supuesto en el que no se presenta el problema de la distinción entre autores y otros partícipes. La teoría formal-objetiva ha estado, en los precedentes doctrinales que la informan, ligada al concepto restrictivo de autor, por oposición a un concepto extensivo. Sin embargo, en la variedad representada por quienes piensan que su fundamento reside en «tomar parte directa en la ejecución del hecho», ha dado fundamento a un concepto extensivo de autor, dada la imposibilidad de diferenciar a los autores de los cómplices o cooperadores, ya que éstos también toman parte en la ejecución. Del «tomar parte» no es posible deducir todavía quién es autor y quién es cómplice o cooperador. La *teoría formal-objetiva* distingue el autor del partícipe según el aspecto exterior de los respectivos comportamientos, es decir según si la acción se puede subsumir (lógico-) formalmente bajo el tipo penal. Esto significa que es necesario comprobar si la acción realizada puede ser considerada la mencionada en el texto legal haciendo un «uso sencillo del lenguaje de la vida». Esta noción de autor estaba fuertemente condicionada por el contexto sistemático en el que se desarrolló. En efecto, en el nivel de la tipicidad no era posible introducir elementos subjetivos, pues en el sistema de la época estos elementos pertenecían exclusivamente a la culpabilidad. Por lo tanto, la teoría se desarrolló intentando distinguir conceptualmente entre «causa» y «condición» o entre «ejecución» y «cooperación o apoyo». El desenvolvimiento de la teoría del delito terminó, en cierta forma, con la posibilidad de una concepción puramente objetiva de la autoría, dado que dio lugar en el tipo penal a los *elementos subjetivos del tipo*. En la medida, entonces, en la que la acción ejecutiva ya no era concebida de forma exclusivamente objetiva, los postulados de la teoría objetiva debieron relativizarse. Consecuencia de ello es el punto de vista expuesto por *Mezger*, para quien, si bien la teoría formal-objetiva es básicamente correcta, «también la realización de los elementos subjetivos de la ilicitud fundamentan la autoría». Consecuentemente en relación al delito de hurto afirma que es coautor (de este delito) el que comienza a relajar la custodia del sujeto pasivo, cómplice el que proporciona al autor un medio para llevarlo a cabo; pero también puede ser autor el que tiene el propósito de apropiación. Por lo tanto, una vez reconocidos los elementos subjetivos de la tipicidad la teoría «formal-objetiva» ya no reflejaba una noción de autor formalmente objetiva. *Jacobo LÓPEZ BARJA DE QUIROGA* (pp. 24 y 25): 3.3.1. *Teoría formal-objetiva*. La teoría formal-objetiva que nace con *Beling* y es seguida por prestigiosos autores como *von Liszt*, *Dhona* y *Mezger*, considera que autor es el que ejecuta la acción típica, esto es, el que realiza la acción expresada por el verbo rector del tipo. Aquella persona cuya acción u omisión puede ser directa e inmediatamente incluíble en la definición legal del delito de que se trate. Pretende, por tanto, establecer la distinción gracias a la gramática, a la sintaxis y a la interpretación literal del tipo. En otras palabras, se recurre al «uso del lenguaje». En definitiva, para la teoría formal-objetiva, la autoría se determina con la causalidad y el lenguaje. Autor es el que mata, esto es, el que realiza la acción de matar. Conforme a esta teoría, será autor aquella persona cuya actividad (causal) esté abarcada por la literalidad de la descripción típica; y, será partícipe todo aquél que realice una contribución causal de menor importancia y que de acuerdo con el uso del lenguaje no pueda ser incluida en la hipótesis típica. *Eugenio Raúl ZAFFARONI/Alejandro ALAGIA/Alejandro SLOKAR* (pp. 740 y 741): 4. De cualquier manera, la teoría subjetiva lleva una parte de verdad, en cuanto a que no puede delimitarse la autoría sin tener en cuenta datos subjetivos, pero su fracaso obedece a que ignora cualquier dato objetivo. Lo mismo ocurre con la teoría objetiva, en la medida en que quiso circunscribir el planteo a la tipicidad y vincularlo a la estructura del tipo, pero se estrelló contra la insuficiencia de la teoría del tipo, concebido como puramente objetivo en ese momento. La teoría *formal objetiva* no tenía otro recurso que atenerse a la relevancia delimitadora del verbo típico: según esa tesis era autor el que realizaba personalmente la acción descrita por el tipo, lo que tenía el claro inconveniente de dejar fuera la autoría mediata y la coautoría. En efecto, la autoría mediata, en el caso en que el interpuesto actúe sin dolo, debería considerarse como supuesto de instigación de delito culposo, lo que carece de sentido. Dado que el concepto de autor de la teoría formal objetiva es demasiado limitado, sus defensores se veían obligados a excluir del círculo de autores a quienes evidentemente lo eran (vgr. el entregador, que además es jefe de la banda y aguarda en el automóvil a que los otros miembros se apoderen de las cosas para poder fugar rápido). Por otra parte, el requerimiento de que el sujeto ejecute *en persona* el verbo típico, excluía del ámbito de la autoría aquellos casos en el que autor [*sic*; ¿en los que?] se vale de un tercero sin dolo (el que en lugar de bala de fogueo coloca un proyectil en el arma a utilizarse en una representación teatral, a estar a este criterio, será instigador). Para obviar estos inconvenientes, sus seguidores apelaron a una ampliación del verbo típico, en función del *simple empleo del lenguaje cotidiano*, como modo de extender el concepto de autor al que ejecuta por mano ajena. Con razón se ha indicado que la *teoría formal objetiva*, tanto aquí como en la tentativa, sólo puede posibilitar el punto de partida. *Jorge FRIAS CABALLERO/Diego CODINO/Rodrigo CODINO* (p. 437): La Teoría formal-objetiva (como en el caso del comienzo de ejecución en la tentativa) se asienta en el concepto del núcleo del tipo. Es autor quien ejecuta la acción en él caracterizada, realizando el verbo activo principal que lo constituye. El cómplice necesario o no necesario sólo presta un auxilio o cooperación indispensable o no a la acción del autor principal. Existe acuerdo en admitir que este planteamiento inspira las normas del Código Penal vigente. Obviamente, esta teoría no puede aceptarse de un modo absoluto y unilateral. Es preciso complementarla con el criterio subjetivo (*animus auctoris y animus socii*), superando, de

ese modo, el punto de vista puramente subjetivista (así, Edmund Mezger) según el cual es autor el que actúa con voluntad de autor y quiere el hecho como propio y es partícipe el que obra con voluntad de partícipe y quiere el hecho como ajeno. La Teoría formal-objetiva entra en contradicción, según Bacigalupo, cuando se admite que también se puede ser autor sin ejecutar directa y personalmente, o por sí mismo, la acción típica. *Esteban RIGHI/Alberto A. FERNÁNDEZ* (p. 294); b) *Teoría formal-objetiva*. Afirma que sólo es autor quien personalmente realiza la acción descrita en el tipo legal. Toda otra forma de intervención define a un partícipe, y así por ejemplo, autor de homicidio es quien personalmente mató a la víctima. Este fue el punto de vista desarrollado por la doctrina alemana clásica. En nuestro país es la doctrina dominante todavía, porque se sostiene que encuentra apoyo legal en el art. 45 del Cód. Penal, cuando se refiere a: *“Los que tomasen parte en la ejecución del hecho...”*. Sin embargo, no se puede encontrar la distinción entre autores y partícipes sobre esa base, pues también los segundos “toman parte” en la ejecución del hecho. La debilidad insuperable de la teoría formal – objetiva se advierte en los casos de autoría mediata, en los que el autor nunca ejecuta personalmente la acción típica. Así por ejemplo, quien envía de regalo bombones envenenados utilizando un mensajero que ignora el contenido del paquete, es autor mediato de homicidio pese a que no realizó el hecho personalmente. Tampoco este punto de vista resuelve adecuadamente algunos casos de coautoría, pues de un homicidio en el que de común acuerdo “A” colocó la bomba y “B” la hizo explotar, ambos son coautores, mientras que con la teoría formal-objetiva sólo se podría imputar al segundo protagonista. *José HURTADO POZO* (2005, pp. 856 y 857): **a. Criterio formal objetivo**. Según esta teoría, es autor quien, por sí mismo, realiza total o parcialmente la acción descrita en el tipo legal. Poco importa el peso causal de su intervención. Los otros implicados que no llegan a intervenir de la misma manera, sólo pueden ser partícipes. La ventaja que tiene este criterio es que permite distinguir quién es autor y quién no lo es. Sin embargo, presenta la grave desventaja de las lagunas a las que da lugar; por ejemplo, no permite considerar la categoría del autor mediato. Así, no podría ser reprimido por hurto quien se apodera de un bien ajeno, haciendo que lo sustraiga un tercero a quien ha engañado diciéndole que el bien le pertenece. Como no ha sustraído él mismo el bien, no ha realizado parcial ni totalmente la acción descrita en el art. 185. Otro ejemplo, en el caso del aborto, antes citado, es que la madre y el marido no podrían jamás ser considerados coautores porque no han ejecutado, ni siquiera en parte, la acción delictuosa.

3.2.1.2.6. Situación en México

3.2.1.2.6.1. *Legislación*. Para que el intérprete decida si el *Cp* que analiza puede ser explicado con la teoría *formal objetiva* tiene, de inicio, dos opciones: (1) ver si el legislador reconoce expresamente la aplicación de esta teoría; (2) ver si el legislador ha regulado supuestos de autoría que la *doc jur pen* ha dicho no pueden ser resueltos satisfactoriamente con ella, como la *autoría mediata y la coautoría*.

En nuestro país, aplicando la opción (2) en el *Cp* Federal (art. 13) y en el *Cp* Sinaloa (art. 18):

Artículo 13.- Son autores o partícipes del delito:

I. Los que acuerden o preparen su realización;

II. Los que lo realicen por sí;

III. Los que lo realicen conjuntamente;

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

V. Los que determinen dolosamente a otro a cometerlo;

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

VII. Los que con posterioridad a su ejecución auxiliien al delincuente, en cumplimiento de una promesa anterior al delito; y
VIII. Los que sin acuerdo previo, intervengan con otros en su comisión, cuando no se pueda precisar el resultado que cada quien produjo.
Los autores o partícipes a que se refiere el presente artículo responderán cada uno en la medida de su propia culpabilidad.
Para los sujetos a que se refieren las fracciones VI, VII y VIII, se aplicará la punibilidad dispuesta por el artículo 64 Bis de este Código.

Artículo 18.- Son responsables del delito cometido:

- 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 como instrumento;
- V.- Los que induzcan dolosamente a otro a cometerlo;
- VI.- Los que dolosamente presten ayuda o auxilio a otro para su comisión;
- VII.- Los que por acuerdo previo auxiliien al delincuente con posterioridad a la ejecución del delito; y
- VIII.- Los que intervengan con otros en su comisión, aunque no conste quién de ellos produjo el resultado.

Tendría que concluirse que al regular la *coautoría* (*Cp* Federal: art. 13-III; *Cp* Sinaloa: art. 18-III) y la *autoría mediata* (*Cp* Federal: art. 13-IV; *Cp* Sinaloa: art. 18-IV) la aplicación de la teoría *formal objetiva* presenta dificultades³⁷¹. En esta situación se encuentran todos aquellos *Cps* mexicanos con igual o similar regulación de estos supuestos de autoría.

3.2.1.2.6.2. *Jurisprudencia*. De entre los criterios en los que se hace alusión a las ideas de la *teoría formal objetiva*, pueden citarse (sin cursivas en el texto original):

AUTOR, INDETERMINACIÓN DEL, NO IMPIDE EL REPROCHE PARA LOS QUE INTERVINIERON EN EL DELITO ACREDITADO. El hecho de que no se precise cuál de los coacusados hubiera sido quien amagó al chofer y quién al pasajero, o cuál condujo el automotor del que los

³⁷¹ Así, Enrique BACIGALUPO ZAPATER, *Estudios de derecho penal y política criminal*, 1989, p. 249: (...) La ley habla de “comisión por sí mismo” y “comisión por medio de otro”. Esta diferenciación excluye de inmediato la teoría formal objetiva, puesto que la realización personal del tipo resulta para ella un elemento esencial de la autoría. La comisión por medio de otro no es admisible como forma de autoría para la teoría formal objetiva.

desapoderaron, no impide el acreditamiento del delito y de la responsabilidad de los acusados habida cuenta de que se está en presencia de un supuesto en el que los implicados resultan ser partícipes dado que la actividad voluntaria e ilícita de cada uno representa la realización de una parte e inseparable del todo que, en este caso, se constituye por la viciada finalidad consumada de apoderarse, sin derecho y sin consentimiento del objeto del delito, de ahí que si mientras uno o varios sujetos realizan ciertos actos encaminados a la consecución del fin ilícito predeterminado con miras a la consumación del delito, sólo uno *de ellos materializa la conducta típicamente descrita (en la especie el apoderamiento material del bien)*, ello no impide que a la totalidad de sujetos se reproche, por el ilícito cometido, pues indiscutiblemente que el comportamiento de todos concurre en la configuración de la conducta delictiva consumada, de donde se sigue que todos responderán precisamente a título de participación, independientemente de la posible incertidumbre de autor.

SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIAS PENAL Y ADMINISTRATIVA DEL SEGUNDO CIRCUITO.

Amparo directo 518/95. Rubén Rodríguez Ponce. 14 de septiembre de 1995. Unanimidad de votos. Ponente: Rogelio Sánchez Alcáuter. Secretario: José Nieves Luna Castro.

COPARTICIPACIÓN, NOCIÓN DE LA. A fin de que la participación deba tenerse en cuenta, hay que partir de la *noción de autor material, que es quien realiza la parte principal o sea la conducta básica y fundamental que "colma" el tipo penal, y a partir de dicho concepto surgen las demás conductas cooperantes, ligadas íntimamente a la conducta fundamental*. Ahora bien, para que las conductas cooperantes tengan trascendencia a la luz del Código Penal, deben estar vinculadas de tal manera que, sin su existencia, no se hubiese producido el resultado final, comisión del ilícito, lo que significa que tales conductas deben guardar con el resultado típico una relación de causa a efecto, necesaria para que el delito tenga realidad jurídica. Además, la participación puede ser contemplada como una conducta necesaria que complementa la conducta principal del autor material y ambas conductas deben estar vinculadas, en virtud de una conexión psíquica, dado que sin esta vinculación **no puede existir participación, pues no se daría el "dolo de participantes"**.

SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO DEL SEXTO CIRCUITO.

Amparo en revisión 154/91. Adelmo López Díaz y coagraviado. 8 de mayo de 1991. Unanimidad de votos. Ponente: Gustavo Calvillo Rangel. Secretario: Humberto Schettino Reyna.

COPARTICIPACIÓN POR INDUCCIÓN EN EL DELITO DE ABUSO DE CONFIANZA. Es cierto que dentro de la definición legal del delito de abuso de confianza, se consigna como elemento el que quien distrae tenga la tenencia pero no el dominio de la cosa distraída, pero ello no significa que se excluya la participación. *Es bien sabido que el partícipe no ejecuta todos los actos comprendidos dentro de la definición del hecho delictivo, pues si realizara la totalidad de la conducta, sería autor y no partícipe*; ahora bien, las formas de participación reconocidas por la Ley Penal Federal, dentro de las que se consideran la inducción, no requieren que el partícipe tenga la calidad de autor material, como sería en el caso la de tenedor de la cosa distraída, sino que es bastante que se demuestre que alguien indujo a la comisión del hecho, para que pueda considerársele partícipe, independientemente de que no tenga una calidad determinada exigida tan sólo del autor material y que da la tonalidad particular al delito, en el que participa, pues si el autor material no tuviera bajo su cuidado el bien sobre el que recae la acción, no podría considerarse el hecho como abuso de confianza, sino que habría de ser comprendido en alguna otra forma, pues la conducta no sería de distracción sino apoderamiento.

Amparo directo 2928/56. Por acuerdo de la Primera Sala, de fecha 8 de junio de 1953, no se menciona el nombre del promovente. 3 de octubre de 1956. Cinco votos. Ponente: Juan José González Bustamante.

FALSIFICACIÓN DE DOCUMENTOS, DELITO DE. DE LA CIRCUNSTANCIA DE PODER RESULTAR BENEFICIADO POR LA ALTERACIÓN DEL DOCUMENTO, NO ES VÁLIDO INFERIR APODÓCTICAMENTE LA REALIZACIÓN DE LA CONDUCTA TÍPICA. No puede afirmarse de manera subjetiva y dogmática que el responsable de tal conducta sea el quejoso sólo por el hecho de haber utilizado los documentos dubitados como base en el ejercicio de una acción civil, o por ser la persona que resulta beneficiada con el contenido de la supuesta falsificación, ya que el hecho de que se haga uso de un documento falsificado, en todo caso podrá dar lugar a una figura delictiva distinta, mas no autoriza a suponer que aquel que emplea o utiliza un documento con tales características forzosamente haya sido quien produjo materialmente la alteración o falsedad, por lo que el hecho de resultar hipotéticamente beneficiado con la comisión de un delito determinado no implica por fuerza que se trate del autor del ilícito, pues de ser así se llegaría al absurdo de afirmar que todo aquel que resultase directa o indirectamente favorecido con el acontecer de un ilícito deba automáticamente ser considerado como responsable de su autoría o participación. Por el contrario, de conformidad con el principio de culpabilidad que impera en un sistema de derecho penal propio de un Estado de derecho, como el nuestro, sólo puede condenarse por un delito a aquel cuya responsabilidad o culpabilidad obre plenamente demostrada, por tanto, *si el tipo penal del delito que se atribuye, se configura por el acto material de alterar un documento, es esa la conducta que debe demostrarse a fin de emitir el correspondiente juicio de reproche al autor de aquel evento*, siendo irrelevante el que alguien pueda o no resultar beneficiado con la perpetración del actuar ilícito de otros, *pues de acuerdo con la descripción típica respectiva lo que se sanciona como conducta central del delito es realizar la falsificación por conducto de una alteración en el documento de que se trate, después de concluido y firmado éste y no el hecho de resultar beneficiado por una alteración de tal naturaleza.*

SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIAS PENAL Y ADMINISTRATIVA DEL SEGUNDO CIRCUITO.

Amparo directo 336/96. Alejandro Marín Gómez Casas. 11 de julio de 1996. Unanimidad de votos. Ponente: Juan Manuel Vega Sánchez. Secretario: José Nieves Luna Castro.

HOMICIDIO CALIFICADO, AUTORÍA Y COPARTICIPACIÓN EN EL. (ARTÍCULO 292 DEL CÓDIGO PENAL ANTERIOR AL VIGENTE EN EL ESTADO DE OAXACA). Es violatorio de garantías el fallo reclamado que impone al acusado la pena única de treinta años de prisión, prevista en la primera hipótesis del artículo 292 del Código Penal anterior al vigente del Estado de Oaxaca, *considerándolo como autor material del delito de homicidio calificado, si no hay elementos suficientes para establecer si él fue uno de los causantes materiales de las lesiones letales a las víctimas*, pues es obvio que debe estarse a lo más favorable al procesado, y la pena a imponer es la de diez a veinte años de prisión, a que se refiere la segunda hipótesis del precepto legal citado, como participante en los hechos de esa naturaleza, por existir incertidumbre sobre la autoría material del procesado en su comisión, al ignorarse si infirió lesiones que causalmente fueron idóneas para producir la defunción de la víctima.

Séptima Época:

Amparo directo 967/83. José Martínez Vázquez. 6 de julio de 1984. Unanimidad de cuatro votos.

Amparo directo 968/83. Francisco Martínez Hernández. 6 de julio de 1984. Unanimidad de cuatro votos.

Amparo directo 1173/83. Isidro Aparicio Vázquez. 6 de julio de 1984. Unanimidad de cuatro votos.

Amparo directo 1175/83. Florentino Pérez Solano. 6 de julio de 1984. Unanimidad de cuatro votos.

Amparo directo 1525/83. Rafael García Jiménez. 6 de julio de 1984. Unanimidad de cuatro votos.

HOMICIDIO, COAUTOR DEL. Si el quejoso participó en el homicidio no sólo en su ejecución, sino además en su preparación, es indudable que *tuvo en él el carácter de coautor y no de simple cómplice, por haber ejecutado materialmente la acción constitutiva del hecho ilícito imputado, como lo es el disparar sobre otra persona*, estando su actividad en nexo causal con el resultado de muerte. Si su intervención en el homicidio hubiera sido la de un simple auxiliador, por haber proporcionado medios materiales o de cualquier otra especie para la comisión del homicidio, evidentemente tendría el simple carácter de cómplice.

SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO DEL SEXTO CIRCUITO.

Amparo directo 88/92. Juan Basilio Alvarado Bello. 18 de marzo de 1992. Unanimidad de votos. Ponente: Gustavo Calvillo Rangel. Secretario: Humberto Schettino Reyna.

HOMICIDIO. INDUCCIÓN COMPROBADA Y SUFICIENTE CUANDO EL INSTIGADOR PARTICIPA DANDO LA ORDEN A TRAVÉS DE UNA SEÑA CORPORAL. Si se atiende a la connotación gramatical "inducir" significa instigar, persuadir, provocar, de modo que si se acredita que el activo contrató al coinculpado bajo la instrucción expresa de que cuando efectuara una señal con la cabeza, mataría a quien le indicara, es inconcuso entonces que existía un acuerdo previo entre los partícipes -el material y el instigador-, y pese a que no medió entre ellos palabra alguna *cuando el autor material ejecutó a una víctima*, pero quedó comprobado, a plenitud, que el inductor realizó la señal corporal convenida para ese efecto, sin duda ello fue el detonante para completar la acción de privar de la vida al pasivo, de allí que en casos como éste debe estimarse que la inducción fue idónea para la causación del resultado.

TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA PENAL DEL SEXTO CIRCUITO.

Amparo directo 23/99. Román Hernández Opanco. 24 de junio de 1999. Mayoría de votos. Disidente: Carlos Loranca Muñoz. Ponente: Diógenes Cruz Figueroa. Secretaria: Yolanda Leticia Escandón Carrillo.

PANDILLA. CONCURRE COMO AGRAVANTE EN EL DELITO DE ROBO CUANDO, SIN SER COAUTOR MATERIAL UNO DE LOS ACTIVOS, TUVO UNA INTERVENCIÓN PARTICIPATIVA DIVERSA EN LA COMISIÓN DEL MISMO. Aun cuando en la realización del delito de robo *sólo intervinieron directa y materialmente el peticionario de garantías y otro sujeto*; sin embargo, en la concertación, preparación y determinación de ese injusto, intervino un tercer sujeto, cuya participación es referida en esos términos por los *autores materiales* quienes, incluso, admitieron que fue la persona quien los condujo hasta el lugar del evento y les señaló a la víctima; por lo anterior, es evidente que se acredita el tipo complementario de pandilla, a que se refiere el párrafo segundo del artículo 164 bis del Código Penal, en tanto que, en el caso, se configuró la actuación de tres personas quienes, sin estar organizadas con fines delictuosos, cometieron en común el delito de robo que se menciona, con diversas conductas convergentes que adecuaron su participación en el mismo.

SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA PENAL DEL PRIMER CIRCUITO.

Amparo directo 712/89. Agustín Ortega Escobar. 30 de agosto de 1989. Unanimidad de votos. Ponente: J. Jesús Duarte Cano. Secretario: Carlos Loranca Muñoz.

PARTICIPACIÓN ACCESORIA DEL ACUSADO EN LA COMISIÓN DEL DELITO DE ROBO DE VEHÍCULO. DEBE ACREDITARSE PRIMORDIALMENTE EL DESAPODERAMIENTO ILEGAL DEL VEHÍCULO (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE MÉXICO). Para tener por acreditada la responsabilidad penal del quejoso en la comisión del delito de robo de vehículo, en términos del artículo 11, fracción VII, del Código Penal del Estado de México, abrogado, es necesaria la demostración de los siguientes elementos: a) *que alguien se apodere sin derecho ni consentimiento de quien pudiera otorgarlo conforme a la ley, de un objeto mueble (autor principal)*; b) que otra persona, por acuerdo anterior a la consumación del

delito, auxilie al autor principal; de esa manera, si no se acreditó a través de medio probatorio alguno que el propietario del vehículo afecto a la causa, cuya existencia acreditó la fe ministerial y que fuera encontrado en el domicilio del peticionario de garantías, haya sido desapoderado ilícitamente del mismo, no se configura el supuesto principal o sustancial que requiere la fracción VII del artículo 11 en mención, lo cual técnicamente impide estimar al inconforme como partícipe accesorio del delito, porque para que se surta la participación accesorio que se imputa al amparista, resultaba necesario que primero se hubiese acreditado que alguien desapoderó a su propietario injustamente del vehículo mencionado.

PRIMER TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA PENAL DEL SEGUNDO CIRCUITO.

Amparo directo 431/2000. 21 de septiembre de 2000. Unanimidad de votos. Ponente: Rogelio Sánchez Alcáuter. Secretario: Juan José González Lozano.

PARTICIPACIÓN DELICTUOSA. El concurso eventual de agentes en el delito requiere *no sólo de la participación material en la acción típica*, bien realizando la propia acción en unión de otras personas o auxiliando en alguna forma a su realización, sino además la existencia de un propósito común consciente ejecutado en forma voluntaria, con el cual se liga el acto del partícipe, cualquiera que sea su calidad, *con el del autor material*.

SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO DEL SEXTO CIRCUITO.

Amparo directo 26/92. Miguel Angel Sicairos Arredondo y otros. 19 de febrero de 1992. Unanimidad de votos. Ponente: Gustavo Calvillo Rangel. Secretario: Humberto Schettino Reyna.

Amparo en revisión 374/89. Ezequiel Tolentino Luna. 14 de noviembre de 1989. Unanimidad de votos. Ponente: Gustavo Calvillo Rangel. Secretario: Humberto Schettino Reyna.

PARTICIPACIÓN DELICTUOSA. El concurso eventual de agentes en el delito requiere no sólo *de la participación material en la acción típica*, bien realizando la propia acción en unión de otras personas o auxiliando en alguna forma a su realización, sino además la existencia de un propósito común consciente ejecutado en forma voluntaria, con el cual se liga el acto de partícipe, cualquiera que sea su calidad, con el del autor material.

Séptima Época:

Amparo directo 3659/59. Francisco Moreno Morales. 2 de febrero de 1960. Unanimidad de cuatro votos.

Amparo directo 846/60. Faustino García Eguía y coags. 1o. de julio de 1960. Unanimidad de cuatro votos.

Amparo directo 3961/69. Trinidad Serna Hernández. 9 de febrero de 1970. Cinco votos.

Amparo directo 1456/80. Alfredo José Luis Oaxaca Rodríguez. 7 de agosto de 1980. Unanimidad de cuatro votos.

Amparo directo 1457/80. Víctor Manuel Martínez Gutiérrez. 7 de agosto de 1980. Unanimidad de cuatro votos.

PARTICIPACIÓN DELICTUOSA. En orden a la participación delictuosa, son responsables de los delitos los autores, cómplices y encubridores. Dentro de los primeros se distinguen: a) el autor intelectual o instigador; b) el autor mediato y c) el autor material; dentro de la clasificación general apuntada, los coautores quedan comprendidos dentro de la primera especie, o sea de los autores; a los cómplices se les denomina también auxiliadores y los encubridores quedan incluidos cuando participan con posterioridad al delito pero "por acuerdo previo". *Por autor debe entenderse a aquel "que realiza con la propia conducta el modelo legal del delito"*. *Coautor* es el que realiza con su conducta una parte de la acción que causa el resultado, respondiendo del acto conjunto, *aunque no haya realizado personalmente las características típicas*.

Amparo directo 6551/55. Rafael Vasconcelos Vázquez. 19 de septiembre de 1958. Unanimidad de cuatro votos. Ponente: Rodolfo Chávez S.

PARTICIPACIÓN DELICTUOSA, EXISTENCIA DE. Las conductas cooperantes tienen trascendencia cuando son idóneas y suficientes para la consumación del hecho delictuoso, y están ligadas, en virtud de la conexión psíquica, con quien ejecuta la acción principal, de tal

suerte que sin aquellas no se hubiere producido el resultado, lo cual aconteció cuando el peticionario de garantías después de que acompañó *al autor material del ilícito de lesiones en busca del pasivo, debilitó y distrajo la defensa de éste, al inmovilizarlo y atacarlo, en tanto el otro con un cuchillo le causó el daño final*³⁷².

SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA PENAL DEL PRIMER CIRCUITO.

Amparo directo 1602/90. Alberto Becerril Carmona. 29 de octubre de 1990. Unanimidad de votos. Ponente: Alberto Martín Carrasco. Secretaria: Martha García Gutiérrez.

Amparo directo 996/90. Héctor Luis Audelo Jarquín. 28 de septiembre de 1990. Unanimidad de votos. Ponente: J. Jesús Duarte Cano. Secretario: Ariel Oliva Pérez.

PARTICIPACIÓN DELICTUOSA (HOMICIDIO CALIFICADO). *Todo coautor del delito responde del acto conjunto, incluso cuando no haya realizado personalmente las características del resultado típico; y si el homicidio perpetrado lo matizó el juzgador con las calificantes de premeditación, ventaja y alevosía, la unidad del delito priva de la posibilidad de distinguir diversas formas valorativas de participación del quejoso y de su coacusado, dado que las acciones desplegadas por uno y otro, tienen igual valor causal del resultado y suponen, por tanto, igualdad valorativa jurídica, para los efectos de la penalidad aplicable.*

Amparo penal directo 3816/54. Por acuerdo de la Primera Sala, de fecha 8 de junio de 1953, no se menciona el nombre del promovente. 22 de junio de 1955. Unanimidad de cuatro votos. Ausente: Luis Chico Goerne. Ponente: Teófilo Olea y Leyva.

PARTICIPACIÓN, NOCIÓN DE LA. A fin de que la participación deba tenerse en cuenta, *hay que partir de la noción de autor material, que es quien realiza la parte principal o sea la conducta básica y fundamental que "colma" el tipo penal, y a partir de dicho concepto surgen las demás conductas cooperantes, ligadas íntimamente a la conducta fundamental.* Ahora bien, para que las conductas cooperantes tengan trascendencia a la luz del Código Penal, deben de estar vinculadas de tal manera que, sin su existencia, no se hubiese producido el resultado final, comisión del ilícito, lo que significa que tales conductas deben guardar con el resultado típico una relación de causa a efecto, necesaria para que el delito tenga realidad jurídica. Además, la participación puede ser contemplada como una conducta necesaria que complementa la conducta principal del autor material y ambas conductas deben estar vinculadas, en virtud de la conexión psíquica entre los partícipes y el autor material; sin esta vinculación no puede existir participación, pues no se daría el "dolo de partícipes".

Amparo directo 51/81. Ambrosio Castillo Atenco. 15 de octubre de 1981. Cinco votos. Ponente: Francisco H. Pavón Vasconcelos.

Amparo directo 6962/80. Abraham Lozada Panohaya. 15 de octubre de 1981. Cinco votos. Ponente: Francisco H. Pavón Vasconcelos. Secretario: Julio César Vázquez Mellado G.

ROBO DE AUTOMOTORES, CONFIGURACIÓN DEL. OCULTAMIENTO, ALTERACIÓN, FALSIFICACIÓN DE DOCUMENTOS, REITERACIÓN Y HABITUALIDAD. Aun en el supuesto de que el peticionario de garantías no hubiera actuado materialmente en la comisión del delito, y alegue que su conducta se concretó a guardar los automotores, alterar los datos de los mismos, y falsificar las facturas, la reiteración y habitualidad de tal conducta hace al activo partícipe del delito de robo, en tanto que se constituye en el motor de la conducta de apoderamiento de los objetos, *porque el que materialmente ejecuta la apropiación tiene plena conciencia de obtener el fruto de su apoderamiento, convirtiéndose así el quejoso en inductor* y, por ende, su conducta le resulta reprochable en términos de la fracción V del artículo 13 del Código Penal para el Distrito Federal. Y, conforme al artículo 64 bis del

³⁷² Con este criterio se reconoce la imposibilidad de abarcar a la *coautoría* pues se habla de autor material y no de coautor material, que es la única forma de coautoría aplicable en la *teoría formal objetiva*.

mismo ordenamiento legal, a contrario sensu, la sanción tanto para el coautor material como para el inductor resulta ser la misma y cada uno responderá en la medida de su propia culpabilidad.

SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA PENAL DEL PRIMER CIRCUITO.

Amparo directo 2138/96. Manuel Alberto Barrera Paz o Manuel Carrera Paz o José Miguel Paz Horta. 10 de marzo de 1997. Unanimidad de votos. Ponente: Alicia Rodríguez Cruz. Secretario: Juan Manuel Flores Belmont.

SALUD, DELITO CONTRA LA. AUTORÍA Y PARTICIPACIÓN NO CONFIGURADAS. Si el inculcado, por instrucciones de uno de sus coacusados, tuvo la encomienda de conseguir combustible para abastecer una nave aérea cargada con droga, que procedente de un país extranjero y con destino a otro, aterrizaría en territorio nacional; pero si no pudo adquirir el combustible por diversas razones, debe decirse que esos hechos atribuidos al inculcado no encuadran ni directa ni indirectamente en las fracciones I y II del artículo 197 del Código Penal Federal, pues su conducta no se adecua directamente en la figura delictiva que capta las modalidades de introducción al país y transportación de la droga, pues con ella no realizó materialmente dicha introducción y transportación. Así, no puede fincarse responsabilidad como autor, en razón de que *no ejecutó la conducta descrita en el núcleo del tipo delictivo de referencia*. Por otra parte, los actos realizados por el inculcado tampoco encuadran indirectamente, a través del dispositivo amplificador de las figuras legales -a que se refiere el artículo 13 del Código Penal Federal-, en el tipo delictivo de introducción (al país) y transportación de la droga citada, es decir, el acusado no puede ser considerado como partícipe en el delito contra la salud cometido por uno de los coacusados, quien fue el que introdujo a la República Mexicana droga, previa su transportación desde el extranjero, habida cuenta que si bien es cierto en su fuero interno estuvo presente el ánimo de socio, también es verdad que su actividad no constituyó un favorecimiento o colaboración para la introducción y transportación mencionadas, pues ningún influjo causal tuvo sobre esta actividad típica.

Amparo directo 10364/84. James William Scott. 14 de junio de 1985. Cinco votos. Ponente: Francisco Pavón Vasconcelos. Secretario: Tomás Hernández Franco.

SALUD, DELITO CONTRA LA. PARTICIPACIÓN NO CONFIGURADA. La conducta de las quejas de preparar alimentos cotidianamente para sus concubinos y otros sujetos, conociendo que éstos realizaban actos ilícitos en una plantación de marihuana, *no constituye una actividad encaminada a la realización de los hechos que conforman el tipo penal* del delito contra la salud en las modalidades de acondicionamiento, siembra, cultivo y posesión de dicho enervante, porque no forma parte de los hechos que lo tipifican; tampoco se trata de un medio idóneo particularmente encaminado a la obtención del resultado que castiga la Ley Penal, ni se está en el caso de coparticipación si además de lo ya precisado, no existe ninguna prueba que acredite la existencia de un acuerdo de las indiciadas con los activos, para auxiliarlos de alguna forma a cometer el delito.

PRIMER TRIBUNAL COLEGIADO DEL DÉCIMO PRIMER CIRCUITO.

Amparo en revisión 298/90. María de la Luz Calzada y coagraviada. 22 de enero de 1991. Unanimidad de votos. Ponente: Leonel Valdés García. Secretaria: Patricia Mújica López.

VIOLACIÓN. CUANDO UNO DE LOS PARTICIPANTES NO EMPLEA LA VIOLENCIA. Si uno de los coincepsados, a quien se imputa la violación, no empleó violencia, *pero ejecutó actos comprendidos dentro de la descripción del tipo, al copular con la víctima*, desde el punto de vista técnico legal su participación resulta obvia, pues además de integrar uno de los elementos del delito, participó en la ejecución del ilícito ya que se presentó en el lugar de los hechos y aprovechó las circunstancias psicológicas de temor y miedo en que se

encontraba la víctima para tener cópula con ella. Se trata de una cuestión elemental dentro de la problemática de la participación puesto que resulta responsable de la comisión de un delito *lo mismo quien ejecuta el núcleo del tipo, que cualquiera de sus elementos, por lo que el hecho de que el inculcado no haya empleado la violencia, no lo exime de su participación y responsabilidad en el delito de violación que se le imputa.*

SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO DEL SEXTO CIRCUITO.

Amparo en revisión 486/91. Pablo Morales Alonso. 19 de noviembre de 1991. Unanimidad de votos. Ponente: Arnoldo Nájera Virgen. Secretario: Nelson Loranca Ventura.

VIOLACIÓN TUMULTUARIA, MUJER SUJETO ACTIVO EN LA, COMO COPARTÍCIPE. Tratándose de la violación tumultuaria, si bien es evidente que en el caso de una mujer no es posible que como sujeto activo realice la conducta núcleo del tipo, también es claro que ello no es óbice para que se le tenga como responsable del delito citado en los términos de la fracción III del artículo 13 del Código Penal, si auxilió a su coacusado desnudando y violentando a la ofendida para que aquél pudiera copular con la misma, participación prevista en el precepto antes mencionado; y si bien es cierto que el artículo 266 bis del propio código, que prevé la pena agravada por la violación tumultuaria o cometida por dos o más sujetos, señala que la intervención de estos debe ser directa o inmediata, asimismo es verdad que ello no significa que la intervención de la pluralidad de sujetos activos deba ser *como autores materiales, es decir, que todos realicen el núcleo del tipo, sino que quiere decir que su concurso sea simultáneo al momento de la cópula, esto es, interviniendo en su ejecución, prestando una ayuda material e inmediata durante la violación, pudiéndose dar en otros casos, entre los que intervienen en los hechos, una violación sucesiva, esto es, que tengan cópula uno tras otro con el o la ofendida.*

Amparo directo 2532/81. José Luis Hernández Orta y Juana Vega Mancilla. 29 de octubre de 1981. Unanimidad de cuatro votos. Ponente: Francisco H. Pavón Vasconcelos. Secretaria: Elvia Díaz de León D'Hers.

3.2.1.2.6.3. *Doctrina jurídico penal.* Esta propuesta se mantiene como la opinión dominante. Se refieren a ella, entre otros:

Álvaro BUNSTER BRICEÑO (pp. 192 a 197): El criterio objetivo formal ha contado en Alemania, durante la primera mitad del presente siglo, con todo el favor que la doctrina negó al criterio subjetivo. Mientras éste campeaba en las decisiones judiciales, aquel obtenía la adhesión de Beling, M.E. Mayer, von Listz, Eberhardt [*sic*; ¿Eberhard? Schmidt, Mezger, Von Hippel, Hegler, y Graf zu Dohna, entre muchos otros. En la ciencia contemporánea de ese país ya no conserva adeptos, salvo Wegner, que lo mantiene tenazmente en su tratado de 1951. Beling, frente al Derecho alemán, señala como característica de la participación en sentido lato la tendencia o propensión de los actos de los diversos concurrentes hacia uno y un mismo tipo (*Typus*), de modo que la ejecución conjunta –(*gemenisame Ausföhrung*), como rezaba el 47 del código germano– equivale a la realización de acciones pertenecientes a la figura (*Tatbestand*) legal y es coautoría, al paso que la realización de acciones preparatorias o adyacentes a la de otro constituye complicidad: sujetar a la víctima durante la acción de matar y montar guardia durante la acción furtiva de sustraer no son el <<matar>> ni el <<sustraer>> mismos, sino el poner condiciones concomitantes a aquellos actos. Al tratar en especial de la coautoría, entenderá, en consecuencia, que ella existe cuando cada cual –sea simultánea, sea sucesivamente– ha realizado un fragmento de la acción de ejecución respecto de una idéntica figura legal. M.E. Mayer dice del autor que es quien realiza la figura legal culpable y antijurídicamente a través de su propia actividad y, fiel a su pensamiento de que las causas de extensión de la pena son aquellas circunstancias que fundamentan la tipicidad de una conducta concediendo a las características del singular delito una aplicación que trasciende su esfera conceptual, señala a la participación en sentido estricto (instigación, auxilio), que en su opinión es una de aquellas causas, como toda acción que se subordina al tipo o figura ampliado o extendido (*erweiterte*) y cuya punibilidad se funda en una disposición general amplificante de los especiales tipos. Erberhard Schmidt, en la edición vigésima sexta del Tratado de Von Listz, define al autor como <<el que, en consciente actuación conjunta con otros, ha iniciado o concluido la acción de ejecución>>; la coautoría presupone

participar en la acción de ejecución, con lo que se determina objetivamente su diferencia con la complicidad. En el homicidio, el hurto y la estafa es autor, respectivamente, el que ha producido la herida mortal, el que ha tomado la cosa con intención de apropiársela, el que ha intervenido en el engaño. En los llamados delitos complejos es coautor el que ha cometido alguna de las acciones de ejecución que configuran el delito. Así, presupuesta la colaboración consciente, A y B son coautores si A violenta a la mujer C o amenaza a D con un peligro actual para el cuerpo o la vida, en tanto B abusa de la mujer C o arrebató la cartera a D, pues la violencia y la amenaza son características de las figuras delictivas de violación y robo. En cambio, cuando A monta guardia mientras B practica el hurto con escalamiento, A no es nunca autor, sino cómplice, pues el montar guardia no es acción de ejecución del delito de hurto. Mezger dice que es autor el que ejecuta una acción típica y cómplice quien se limita a apoyar (*unterstützen*) su realización, pero el criterio objetivo formal, para él correcto por hallarse en armonía con la ley vigente, debe ser comprendido y aplicado en forma teleológica, habida cuenta de todas las relaciones de la figura y del bien jurídico que a través de ella protege la ley. Graf zu Dohna dice que es autor quien concreta personalmente el tipo de un delito. Autor es quien mata, se apodera, ofrece resistencia, etc. Si el tipo de delito se compone de varios actos, la realización de uno sólo es suficiente para hacer surgir la condición de autor. Si de dos personas, una hace uso de la violencia mientras la otra se apodera de la cosa, se dice que cometen robo como coautores. En cambio, quien sostiene la escalera por la que otro sube y quien vigila mientras los otros cometen un robo con efracción, no son autores sino cómplices. Wegner afirma que es autor quien de manera consciente y voluntaria y con todas las demás características internas de la figura legal, la ha realizado exteriormente y que es autor, y también coautor, quien realiza una acción de ejecución. El criterio objetivo formal prevalece en Austria, en Francia y muy particularmente en la tradición del *common law*, donde el *principal in the first degree* es caracterizado por Cross-Jones como «una persona que comete un delito directamente o a través de un agente inocente» y por Glanville Williams como «normalmente el real perpetrador del acto delictuoso. Más precisamente, es quien –dice este jurista– siendo directamente aludido por la prohibición penal, la infringe con la necesaria *mens rea* o negligencia (si una de ellas es requerida). En general –continúa este último autor– el *principal in the first degree* está indicado por las palabras de la regla legal: en el perjurio, quien ha jurado; en la bigamia, quien, hallándose casado, contrae nuevo matrimonio; en diversos delitos (*offences*), el poseedor de cosas prohibidas». «Una parte del delito –expresa más adelante– puede ser cometida por un autor, otra por otro. En el robo con efracción (*burglary*) uno puede romper los resguardos, el otro entrar. En la falsificación de documentos (*forgery*) cada persona puede forjar una parte diversa del documento, y en el libelo injurioso (*libel*), puede D redactar, E imprimir y F publicar». El punto de vista objetivo formal exhibe frente a los anteriores ventajas manifiestas. Beling hace notar con especial orgullo la función benéfica que en él cabe al concepto de tipo o figura legal al superar a la vez los inconvenientes de los criterios puramente subjetivos y los meramente causales. Es mérito innegable de las teorías formales objetivas el poder aportar un criterio equidistante de los anteriores, el buscar elementos decisivos del problema dentro de la ley y el destacar con plasticidad apreciable los actos que deben estimarse propios del autor: clavar el puñal en el pecho, alzar la mano al jurar, retirar las joyas del arca, aparecen como acciones de autor no sólo al criterio jurídico, sino al buen sentido y al lenguaje corriente de la vida. En la pléyade de sus sostenedores sistemáticos, el último de ellos en el tiempo llega casi al sarcasmo en la fundamentación entusiasta de la teoría. Al practicar el cotejo del acto de los coautores con el de los cómplices –que es donde generalmente se suscita el problema de la exacta y precisa delimitación y donde suele desplegarse por los tratadistas el bagaje teórico correspondiente– Wegner cree más fácil dilucidar la cuestión con imágenes extrajurídicas que con los ejemplos tradicionales. Si la fabricación de un automóvil Ford es una obra colectiva regida por el principio de la división del trabajo, ¿cuál de las ciento o más personas que realizan en ella manipulaciones determinadas construye a través de ellas el automóvil? Movería a risa responder que también lo construyen quienes asean el local o limpian las ventanas, debido a que también coadyuvan al trabajo de la empresa. Pero, volviendo a los ejemplos específicamente jurídicos, mayor sería aun la hilaridad de la banda de ladrones si la abuela ciega del patrón de la guardia se vanagloriase de haber coejecutado el robo por el solo hecho de haber anudado previamente la escala de cuerda con que ellos treparon por la fachada. La teoría objetiva formal reservará la calidad de autores para quienes han escalado, pero la abuela será sólo un cómplice. Moisés MORENO HERNÁNDEZ (p. 284): Un primer criterio eminentemente *objetivo* es el “formal-objetivo”, que parte de la consideración de la acción descrita en el tipo para determinar quién es autor y, conforme a él, *autor*, es el que realiza o ejecuta la acción descrita en el tipo, y cómplice el que, o bien sólo prepara, o bien ayuda en el momento de la realización del delito sin llevar a cabo un acto ejecutivo. Este criterio enfrenta una primera crítica frente al problema de la llamada “autoría mediata”, en aquellos casos en que el tipo requiere que el sujeto ejecute “en persona” la acción descrita; además porque en tratándose de la coautoría sólo abarca a aquellos que, por lo menos, realizan una parte del tipo. Carlos A. MADRAZO (p. 233): (...) Uno de los criterios eminentemente *objetivo* es el “formal objetivo”, conforme al cual autor es el que realiza la acción descrita en el tipo, y cómplice el que ayuda en el momento de la realización del delito sin llevar a cabo un acto ejecutivo. Alicia Beatriz AZZOLINI BRINCAZ (pp. 134 y 135): La teoría objetivo formal se atiene estrictamente a la descripción literal formulada en el tipo. Autor es el que ejecuta la acción expresada por el verbo típico, es aquel cuyo comportamiento queda abarcado por el tipo. A pesar de que esta teoría es encomiable por rescatar el

papel de la ley, del tipo, en la elaboración del concepto de autor, ha sido criticada, precisamente, por ser demasiado formalista y estar rigidamente vinculada a la letra de la ley. En contra de esto, autores como Zu Dhona y Gimbernat entienden que autor en el sentido objetivo formal no es únicamente el que realiza todo el tipo, ni tampoco sólo el que realiza un elemento, sino, en un sentido mucho más amplio, todo aquel que realiza un acto ejecutivo. De esta manera pasaría a un segundo plano el apoyo de la teoría objetivo formal en la tipicidad. Pero el mayor obstáculo que esta teoría no pudo superar fue el de la imposibilidad de explicar la autoría mediata. Aquel que utiliza a un niño inocente para que lleve un bombón envenenado a su abuela o el que carga con balas de verdad una pistola que el actor principal usará en la obra teatral para representar la muerte de X, no queda incluido en el que realiza la acción típica ni en el que lleva a cabo actos ejecutivos. Raúl GONZÁLEZ SALAS – CAMPOS (1999, p. 154): c1. *La teoría objetivo formal*. Para esta teoría lo importante es la realización de los actos ejecutivos que se encuentran previstos en el tipo penal. Atiende literalmente a las descripciones de la acción hecha por el tipo. Será autor todo aquel que cometa por sí mismo la acción típica. Si la acción realizada no es típica, no se podrá fundamentar la autoría. Ahora bien, será partícipe quien aporte cualquier otra contribución causal del hecho. Las críticas que se le formulan a esta teoría, se dan en que no es posible diferenciar en los delitos de resultado entre la contribución y la realización del tipo, pues ya sea el realizar o contribuir auxiliando a causar el resultado, en ambos casos se podrán considerar autores. Ej. A ayuda sujetando a B a matar a C. A será coautor y no partícipe, puesto que contribuye a lograr la muerte de C.; otro ejemplo: A se sube en los hombros de B para alcanzar la fruta del árbol. En este caso B no realiza ninguna conducta típica, y sin embargo le podría [sic; ¿se le podría?] considerar co-autor; también fracasa en los casos de la autoría mediata, pues quien utiliza a otro puede no realizar ninguna conducta típica. Esta teoría solamente es aplicable en nuestro Código Penal en la fracción II del artículo 13 cuando señala que, pero no en ninguna otra fracción: ART. 13.- Serán responsables del delito: fracc. II.: Los que los [sic; ¿lo?] realicen por sí. Octavio Alberto ORELLANA WIARCO (p. 380): a) Las teorías objetivas se apoyan en la sistemática causalista-naturalista donde el tipo era concebido en forma exclusivamente objetiva. El criterio formal objetivo propuso que la persona que realizara el verbo típico, el que personalmente ejecutara la acción descrita en el tipo debía ser considerado autor; sin embargo, este criterio fue criticado porque no explicaba la situación del autor mediato, del autor intelectual, del instigador, a quienes se les reconoce como autores pero que no realizan personalmente la conducta prevista en el verbo rector del tipo. Raúl PLASCENCIA VILLANUEVA (p. 211): La teoría objetivo formal considera como autor a toda persona cuyo comportamiento entra al círculo que comprende el tipo penal, en tanto el partícipe es aquella persona que aporta cualquier otra contribución causal al hecho. José Arturo GONZÁLEZ QUINTANILLA (pp. 472 y 473): (...) Desde el punto de vista de la teoría objetiva-formal, el autor es el que realiza un acto ejecutivo. Coautor, el que ha tomado parte en la acción ejecutiva. Las diversas teorías objetivo-formal; subjetiva y la del dominio del hecho, pretenden diferenciar el autor del cómplice. [Citando a Gimbernat Ordeig y a Luis Jiménez de Asúa, expresa]: Formalmente, "autor en el sentido técnico es aquél a que hace referencia directamente la definición de una clase de delito y la medida penal a éste vinculada, esto es, aquél que puede subsumirse directamente con su acción u omisión en aquella definición..." esto es, aquél que realiza la 'acción principal' o 'acción ejecutiva'. "El coautor no es más que un autor que coopera con otro u otros coautores. Todos los coautores son en verdad autores". La teoría objetivo – formal distingue al coautor del cómplice de la siguiente manera: "a) Coautoría es conjunta ejecución –realización de acciones que pertenecen al núcleo del tipo. b) Complicidad es realización de una acción preparatoria o de una acción accesoria para la acción ejecutiva de otro sujeto". La teoría objetivo– formal no puede explicar la autoría mediata referida al autor intelectual, porque éste, como autor mediato no realiza ningún acto de ejecución, debido a esto, surge la teoría subjetiva que viene a ser un eje común para ambos. Carlos Juan Manuel DAZA GÓMEZ (1998, p. 356) [citando a Enrique Bacigalupo Zapater, señala]: "Los partidarios de la teoría formal – objetiva piensa que autor es el que realiza un comportamiento que tiene exteriormente la forma de acción típica, o por lo menos, de una parte de la misma". Ejemplo: Ejerce la violencia en el robo, aunque no se apodere de la cosa; analizando lo anterior podemos concluir que sólo es posible realizar la acción ejecutiva por sí mismo; (2002, p. 26): TEORÍA OBJETIVO-FORMAL. Esta teoría sirvió para construir un concepto restrictivo de autoría, el cual distingue entre quién es autor y quién es partícipe. Para ello, hubo de allegarse –primero– al principio de legalidad, en el sentido de que, por disposición constitucional, todo comportamiento debe coincidir con la acción descrita en el tipo, de ahí que será autor la persona que realice la conducta subsumible en el tipo de la parte especial. En cambio, se considerará partícipe al sujeto que realiza alguna aportación en el hecho que no pueda subsumirse al tipo de la parte especial. Rodolfo MONARQUE UREÑA (p. 133): B) Teoría objetivo – formal. Este criterio, sostiene, básicamente, que sólo puede considerarse autor a quien realiza una conducta ejecutivamente típica, con lo cual se relega a un carácter secundario de partícipes a los autores intelectuales y mediatos. Se le critica fundamentalmente, porque la realización de una conducta típica no necesariamente es más desvaliosa que la que realizan los autores intelectuales o mediatos; por ejemplo: un individuo impedido por una vis compulsiva (temor fundado), realiza un robo porque tienen secuestrado a su hijo; dicho comportamiento, no obstante su tipicidad, puede o no ser antijurídico o culpable, de manera

tal que, un individuo, que resulta absuelto desde el punto de vista de la teoría que se estudia, podría ser considerado autor³⁷³. Roberto REYNOSO DÁVILA (p. 324): No es autor todo sujeto que ha cooperado a la causación de un resultado lesivo, sino solo [*sic*; ¿*sólo*?] aquel que ejecuta el acto típico, que realiza la conducta descrita en el verbo activo. Miguel Ángel MANCERA ESPINOSA (2000, pp. 214 y 215): 3.4.1. *Teoría objetivo formal*. En esta postura surge con Beling, y se considera como autor al sujeto que realiza la conducta descrita por el verbo. La acción u omisión del sujeto debe ser directamente subsumible en la definición legal del tipo penal de que se trate. Así en el homicidio autor es el que mata, y en el robo el que se apodera de cosa ajena, entonces el partícipe será quien realice una aportación causal que no pueda ser considerada como subsumible en el tipo penal concreto. El problema que se presenta en el caso de la autoría. ¿Quién mata el que pone el veneno en el alimento o el sujeto que sin saberlo y en el estricto desempeño de su labor lo sirve? No hay duda de que el hombre de atrás no realiza la acción típica es decir su aportación no puede ser subsumida en el tipo de homicidio, pues él no es quien mata. De igual forma presenta objeciones desde el punto de vista de la coautoría, esto, porque se puede presentar el caso de que un sujeto realice un acto que no cumpla con el verbo rector, y por ello no podrá ser considerado como coautor. Luis Felipe GUERRERO AGRIPINO (pp. 186-189): 4.1. TEORÍA OBJETIVO-FORMAL. La característica fundamental de esta teoría, es que considera autor a aquel que realiza por sí mismo, las acciones descritas en los tipos penales. Todos los demás, pasan a ser inductores o cómplices. En palabras de Merkel, es autor aquel individuo "cuya acción u omisión puede ser inmediatamente incluida en la definición de referencia; o lo que es igual, aquél que realiza la acción propuesta en la ley correspondiente, la acción que pone por obra los caracteres que, según la ley, constituyen el delito de que se trata [...]". Es una postura sustentada en la concreción del verbo típico. Es decir, en la realización del comportamiento descrito en el supuesto de hecho, bajo apreciaciones meramente objetivas. Nótese la influencia que tiene en esta corriente la configuración del tipo desarraigada de todo elemento subjetivo, lo cual es indicativo de la injerencia causalista del período clásico. Bajo esta sistemática, Beling (su principal exponente), determina que al tipo sólo le corresponde lo externo, dejando cualquier contenido interno para la culpabilidad. La teoría objetivo-material, en su tiempo, tuvo buena aceptación. Representaba el lado opuesto a las posturas unitarias y extensiva, pues restringía demasiado la calidad de autor. Ahora bien, las críticas que se le hicieron radicaron principalmente en el sustento metodológico del tipo, pues persistía el predominio de la causalidad. Sin embargo, aún en ese período de la dogmática –y a partir de la construcción de Beling–, sin que tuviera injerencia alguna el dolo en el tipo, los defensores de esta corriente, para distinguir al coautor del cómplice, llegaron a considerar autor, en el delito doloso, a aquél que realiza la acción típica de modo final. Por eso, Roxin aclara que a esta teoría se la denomina "objetiva", sin que exista razón para ello, pues "¡precisamente tiene en cuenta del modo más amplio el elemento subjetivo-final, después tan acentuado!". No le falta razón a Roxin, pues debemos tomar en cuenta que al contenido del tipo, aun bajo una perspectiva causalista, se le llegó a considerar importancia a la subjetividad, basada en los ánimos, deseos e intenciones que el legislador enfatiza en el supuesto de hecho, sin que formen parte del dolo. Ahora bien, la contradicción es desde luego latente, se pretende realizar una separación de la subjetividad, ubicando una genérica (dolo), en la culpabilidad y la específica, en el tipo. Sistemáticamente debe ser a la inversa, pero esta falla es propia de la teoría de la acción y no particularmente de la autoría. Aunque indudablemente repercute en ella y en muchos otros ámbitos de la teoría del delito. Al margen de este tipo de disquisiciones sistemáticas, la teoría objetivo-formal, encuentra su principal inconveniencia en el ámbito de la autoría mediata. Bajo esta postura, el sujeto que está detrás no realiza la acción descrita en el tipo. Tampoco queda claro el sustento de la coautoría, en virtud de que en esos casos, no todos realizan el comportamiento señalado en la descripción legal. En España, a esta corriente se le dio un giro importante, separándose de manera significativa de su versión original, a partir de la concepción del tipo de manera desvinculada del contenido naturalístico de la acción. Bajo este esquema, para Gimbernat, autor es "aquel cuya actividad es subsumible, sin más en el tipo de la parte especial". En análogos términos se conduce Rodríguez Mourullo, estableciendo una excepción en la coautoría, que considera una ampliación de la autoría. Mario Alberto GONZÁLEZ LLANES (p. 187): De acuerdo con las teorías diferenciadoras se tienen teorías objetivas, subdividiéndose éstas en la teoría formal objetiva porque toma como punto de referencia lo que la ley dice, lo formal tiene que ver con la consideración de la ley, lo que la ley dice, cuál es la acción que está descrita en el tipo penal y lo objetivo tiene que ver con lo que sucede en el mundo exterior, lo que objetivamente se puede observar o sea [*sic*; ¿*o sea*?] lo que sucede, lo que hace el sujeto en el mundo exterior. Si lo que hace el sujeto en el mundo exterior no está [*sic*; ¿*está*?] previsto en una ley, eso no tiene razón para plantear un problema de limitación entre quien es autor y quien es partícipe, esta teoría es una de las más antiguas y dice que el "autor de un delito es aquel que realiza total o parcialmente la acción que está descrita en el tipo penal" y esta expresión trata de comprender diferentes formas de realización de un delito. Un delito puede llegar a la consumación lo

³⁷³ El cuestionamiento no es en los términos del ejemplo, sino que, a quien ejerce la vis compulsiva en estricto sentido no debe considerársele autor, sino como un instigador. Pero como ya se dijo, los defensores de esta teoría tienen la respuesta para la autoría en estos casos, toda vez que quien realiza el robo es un autor mediato y, por lo tanto sin responsabilidad, por lo que el otro interviniente será el autor directo.

que implica una realización total de la acción, puede quedar en grado de tentativa lo que implica una realización parcial de la acción, pero por otra, para ser autor, debe haber realizado al menos una parte de la acción que esta [*sic*; ¿*está?*] descrita en el tipo, entonces siempre habrá que estar a la consideración de la acción que está descrita en el tipo y eso se desprende del caso concreto que se está analizando.

3.2.2. Teorías subjetivas. Es común ver en los autores el desarrollo de esta teoría, básicamente, en relación con las ideas de la que hoy se denomina como *teoría subjetiva extrema*, dejando de lado lo referente a la *teoría subjetiva restringida*³⁷⁴, creándose la idea de que es una teoría antigua que hoy no tiene mayor importancia, lo cual está lejos de ser así.

3.2.2.1. Teoría subjetiva extrema. Esta teoría en su pensamiento original se debe a *Köstlin*, difundiéndola *Maximilliam von BURI* por la influencia que tenía en las ideas que sustentaban las sentencias del Tribunal Imperial a finales del siglo XIX³⁷⁵. Su inicio está vinculado, en lo filosófico, a la influencia de las ciencias naturales que originó el positivismo naturalístico, y en lo dogmático, al causalismo clásico. Así lo señala *Claus ROXIN*:

Aparte de ello, la antigua teoría subjetiva, como concepción teórica, no constituye actualmente ninguna base idónea para la teoría del autor. Su fundamento es el positivismo naturalístico del siglo 19, el cual creía que también en las ciencias espirituales se tenía que recurrir a “leyes naturales” como la causalidad, ignorando otras diferencias en el mundo fenomenológico objetivo, posibles de ser captadas por las ciencias naturales. Puesto que autoría, inducción y complicidad son en igual medida causales para el resultado y, por tanto, no proporcionan ninguna diferenciación, la delimitación tuvo que ser buscada necesariamente en el lado subjetivo del

³⁷⁴ Reinhart MAURACH/Karl HEINZ GÖSSEL/Heinz ZIPF, *Derecho penal...*, p. 301: (...) Actualmente no es posible hablar de una teoría subjetiva en cuanto tal. Más bien cabe distinguir la *teoría subjetiva extrema*, en el sentido del Tribunal Imperial, y la *teoría subjetiva restringida*, o bien la *teoría subjetiva con introducción de elementos objetivos*, en el sentido del Tribunal Supremo Federal –con oscilaciones ciertamente relevantes- y una extendida adhesión en la doctrina. Claus ROXIN, *Dogmática penal...*, p. 355: La jurisprudencia del BGH se ha apartado más y más de la teoría subjetiva en el sentido estricto de la palabra y, para la delimitación de importancia práctica entre coautoría y complicidad, a cambiado a una “teoría normativa de la combinación” que ya no entiende más la voluntad del autor como dato psíquico, sino que lo atribuye valorativamente con base en una combinación de diferentes indicios.

³⁷⁵ Reinhart MAURACH/Karl HEINZ GÖSSEL/Heinz ZIPF, *Derecho penal...*, p. 302: 1) LA TEORÍA SUBJETIVA-EXTREMA. a) Esta teoría, fundada por Köstlin y acercada a la praxis por von Buri, domina la jurisprudencia del Tribunal Imperial desde el dictado de las trascendentales decisiones RG 2, 162 y 3, 182 (BGH 4, 32; 6, 229, y 8, 73; BGH NJW 51, 120; NJW 52, 945; BGH 18, 87, entre otros; BGH V R S vol. 23, 207, y 24, 184).

hecho. En ello se pone de manifiesto una posición metodológicamente superada: las delimitaciones jurídicas tienen que ser emprendidas siguiendo puntos de vistas jurídicos de Política Criminal y no precisamente con ayuda de categorías de otros ámbitos del ser ajenas a lo jurídico. Dogmáticamente esta concepción errónea lleva también a confusiones. Pues dado que en la época de la estructura sistemática “clásica”, en la cual esta teoría tiene su apogeo, todos los elementos psíquicos se ubicaban en la culpabilidad, para la jurisprudencia era evidente diluir la “voluntad del autor” en consideraciones de merecimiento de pena relacionadas con la culpabilidad, lo cual aproximó la determinación de la autoría a un acto de libre arbitrio del juez y casi dejó caer en el olvido el entendimiento hoy en día seguro de que la autoría y la participación son formas de aparición del injusto³⁷⁶.

Para quienes defienden esta postura inicial de la teoría subjetiva, en el plano objetivo no se encuentran los elementos para la distinción entre autores y partícipes, porque la vinculación al hecho se hace con la teoría de la equivalencia de las condiciones, por lo que deben atenderse aspectos subjetivos relacionados con la voluntad de los intervinientes³⁷⁷. Esta voluntad en el autor se reconoce como *animus auctoris* (voluntad de autor) y en el partícipe es *animus socii* (voluntad de socio)³⁷⁸. La determinación de cuándo

³⁷⁶ *Dogmática penal...*, pp. 354 y 355.

³⁷⁷ Así Enrique GIMBERNAT ORDEIG, *Autor y cómplice...*, pp. 42 y 43: a) El fundamento de la teoría subjetiva es muy sencillo. Se parte de la teoría causal de la condición y, en base a ella, se niega toda distinción objetiva entre la actividad del autor y la del cómplice: ambos no hacen más que colocar una condición del resultado, y una condición no es posible distinguirla de otra condición. El razonamiento a que entonces se acude es éste: la Ley positiva distingue entre autor y cómplice; las actividades de autor y cómplice no se distinguen objetivamente; luego la distinción –impuesta por la Ley– ha de hallarse en el terreno subjetivo. Enrique BACIGALUPO ZAPATER, *Principios...*, p. 358: Quienes no creen posible una delimitación de las formas de participación sobre la base de la teoría formal objetiva proponen, en primer término, una *teoría subjetiva*, es decir, una teoría basada en la dirección de la voluntad del partícipe. (...) El punto de partida de esta concepción subjetiva de la autoría es la teoría de la equivalencia de las condiciones, en cuyo contexto no cabe una distinción entre causas y condiciones. De esta manera la teoría subjetiva no era sino una consecuencia de la concepción que sólo atribuía al comportamiento humano una manifestación causal naturalística en el mundo exterior.

³⁷⁸ Enrique BACIGALUPO ZAPATER, *Principios...*, p. 358: Estas teorías se apoyan, por un lado, en un concepto especial de dolo, en concreto una específica *voluntad de ser autor* (*animus auctoris*) que permitiría distinguir al autor del partícipe, que sólo actuó con *animus socii*. En otra variante se recurre al *criterio del interés*, según el cual la voluntad de autor se identifica con el interés en la ejecución del delito.

existe una u otra se ha explicado con las llamadas *teoría del dolo* y *teoría del interés*³⁷⁹.

3.2.2.1.1. *Teoría del dolo*³⁸⁰. De acuerdo con ella, la voluntad del autor, al ser independiente, es la que «por sí» define todo lo relacionado con la realización del delito, haciendo que las voluntades de los demás intervinientes, si están en función de la de aquel, no sean autónomas y por lo tanto dependen de la del autor. En el autor su voluntad es independiente, en el partícipe su voluntad es dependiente de la de éste y la voluntad del coautor no reconoce otra voluntad por sobre la de él. En este sentido se expresa *Claus ROXIN*:

Según la **teoría del dolus**, el autor tiene una voluntad independiente, el partícipe una voluntad dependiente. En este sentido, el consejero del Tribunal del Reich [Reichsgerichtsrat], Von BURI³⁸¹, quien influyó mucho en la jurisprudencia inicial del Tribunal del Reich enseñaba: “el carácter distinto del autor [Urheber] en relación con el cómplice sólo puede encontrarse en la independencia de la voluntad autoral en la dependencia de la cooperadora. El cómplice quiere el resultado sólo en caso de que el autor lo quiera; y para el caso de que el autor no lo quiera, tampoco lo quiere él. Por ello debe dejar al arbitrio [anheimstellen] del autor la decisión sobre si debe producirse o no el resultado”. Correspondientemente, en la sentencia que sentó las bases de la jurisprudencia posterior, la RGSt3, 181 y ss (182 y s.), se decía “que el cómplice solamente debe tener una voluntad dependiente de la del autor, es decir que somete su voluntad a aquella del autor de tal forma que se deja al arbitrio de éste sobre si el hecho debe llegar o no a la consumación. Por el contrario, a diferencia de esta voluntad dependiente del cómplice, el coautor no reconoce una voluntad que domina la suya”³⁸².

³⁷⁹ Claus ROXIN, *Dogmática penal...*, p. 352: Al principio se ocuparon de determinar la “voluntad de autor”, elemento decisivo de delimitación para la teoría subjetiva, sobre todo la teoría del dolus y la de los intereses.

³⁸⁰ Faustino BALLVÉ, «El problema...», p. 36: *El dolo*.- Esta teoría del dolo fue formulada primero y con la mayor claridad por Collmann en 1824 en su *Lehre von Strafrecht* en estos términos: “Cómplice es aquél cuya decisión sólo indirectamente se dirige al hecho, cuya tendencia sólo se dirige a satisfacer en (*sic*; ¿*un*?) fin ajeno..., es aquél que favorece el acto en cuestión como acto de otro; que sólo lo quiere en cuanto constituye fin para otro”.

³⁸¹ Faustino BALLVÉ, «El problema...», p. 37: *La voluntad*.- La posición de Buri y de sus seguidores aparece claramente de estos dos párrafos tomados de su *Lehre*: “Autor es el que ha contribuido eficazmente al resultado con voluntad independiente; la eficacia de la acción del cómplice proviene de una voluntad dependiente de la del autor”. “Si uno de los codelincuentes persigue un fin propio, mientras que el fin del otro sólo consiste en que aquel consiga su fin, éste se ha supeditado a aquél, su voluntad, en relación con el propósito material, se ha vuelto heterónoma y necesariamente imprime este carácter a su acto y a su resultado y también al propósito formal que persigue con su actividad delictuosa heterónoma”.

³⁸² *Dogmática penal...*, pp. 352 y 353.

3.2.2.1.2. *Teoría del interés*³⁸³. Como su nombre lo indica, la voluntad de autor o de partícipe se define en función de lo que cada interviniente piensa en relación con el hecho³⁸⁴. Si el hecho se quiere como «propio» o «para sí» significa que se quiere ser autor. Si el hecho no se quiere como «propio» o «para sí» significa que es ajeno, por lo que se es un partícipe. Ejemplos clásicos de esta teoría son las sentencias dictadas por el tribunal alemán conocidas como «la bañadera»³⁸⁵ y «Stachinskij»³⁸⁶. Si bien la *teoría del*

³⁸³ Faustino BALLVÉ, «El problema...», pp. 35 y 36: *El interés*.- La teoría clásica del subjetivismo es la teoría del interés. Autor es el que obra en interés propio: partícipe accesorio el que obra en interés del autor. Esta es la significación del citado Artículo 148 de la *Carolina* ratificada claramente por Krees en *Constitutionem criminalem Caroli V de 1736*, y compartida por Günther en 1760 y por Westphal en 1785, en sus comentarios a la *Preussische Gerichts Ordonung* al extremo de admitir la posibilidad de poderse cometer materialmente el delito sin ser castigado como autor sino como cómplice.

³⁸⁴ Claus ROXIN, *Dogmática penal...*, p. 353: De otra manera la **teoría de los intereses** parte de que la voluntad del autor estaría caracterizada por el propio interés en el hecho, la voluntad del partícipe, por el contrario por la falta de tal interés. Así, el RG explicaba en RGSt74, 85: “El que alguien quiera el hecho como propio se orienta preponderantemente, aún cuando no de manera exclusiva, según el grado de su interés en el resultado”. Puesto que los sucesos internos que determinan el “dejar al arbitrio de” y el “grado de interés” son difíciles de evaluar con posterioridad, la jurisprudencia ha evaluado frecuentemente la cuestión de si alguien ha querido el hecho “como propio” o “como ajeno” también según el parámetro del merecimiento de pena o de la peligrosidad y solamente la ha revestido en su formulación con los términos de la teoría subjetiva.

³⁸⁵ Reinhart MAURACH, «Los problemas de la autoría», en *Derecho penal contemporáneo*, México, 1966, p. 56: Finalmente, el Tribunal Supremo del Reich no tuvo reparos hasta en castigar como simple cómplice al que había realizado un tipo, solo y de propia mano, por el mero hecho de que le faltaron la voluntad de autor y el interés personal en el resultado, mientras que al inductor interesado en el hecho le condenó como autor. El caso más conocido se nos presenta en la llamada “*sentencia de la bañadera*” (RG 74,85): inmediatamente después de dar a luz un hijo ilegítimo, una joven, que estaba del todo debilitada en la cama, había pedido a su hermana, por miedo a la cólera del padre, que ahogase al niño en la bañadera. Ahora bien, el Tribunal Supremo del Reich castigó a la madre como autora; a la hermana, en cambio, sólo como cómplice. Efectivamente, en esta sentencia se reveló el problema fundamental de la actitud de la jurisprudencia entre la seguridad jurídica y la justicia. Pues, dado que en su día el derecho alemán, al contrario de la práctica actual, deslindaba el asesinato del homicidio conforme al criterio de la premeditación, la hermana habría sido conminada irremisiblemente con la pena capital. Y fue éste el motivo por el que el tribunal dictó su fallo tan catastrófico para la dogmática, según informó uno de los jueces del Tribunal Supremo del Reich, implicado en aquella causa, quince años después de haberse pronunciado la sentencia. La madre no se vio perjudicada por esta sentencia, ya que en el derecho alemán se prevé una atenuación penal para el homicidio de un hijo ilegítimo, por parte de su madre. [*Esta explicación del porqué de la sentencia en muchos autores se omite, lo que hace aparecer, desde criterios dogmáticos, rechazable, sin pensarse en una orientación política criminal, tan de moda hoy*].

³⁸⁶ Reinhart MAURACH, «Los problemas...», p. 52: Quisiera alegarles a ustedes un solo ejemplo: hace dos años, después de un largo período de tregua, volvieron a discutirse ante el Tribunal Federal Supremo de Alemania todas las divergencias de la teoría de la participación, en el caso *Staschinskij*, que llegó a conocerse más allá de las fronteras alemanas: en mi ciudad, Munich, un agente entrenado en la Unión Soviética, había asesinado, en ocasiones diferentes, a dos políticos ucranios en el exilio, con una pistola de líquido tóxico. El Tribunal Federal Supremo creía poder apreciar, en este caso extraordinario, solamente la complicidad de

interés es atractiva, el legislador, creemos, la niega cuando en algunos tipos penales el autor aun y cuando busca el beneficio de otro, no deja de ser autor³⁸⁷, como en los arts. 211 BIS 7, 390 del *Cp* Federal y en los arts. 214 y 231 del *Cp* Sinaloa, en los que se dice:

Art. 211 BIS 7. La penas previstas en este Capítulo se aumentarán hasta en una mitad cuando la información obtenida se utilice en provecho propio o ajeno.

Art. 390. Al que sin derecho obligue a otro a dar, hacer, dejar de hacer o tolerar algo, obteniendo un lucro para sí o para otro o causando a alguien un perjuicio patrimonial, se le aplicarán de dos a ocho años de prisión y de cuarenta a ciento sesenta días multa.

Las penas (...).

Art. 214.- Al que engañando a alguien o aprovechándose del error en que éste se encuentre, obtenga ilícitamente alguna cosa ajena o alcance un lucro indebido para sí o para otro, se le impondrá las siguientes penas; (...).

Art. 231.- Al que procurándose para sí o para otro un lucro indebido, obligue a una persona a realizar u omitir un acto en perjuicio de su patrimonio o al de un tercero, se le impondrá prisión de cuatro a doce años y de doscientos a cuatrocientos cincuenta días multa.

Si la extorsión (...).

3.2.2.2. *Teoría subjetiva restringida*. También se le conoce como «teoría normativa de la combinación». Su elaboración se debe al Tribunal Supremo Federal alemán en la solución de los casos que conoció relacionados, básicamente, con la determinación de, si el procesado, debía ser considerado *coautor* o *cómplice*³⁸⁸. La explicación nos la dice *Claus ROXIN*:

Staschinskij en los actos manejados por el gobierno soviético. Claus ROXIN, *Autoría...*, p. 603: 2. Poco más de cuatro meses después, el 19 de octubre de 1962, fue sentenciado por la Sala III del BGH el “caso Staschinskij”, que luego ha llegado a ser famoso, en que el acusado que, según su confesión no rebatida, por encargo de un servicio secreto extranjero había matado a dos ex políticos de la República Federal de propia mano y no coaccionado con una pistola de veneno, fue castigado sólo por complicidad en el asesinato.

³⁸⁷ Claus ROXIN, *Dogmática penal...*, p. 358: (...) Finalmente, también va en contra de un empleo del interés propio como criterio de la autoría, la circunstancia de que varios tipos (como los arts. 259, 263 C.P.) incluyen expresamente el actuar en interés de terceros y que, por lo demás, el autor único evidentemente no pueda evadirse de su calidad de autor y conseguir la absolución por el hecho de que actúa en interés de otro.

³⁸⁸ Claus ROXIN, *Dogmática penal...*, p. 355: La jurisprudencia del BGH se ha apartado más y más de la teoría subjetiva en el sentido estricto de la palabra y, para la delimitación de importancia práctica entre coautoría y complicidad, ha cambiado a una “teoría normativa de la combinación” que ya no entiende más la voluntad del autor como dato psíquico, sino que lo atribuye valorativamente con base en una combinación de diferentes indicios.

(...) El punto de partida de este desarrollo constituye una sentencia de la 5ª Sala en la cual se dice que la voluntad del autor “no (sería) un hecho interno que pueda comprobar el juez del hecho con carácter vinculante. Se trata más bien de un juicio valorativo. Para éste resulta un punto de apoyo esencial en qué medida el participante co-domina el curso de los hechos, de manera que al acontecer y el resultado del hecho también dependan determinadamente de su voluntad”. Esta concepción ha sido concretada en la práctica posterior y ha sido consolidada en una jurisprudencia que entretanto tiene carácter continuado. Según ella, la cuestión de si alguien tiene la voluntad de autor debe ser evaluada bajo un juicio valorativo “según todas las circunstancias”. Los puntos de apoyo esenciales para esta valoración radican “en el grado del propio interés en el resultado del hecho, en la amplitud de la participación en el hecho y en el dominio del hecho o, por lo menos, en la voluntad hacia el dominio del hecho, de manera que la ejecución y el resultado del hecho dependan determinadamente de la voluntad del inculpado” (BGH StV 1981, p. 275 y s.).

Esta teoría al utilizar criterios de las *teorías subjetiva extrema y del dominio del hecho* representa una propuesta de la *jurispr* alemana con el antes y después en la búsqueda de definir su concepto de autor. Aun y con la denominación (<<teoría normativa de la combinación>>), su punto de partida son subjetivos, sólo que su existencia no se define en sí y no son los decisivos, según lo dicen *Reinhart MAURACH/ Karl HEINZ GÖSSEL*:

Un indicio *subjetivo* de la voluntad de autor está constituido por el *interés personal* en el resultado típico; sin embargo, este indicio no puede bastarse a sí mismo (BGH 8, 393, 396, y 18, 87, 95). Como indicios *objetivos* (y que tampoco resultan decisivos por sí solos) de la voluntad de autor, el Tribunal Supremo Federal ha destacado la conducta del afectado, tanto durante como con posterioridad al hecho: la influencia sobre la planificación de la realización típica (BGH 8, 393, 398, y 18, 87, 96), el dominio del curso del acontecer, en especial la comisión por propia mano (BGH 8, 393, 396, 398, y 18, 87, 95 y 96) y la posesión del dominio del hecho (BGH 8, 393, 395 y 396; 19, 135, 139; BGH NJW 79, 1259; según BGH 34, 124, 125, las características del aporte típico son de importancia: “una actividad notoriamente subordinada” constituye un indicio de complicidad), y, por último, la recepción del pago por el hecho (BGH 18, 87, 95 y 96), empero en delitos patrimoniales sólo la participación proporcional en el reparto del botín (BGH 4, 41, 42), no así una remuneración meramente “cuasicontractual de servicios” (BGH JR 55, 304 y 305; cfr. asimismo BGH GA 1986, 450, 452, y el resumen de Kalthoener, NJW 56, 1662)³⁸⁹.

³⁸⁹ *Derecho penal...*, p. 309.

La valoración de esta teoría la definía *Claus ROXIN*:

La yuxtaposición de dominio del hecho e interés en el hecho y la concurrencia de ambos elementos en la jurisprudencia se suele considerar como una especie de compromiso entre las tendencias subjetivas y objetivas de la doctrina de la autoría. Pero no resulta posible darse por satisfecho con este “compromiso”, porque así la decisión acerca de autoría o participación se deja en manos de una valoración judicial discrecional incompatible con el principio de taxatividad [cfr. al respecto críticamente, *infra*, el apartado B)]. De todos modos, lo que sí cabe advertir con satisfacción es que la jurisprudencia ha avanzado un buen trecho en el largo camino que lleva de una delimitación puramente subjetiva, como la que practicaba el RG desde sus comienzos, hasta una teoría objetivo-material de las formas de participación³⁹⁰.

3.2.2.3. Teoría del acuerdo previo. Esta postura subjetiva se sustenta en una decisión y aceptación común de los intervinientes con lo que se estaría dando su voluntad de participar en la realización del delito. *Karl BINDING* fue uno de los impulsores de esta teoría cuando se oponía a la teoría formal objetiva. El pensamiento de este autor lo describe *Enrique GIMBERNAT ORDEIG*:

Esta fundamentación del TS tiene en la doctrina defensores nada menos que de la categoría de un Binding. También Binding estima que es indiferente que el partícipe haya realizado o no una acción ejecutiva. «Lo que cada uno hace, dentro de lo convenido, lo hace por todos y todos lo hacen a través suyo». «Sucede a veces –escribe Binding en otro lugar– que de entre varios coautores, todos realizan por propia mano el supuesto de hecho total; así, cuando los conjurados caen conjuntamente sobre su víctima y cada uno le produce una herida mortal. Pero en la inmensa mayoría de los casos de aplicación se trabaja con una mayor economía de fuerza y destreza: se proyecta un plan sobre cómo puede ser cometido el delito con las mayores ventajas y con la mayor posibilidad del éxito y se reparten cuidadosamente los papeles. Algunos quedan vigilando, uno o dos obstruyen el camino de huida al que se va a robar o asesinar; unos atacan al propietario y a sus criados, otros violentan las cosas y toman de ahí los objetos de valor; una persona débil se limita a alumbrar con la linterna eléctrica; un último se mantiene con el automóvil detrás de la casa para poner en seguridad a todos los coculpables y a todo el botín... Sus acciones, consideradas aisladamente y prescindiendo de las decisiones de voluntad de los agentes, aparecerían como acciones preparatorias o de cómplice o de favorecimiento... Según esta

³⁹⁰ Claus ROXIN, *Autoría...*, p. 662.

opinión, en el ejemplo antes mencionado quedarían excluidos del círculo de autor, todos los que vigilaron, cerraron a la víctima el camino de la huida, mantuvieron lista la propia huida o no llegaron a ejecutar por su propia mano una parte del supuesto de hecho..., tal vez porque otros más rápidos les apartaron. Este modo de ver las cosas se queda totalmente en lo externo y lleva a las mayores injusticias. Tal vez, el creador de todo el plan de ejecución se reserva el peligroso puesto de vigilante, que eventualmente, deberá estorbar o despistar a la Policía, pero que no entra en acción porque la Policía llega demasiado tarde. ¿Y porque quiso encargar y encargó a otros lo más fácil ha de ser privilegiado? Se dice de él que no es autor; imaginemos que no es inductor, pues no tiene por qué serlo necesariamente; ¡queda, pues, reducido a cómplice>>³⁹¹.

En la *doc jur pen* se refieren a las *teorías subjetivas*, entre otros: Hans-HEINRICH JESCHECK/Thomas WEIGEND (p. 699): 2. Pero si la autoría y la participación no permiten ser diferenciadas objetivamente porque, desde un punto de vista causal, son valorativamente equivalentes, entonces sólo resta la posibilidad de buscar su distinción recurriendo a un criterio subjetivo. Por este motivo la **teoría subjetiva de la participación** se vincula al concepto extensivo de autor. Según dicha teoría autor es quien, con independencia de su contenido, realiza una contribución causal al hecho con **voluntad de autor**; por el contrario, es partícipe quien posee únicamente una **voluntad de partícipe**. El autor quiere el hecho "como propio", posee por tanto un "animus auctoris"; por su parte, el partícipe quiere el hecho "como ajeno" y por ende posee un "animus socii" (**teoría de la intención**) (vid. *supra* § 61 II 3). El RG hizo suya la fórmula de la intención basándose en los motivos del interviniente (RG 3, 181 [182 ss]) y también la jurisprudencia del BGH se sirve de ella aunque dando cada vez más entrada a criterios objetivos (vid. *infra* § 61 V 4). De esta forma, en la aplicación práctica del Derecho la distinción entre la autoría y la participación pasa a ser una cuestión de la determinación de la pena ampliamente alejada del tipo. Ignacio BERDUGO GÓMEZ de la TORRE/Luis ARROYO ZAPATERO/Nicolás GARCÍA RIVAS/Juan Carlos FERRÉ OLIVÉ/José Ramón SERRANO PIEDECASAS (p. 288): b) *Teorías subjetivas*. Para superar las concepciones unitarias se han ensayado distintas teorías subjetivas. Estas teorías siguen considerando, como las unitarias, que no existen distinciones entre autores y partícipes, pero esta afirmación choca con la realidad normativa, pues el Código Penal trata de manera desigual a los autores en relación a algunos partícipes. Por ese motivo, consideran que la diferenciación se da en el plano subjetivo. Un sujeto será autor si actúa con voluntad de autor (*animus auctoris*) y será partícipe si obra con voluntad de partícipe (*animus socii*). Esta tesis es sin embargo rechazada mayoritariamente por la doctrina, pues toda la responsabilidad penal pasa a depender de la intención del sujeto, esto es, se convierte en algo exclusivamente subjetivo. La doctrina entiende que las diferencias entre autores y partícipes no pueden asentarse exclusivamente en la simple voluntad. Dentro de las corrientes subjetivas, debemos hacer una breve mención a la *doctrina del acuerdo previo*, que durante años fue defendida por el Tribunal Supremo. Para esta doctrina jurisprudencial, será autor todo aquel que realice actos preparatorios o ejecutivos, en tanto exista acuerdo previo de realizar este delito. Se basa en la realización conjunta del hecho y en la existencia de un acuerdo previo, expreso o tácito, en virtud del cual habrá un solo delito, naciendo la solidaridad entre todos quienes lo cometen. Esta doctrina no diferencia si el sujeto ha realizado actos preparatorios o ejecutivos. Si existe acuerdo previo, todos serán autores del delito. El Tribunal Supremo ha hecho una interpretación poco respetuosa incluso de la letra de la ley, pues se llegó a considerar los distintos supuestos de autoría y participación consagrados en el antiguo artículo 14 del Código Penal como *intercambiables*, lo que contribuyó en definitiva a generar gran inseguridad jurídica. Enrique GIMBERNAT ORDEIG (pp. 42 a 44): a) El fundamento de la teoría subjetiva es muy sencillo. Se parte de la teoría causal de la condición y, en base a ella, se niega toda distinción objetiva entre la actividad del autor y la del cómplice: ambos no hacen más que colocar una condición del resultado, y una condición no es posible distinguirla de otra condición. El razonamiento a que entonces se acude es éste: la ley positiva distingue entre autor y cómplice; las actividades de autor y cómplice no se distinguen objetivamente; luego la distinción –impuesta por la ley– ha de hallarse en el terreno subjetivo. La fundamentación de esta teoría contiene, ciertamente, un núcleo de verdad, a saber: las condiciones de un resultado –*como tales*– no pueden ser diferenciadas; no es posible afirmar que una condición sea más condición que otra, pues <<una "condición" o es *condicio sine qua non*... del resultado, o no lo es...; no hay un tercer término>>. Por definición, cada condición es tan necesaria como otra cualquiera; el concepto de condición es de los que no admiten graduaciones;

³⁹¹ *Autor y cómplice...*, pp. 74 a 76.

la equivalencia de las condiciones es «un juicio analítico». El núcleo de verdad del punto de partida de la tesis subjetiva es, pues, éste: *consideradas como condiciones del resultado típico*, las contribuciones del autor y del cómplice no pueden diferenciarse. [Y en la p. 46, agrega): 2. La teoría subjetiva no sólo es falsa en su fundamento; también lo es en su contenido. ¿Cuál es ese contenido? Las opiniones de los partidarios de la teoría subjetiva no son en este punto unánimes. En principio, existe acuerdo en que para la teoría subjetiva es autor el que actúa con *animus auctoris* y partícipe el que actúa con *animus socii*. Los subjetivistas, sin embargo, dan diversas fórmulas para determinar si en el caso concreto el delincuente ha actuado con ánimo de autor o de cómplice.– «Mientras que el coautor quiere y persigue el hecho como *común*, y por ello se hace responsable por el hecho como un todo, el cómplice sólo quiere *auxiliar en un hecho ajeno* por el cual... no se siente responsable». «El autor quiere el hecho como propio, el partícipe lo quiere como ajeno». – La jurisprudencia y la doctrina alemanas han acudido a veces al criterio del interés para determinar si el sujeto ha actuado o no con ánimo de autor. «La cuestión de si alguien quiere el hecho como propio depende sobre todo, si bien no exclusivamente, del grado de su interés en el resultado». – El criterio subjetivo que parece haber tenido más éxito en la doctrina y jurisprudencia alemanas es éste: «El partícipe "somete" su voluntad a la del autor de tal forma "que deja al criterio de éste el que el hecho llegue o no a consumarse"... Este "dejar al criterio" es... lo que constituye el *animus socii*». Jacobo LÓPEZ BARJA de QUIROGA (pp. 22 y 23): 3.2. **Teoría subjetiva de la participación.** En realidad esta teoría es una continuación de la anterior, esto es, del concepto extensivo de autor, a la que proporciona un criterio diferenciador que sirve para delimitar entre el autor y el partícipe. En efecto, como hemos visto hasta ahora, la base fundamental de la autoría la constituye la contribución causal: sólo será autor aquél que contribuye causalmente al hecho y a la inversa, no será autor aquél cuya contribución no es causal. Pero esta contribución causal se examina conforme a la fórmula de la equivalencia de condiciones y, consiguientemente, todas las contribuciones tienen igual valor. No hay forma desde un plano causal-objetivo de poder establecer una diferenciación entre el autor y el partícipe. Es preciso acudir al punto de vista subjetivo. El criterio subjetivo nos proporcionará una guía para poder delimitar las contribuciones y establecer las distinciones entre los autores y los partícipes. De manera que autor será quien realizando una aportación causal, cualquiera que sea la entidad de ésta, lo haga con voluntad de autor, esto es, actúa con voluntad de realizar su propio hecho. Por el contrario, será un partícipe quien, realizando una aportación causal, cualquiera que sea su entidad (incluso aunque realice la acción típica), lo hace con voluntad de partícipe, o sea, de intervenir en un hecho de otro. De ahí que se afirme que el autor actúa con *animus auctoris*, y el partícipe con *animus socii*, por ello también se le denomina «teoría del ánimo». Este planteamiento exige concretar qué significa actuar con *animus auctoris* y con *animus socii*, y ello va a llevarse a cabo recurriendo a «la teoría del interés». En función del interés en el hecho con que actúe cada interviniente, así podrá establecerse la diferenciación. Si actúa en interés propio será autor, mientras que si lo hace en interés ajeno será sólo un partícipe. Como se ha indicado, esta teoría exige una aportación causal, pero prescinde de establecer graduaciones o distinciones entre diferentes contribuciones causales. Ello permite que aun actuando de forma directa y realizando el tipo, sin embargo, pueda decirse que no se trata de un autor sino de un cómplice, si actuó con ánimo de tal. Tal consecuencia aberrante se produjo en Alemania en dos conocidas sentencias: en un caso, la madre indujo a su hermana a que matara al hijo ilegítimo que acababa de tener: aunque la hermana realizó el tipo, sin embargo fue considerada cómplice pues actuaba en interés de la madre (Caso de la bañera). En el otro caso, un encargado de un servicio secreto extranjero había matado a dos personas, pero, se consideró cómplice por actuar en interés de otro (Caso Staschynskij). Esta concepción no puede sostenerse, y no sólo en términos generales, sino que además no supera las dificultades que se presentan a la hora de resolver supuestos de autoría mediata o de delitos de propia mano o especiales. Como indica Jescheck el extraño en modo alguno puede ser considerado autor, por mucho que haya adquirido el hecho «como propio». Por último, esta teoría es incompatible con el principio de legalidad desde el momento en que su criterio gira sobre el ánimo del sujeto (culpabilidad fundada en el sentimiento) que interviene, esto es, la autoría se basa en consideraciones éticas sobre el merecimiento de pena de cada interviniente en el hecho y, además, no permite deslindar de manera objetiva y abstracta las formas de participación, quedando la distinción en manos del arbitrio de los jueces. Enrique BACIGALUPO ZAPATER (1998, pp. 358 a 360): 2. *La teoría subjetiva.* Quienes no creen posible una delimitación de las formas de participación sobre la base de la teoría formal objetiva proponen, en primer término, una *teoría subjetiva*, es decir, una teoría basada en la dirección de la voluntad del partícipe. Estas teorías se apoyan, por un lado, en un concepto especial de dolo, en concreto una específica *voluntad de ser autor* (*animus auctoris*) que permitiría distinguir al autor del partícipe, que sólo actuó con *animus socii*. En otra variante se recurre al *criterio del interés*, según el cual la voluntad de autor se identifica con el interés en la ejecución del delito. El punto de partida de esta concepción subjetiva de la autoría es la teoría de la equivalencia de las condiciones, en cuyo contexto no cabe una distinción entre causas y condiciones. De esta manera la teoría subjetiva no era sino una consecuencia de la concepción que sólo atribuía al comportamiento humano una manifestación causal naturalística en el mundo exterior. En la medida en la que la reducción de la realidad social a categorías naturalísticas fue puesto en duda, en el concepto de ilícito se introdujeron elementos valorativos, la equivalencia valorativa ya no pudo ser deducida sin más de la equivalencia causal. Como consecuencia de ello la teoría subjetiva ha sido rechazada en la teoría y, salvo pocas

excepciones, no ha merecido la consideración de la jurisprudencia. En la doctrina se admite de manera casi unánime que el criterio del interés está condenado al fracaso en los que el principal partícipe actúa con motivos altruistas. Por lo tanto, los modernos partidarios de la teoría subjetiva consideran que la *voluntad de dominio del hecho* es un indicio eficaz de la existencia de interés en el resultado. Por consiguiente, se afirma, que debe ser considerado coautor el que quiere dominar el hecho, aun cuando carezca de interés en el resultado, así como el que tiene interés en el resultado, aun cuando su contribución al hecho no sea esencial. Por el contrario, será cómplice o cooperador el que no quiere dominar el hecho ni tiene interés en el resultado; el que no tiene interés en el resultado y sólo contribuye de manera no esencial al hecho, así como el que tiene un reducido interés en el resultado y sólo realiza una aportación no esencial al hecho. En la práctica, en particular en la jurisprudencia del Tribunal Supremo Federal alemán (BGH) que mantiene su adhesión a la teoría subjetiva, ésta ha evolucionado hacia una «teoría subjetiva con incrustaciones de elementos objetivos». De esta manera es posible, en la práctica, llegar a considerar en ciertos casos que *no es autor* a un partícipe aunque haya realizado la acción típica por sí mismo. En su versión moderna el BGH ha fundamentado la teoría subjetiva en la necesidad de tomar en consideración en esta materia los *impulsos especiales* reconocidos por la criminología, de tal manera que una teoría objetiva sólo resultaría preferible si constara que los partícipes actúan por impulsos criminológicamente reconocidos. Desde esta perspectiva fue posible al BGH considerar que un agente extranjero que cometió un delito de homicidio debía ser considerado como un partícipe, dado que sólo había cumplido órdenes de un Estado que se había servido de una propaganda masiva. En suma: la teoría subjetiva ha realizado un considerable acercamiento a las teorías material-objetivas (ver infra 3) introduciendo el concepto de *voluntad de dominio del hecho* y apreciando en los casos concretos que quien *objetivamente* tiene el dominio del hecho, por regla, tendrá también la voluntad de poseerlo. Juan BUSTOS RAMÍREZ (p. 326): a b) *Teoría subjetiva* (cfr. v. Buri, p. 232ss., 252ss.; Lange, Kohlrausch.– Esta posición atiende sólo a la intención del sujeto, a su ánimo. Ha tenido dos formulaciones. La del ánimo de actuar, es decir, actuar con ánimo de autor o con ánimo de partícipe. La del actuar en interés, es decir, actuar en interés propio, autor, o bien en interés ajeno, partícipe. Estas teorías caen en completa contradicción, ya que o dejan entregado el hecho totalmente a lo que diga el sujeto, o bien, a lo que piense el juez respecto de su subjetividad. En definitiva, es totalmente arbitraria. Así, el cajero que saca una cantidad de dinero para entregarlo a su hijo, que lo necesita para un viaje de estudios, podría plantear que lo hizo sin ánimo de autor, sino sólo de contribuir (o bien que lo hizo en interés ajeno y no propio), luego no sería autor, y tampoco el hijo que, aunque solicitó el dinero, nada tiene que ver con el hurto de su padre. Con lo cual el hecho no tendría autor y tampoco al padre se le podría castigar como partícipe. También se plantean subjetivamente los positivistas naturalistas, ya que atienden a la peligrosidad social del sujeto, y en ese sentido llegan también a un concepto unitario de autor, pues basta la peligrosidad revelada a través de cualquier medio, da lo mismo si el acto sólo de contribución al hecho, aún podría revelar mayor peligrosidad. Igualmente, la posición de la escuela de Kiel es subjetivista, pues atiende sólo a la voluntad de contravenir el deber, al ánimo traidor, y en ese sentido también se llega a un concepto unitario de autor, pues cualquier contribución al hecho expresa este ánimo traidor. Juan BUSTOS RAMÍREZ/Hernán HORMAZÁBAL MALARÉE (p. 283): Entre las teorías extensivas destaca la teoría subjetiva ya defendida por v. Buri en el siglo pasado (232 ss., 252 ss.; también Lange, 1935; Kohlrausch, 1939) que atiende sólo a la intención del sujeto, a su ánimo. Si el ánimo de actuar es en interés propio se trata de un autor (*animus auctoris*), si lo es en interés ajeno, se trata de un partícipe (*animus socii*) (Díaz y García Conlledo, 1991, 290). Estas teorías caen en completa contradicción, ya que o dejan entregado el hecho totalmente a lo que diga el sujeto, o bien, a lo que determine el juez respecto del ánimo del sujeto. En definitiva, es totalmente arbitraria. Así, el cajero que saca una cantidad de dinero para entregarlo a su hijo, que lo necesita para un viaje de estudios, podría plantear que lo hizo sin ánimo de autor, sino sólo de contribuir (o bien que lo hizo en interés ajeno y no propio), luego no sería autor, y tampoco el hijo que, aunque solicitó el dinero, nada tiene que ver con el hurto del padre. Con lo cual el hecho no tendría autor y tampoco al padre se le podría castigar como partícipe. También se plantean subjetivamente los positivistas naturalistas, ya que atienden a la peligrosidad social del sujeto y en ese sentido llegan también a un concepto unitario de autor, pues basta la peligrosidad revelada, a través de cualquier medio. Es indiferente si el acto sólo es de contribución al hecho e incluso aún podría revelar mayor peligrosidad. Igualmente, el derecho penal nazi de la escuela de Kiel es subjetivista, pues atiende sólo a la voluntad de contravenir el deber, al ánimo traidor, y en ese sentido también se llega a un concepto unitario de autor, pues cualquier contribución al hecho expresa este ánimo traidor. Eugenio Raúl ZAFFARONI/Alejandro ALAGIA/Alejandro SLOKAR (p. 740): 2. Resulta lógico que el concepto extensivo de autor incline a la doctrina a buscar una delimitación de la autoría por el camino de lo subjetivo (*teoría subjetiva de la autoría*), toda vez que no dispone de ninguna característica objetiva del tipo para hacerlo. La teoría subjetiva se basa en la tesis de la equivalencia de las condiciones, afirmando que el autor quiere el hecho como propio (*animus auctoris*), por oposición al *animus socii*, que sería característico de los partícipes. La insuficiencia de esta delimitación se demuestra con múltiples casos en los que por más que un sujeto haya querido un resultado como propio y lo haya causado, no puede considerárselo autor; por el contrario, también hay casos en que al sujeto debe considerárselo autor, pese a que no haya querido el resultado para sí. 3. Por ejemplo: A facilita un arma a B para que mate a C, y luego para asegurarse va al lugar

y dispara simultáneamente con B contra C, sin que B se entere, resultando que A erró todos sus disparos, en tanto los de B causaron la muerte de C. A no puede ser considerado autor de la muerte, por mucho que la haya querido; habrá sólo tentativa de homicidio e instigación en el homicidio cometido por B. La teoría subjetiva de la autoría llevó a la jurisprudencia alemana a resolver dos casos en forma prácticamente descabellada: el RG *no tuvo reparo en castigar como simple cómplice al que había realizado un tipo, solo y de propia mano, por el mero hecho de que le faltaron la voluntad de autor y el interés personal en el resultado, mientras que al inductor interesado en el hecho lo condenó como autor*. El caso más conocido es la llamada *sentencia de la bañera*: inmediatamente después de dar a luz a un hijo ilegítimo, una joven que *estaba del todo debilitada en la cama, había pedido a su hermana, por miedo a la cólera del padre, que ahogase al niño en la bañera; el RG castigó a la madre como autora, y en cambio a la hermana sólo como cómplice*. Con posterioridad, el BGH siguió un criterio similar: *un agente entrenado en la Unión Soviética había asesinado –en ocasiones diferentes– a dos políticos ucranianos en el exilio, con una pistola de líquido tóxico. El BGH creyó poder apreciar en este caso extraordinario solamente la complicidad de Staschinskij en los actos manejados por el gobierno soviético*. Cabe aclarar que en este caso algunas crónicas dejan entrever que se trata de una sentencia políticamente forzada, a efectos de posibilitar un intercambio de agentes secretos. Jorge FRIAS CABALLERO/Diego CODINO/Rodrigo CODINO (p. 436): Debe rechazarse, sin más, un intento de diferenciación sobre bases puramente subjetivas. Es admisible la idea de que todo autor actúa *animus auctoris*, mientras el cómplice o partícipe obra *animus socii*, pero ese contenido subjetivo de la acción del autor y del partícipe no es idóneo para delimitar acabadamente la de uno de la de otro. Esteban RIGHI/Alberto A. FERNÁNDEZ (p. 293): a) *Teoría subjetiva*. Sostiene que autor es quien quiere el hecho como propio, es decir que tiene “ánimo de autor”. Por el contrario el partícipe lo quiere como ajeno, es decir tiene “ánimo de socio”. La teoría subjetiva se suele complementar con el criterio del “interés”, según el cual el partícipe realiza el hecho en el interés del autor. Este criterio fue dominante durante muchos años en la jurisprudencia alemana, siendo actualmente poco utilizado pues conduce a soluciones inaceptables. Así por ejemplo, considerar que es cómplice quien comete de propia mano un homicidio por encargo de un servicio secreto extranjero; o interpretar que es cómplice y no autora la mujer que mata a un recién nacido a pedido de la hermana parturienta, porque no quería el hecho como propio. José HURTADO POZO (2005, pp. 857- 859): **3. Criterio subjetivo**. Partiendo del concepto extensivo de autor (todo aquél que contribuye causalmente a la comisión de la infracción es autor), se recurre luego a un criterio subjetivo. La calidad de autoría (autor, coautor, autor mediato) o de participación *stricto sensu* (instigación, complicidad) está, en consecuencia, determinada por el contenido de la voluntad con que actuó la persona en cuestión. Si dicha persona tuvo un *animus auctoris*, será considerada como autor (*lato sensu*), aún cuando hubiera contribuido objetivamente de manera secundaria a la comisión de la infracción. Al contrario, será calificado de partícipe (*stricto sensu*) el que haya actuado con *animus socii*, a pesar de que su contribución hubiera sido importante o de que haya incluso realizado la acción típica. Dos casos alemanes son muy conocidos: el de la bañera y el de Staschinsky. En el primero, una mujer embarazada da a luz y convence a su hermana de que mate al recién nacido. La hermana mata al niño ahogándolo en la bañera de la casa. En el segundo, Staschinsky, por orden de Seguridad de Estado de la desaparecida Unión Soviética, mató a dos emigrantes rusos. Las modalidades de los crímenes fueron establecidas en todos los detalles por la Seguridad de Estado soviética. Por haber cometido los asesinatos, Staschinsky fue condecorado. Teniendo en cuenta que tanto la hermana como Staschinsky habían actuado sin querer como acto propio el delito cometido, que ambos se habían sometido a la voluntad de los verdaderos interesados y que ninguno de los dos había actuado por interés (la hermana lo hizo para ayudar a la madre del niño a ocultar su condición de madre soltera y Staschinsky no recibió ninguna recompensa material o política), se consideró que aún cuando había ejecutado, total y personalmente, la acción típica, había que considerarlos sólo como participantes (en forma de complicidad). Sin embargo, esta concepción ha sido muy criticada por gran parte de la doctrina y, en el presente, ya no es aplicada por la jurisprudencia alemana. Se niega, primero, la pertenencia de su punto de partida; o sea, el criterio de la equivalencia de las condiciones; luego, se afirma que los conceptos de *animus auctoris* y *animus socii* no tienen ni realidad psíquica ni normativa; por último, se sostiene que mediante la aplicación de tal criterio se hace depender el problema de la participación de consideraciones sobre la graduación de la pena, sin importar de algún modo saber si el agente ha realizado o no una acción típica, lo que contradice el principio de legalidad que es la base del derecho moderno. Según lo dispuesto en la ley (art. 23, semejante al § 25 I del CP alemán), esta concepción resulta sin embargo inaplicable. En efecto, la ley define como autor al que “realiza por sí o por medio de otro el hecho punible” y a los “que lo cometan conjuntamente”. No depende pues de la voluntad con la que actúe el agente el hecho de saber si su participación constituye un caso de autoría o de participación. Por ejemplo, si el agente no reúne las condiciones particulares previstas por el tipo legal respecto al autor (delitos especiales), no será autor a pesar de que haya realizado la acción típica (abuso de autoridad, art. 373) con la voluntad de comportarse como tal. Con el fin de atenuar la vaguedad del criterio subjetivo y de evitar esta clase de críticas, los sostenedores de esta concepción han buscado elementos que sirvan para concretar el contenido de la voluntad del agente. Así, se ha recurrido con frecuencia al criterio del interés, en virtud del cual el saber si alguien actúa con *animus auctoris*, queriendo el acto como propio, depende de la intensidad de su interés en la producción del

resultado. Baumann, por su parte, señala por su parte [*sic*] como otro indicio del contenido de la voluntad del agente, su tendencia a dominar el desarrollo del acto. Según este autor, quien desea dominar el “sí” y el “como” de la acción delictuosa, sobrepasa la simple fase que consiste en querer apoyar su comisión, que no podrá reconocérsele, a pesar de su eventual o aparente desinterés en el resultado, como un mero participante secundario. También, se ha afirmado que el partícipe “somete” su voluntad a la del autor (agente principal), de quien depende que se consuma o no la infracción, de modo que el *animus socii* consistiría en “remitir al criterio del autor” la fase decisiva de la acción delictuosa. Finalmente, estos intentos de limitar el criterio subjetivo no han desembocado en resultados satisfactorios y, por lo tanto, no han logrado la aceptación general.

3.2.2.4. Situación en México

3.2.2.4.1. *Legislación.* Del análisis de los *Cps* mexicanos se constata que existen algunos arts. en los que el legislador regula el supuesto de hecho cuando el autor realizar la acción típica, también, para beneficiar o en interés de otro. Como ejemplo el *Cp* Federal (art. 390) y el *Cp* Sinaloa (art. 214 y 231):

Art. 390. Al que sin derecho obligue a otro a dar, hacer, dejar de hacer o tolerar algo, obteniendo un lucro para sí o para otro o causando a alguien un perjuicio patrimonial, se le aplicarán de dos a ocho años de prisión y de cuarenta a ciento sesenta días multa.

Las penas (...).

Art. 214.- Al que engañando a alguien o aprovechándose del error en que éste se encuentre, obtenga ilícitamente alguna cosa ajena o alcance un lucro indebido para sí o para otro, se le impondrá las siguientes penas; (...).

Art. 231.- Al que procurándose para sí o para otro un lucro indebido, obligue a una persona a realizar u omitir un acto en perjuicio de su patrimonio o al de un tercero, se le impondrá prisión de cuatro a doce años y de doscientos a cuatrocientos cincuenta días multa.

Si la extorsión (...).

En estos arts. el legislador decidió que la acción típica se configura cuando el provecho es para el sujeto activo o *para un tercero*. En este último supuesto podría pensarse en el *criterio del interés*. Sin embargo el mismo será negado porque al resolverse un caso como éste, los tribunales decidirían que aún y cuando el provecho no lo obtuvo el sujeto activo sino el tercero, *quien realizó la acción es un autor y no un cómplice*.

Otro dato que permitiría negar la aplicación de la *teoría subjetiva* es la regulación de la autoría mediata en los *Cps*, según lo explica *Enrique BACIGALUPO ZAPATER*:

También la teoría subjetiva tiene que fracazar [*sic*; ¿*fracasar*?] frente a la diferenciación impuesta por la ley. En el sentido de la teoría subjetiva, toda comisión debe ser necesariamente una “comisión por sí mismo”. El elemento decisivo de la autoría, es decir, la voluntad de autor, no puede realizarse “por medio de otro”. La problemática de una autoría mediata es, propiamente considerada, ajena a la teoría subjetiva. La acción típica es la acción del partícipe que obra con voluntad de autor. Esto no se modifica por el hecho de que el partícipe se sirva de la acción de otro. La distancia de la voluntad de autor con respecto al resultado no tiene ningún significado para la teoría subjetiva. En el ámbito de la teoría subjetiva, la diferencia entre comisión por sí mismo y comisión por medio de otro, carece de sentido³⁹².

3.2.2.4.2. *Jurisprudencia*. En diferentes criterios de *jurispr* se hace mención y reconocimiento de los fundamentos de las teorías subjetivas, apreciándose que en algunos no se determina con precisión el título de autor o de partícipe, generando confusión.

COAUTORÍA, CASO EN QUE SE CONFIGURA, AUNQUE EL DELITO RESULTANTE LO REALICE PERSONA DIVERSA. (LEGISLACIÓN DE JALISCO). Aun cuando el acusado no haya sido el autor del disparo que lesionó y después causó la muerte del pasivo, si intervino en el *acuerdo voluntario y consciente celebrado entre los intervinientes*, para causar en común, un mal o un daño a las víctimas, es claro que debe ser incriminado en el ámbito punitivo en los términos que dispone el artículo 12 del Código Penal de Jalisco, aunque el resultado típico producido no hubiera sido el acordado, expresamente porque tal ilícito le es penalmente reprochable a través de la figura de la participación criminal.

PRIMER TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA PENAL DEL TERCER CIRCUITO.

Amparo directo 133/91. Everardo Velázquez Castañeda. 7 de enero de 1992. Unanimidad de votos. Ponente: Lucio Lira Martínez. Secretario: Arturo Ramírez Pérez.

COAUTORÍA EN EL DESPOJO. CASO EN QUE NO SE CONFIGURA. La circunstancia de que el quejoso hubiera ocupado un inmueble que fue materia de un ilícito de despojo, luego de realizado éste, no lo convierte en responsable de tal delito, puesto que debe tenerse en cuenta que el despojo fue un ilícito de lesión, doloso y de comisión instantánea, ejecutado

³⁹² *Estudios de derecho...*, p. 250.

por persona diversa al inculpado, *sin que exista acuerdo* entre ambos para contribuir a mantener su efecto³⁹³.

SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO DEL QUINTO CIRCUITO.

Amparo en revisión 41/95. David González Ruiz y otro. 23 de febrero de 1995. Unanimidad de votos. Ponente: Ricardo Rivas Pérez. Secretaria: Rosenda Tapia García.

COAUTORÍA, EXISTENCIA DE. ROBO, HOMICIDIO Y LESIONES. (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE MÉXICO). Si los quejosos se pusieron *de acuerdo* para cometer un robo, elaboraron un plan para tal fin y se armaron; y al momento de realizarse el delito algunos dispararon sus armas resultando homicidio y lesiones, *todos tienen responsabilidad como coautores de estos delitos*, en los términos del artículo 15, fracción I y II, del Código Penal, pues aun cuando originalmente sólo planearon robar, es obvio que previeron la eventualidad que resultó, tanto así que se armaron para ese efecto.

SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO DEL SEGUNDO CIRCUITO.

Amparo directo 716/90. José Enrique Espinosa Razzo y Luis David Covarrubias Sáenz. 30 de enero de 1991. Unanimidad de votos. Ponente: Raúl Solís Solís. Secretario: Pablo Rabanal Arroyo.

Amparo en revisión 308/88. José Enrique Espinosa Razzo y Luis David Covarrubias Sáenz. 13 de marzo de 1989. Mayoría de votos de los Magistrados Raúl Solís Solís y Enrique Pérez González. Ponente: Raúl Solís Solís.

COMPLICIDAD NO ACREDITADA. Si no quedó debidamente demostrada la participación del quejoso en la ejecución y consumación del robo, *que denote la existencia de un acuerdo previo* entre éste y su coacusado para apoderarse de un objeto, *la responsabilidad del quejoso como coautor no queda acreditada*.

TERCER TRIBUNAL COLEGIADO DEL SEGUNDO CIRCUITO.

Amparo directo 673/91. José Luis Iglesias Calderón. 23 de octubre de 1991. Unanimidad de votos. Ponente: José Angel Mandujano Gordillo. Secretario: Pedro A. Rodríguez Díaz.

COPARTICIPACIÓN DELICTIVA. SU EXISTENCIA REQUIERE ACUERDO ENTRE LOS PARTÍCIPES. Para que se acredite la coparticipación delictiva en un concurso eventual de agentes, es menester que exista consenso en todos los individuos que tomarán parte en la perpetración del injusto, evidenciándose de esta manera su deseo de delinquir y, por ende, el dolo en cada uno de ellos. La cuota de participación puede ser previa, concomitante o posterior a la consumación del delito, pero sea cual fuere la elegida, la nota esencial de la misma estriba en la voluntariedad y el nexo psíquico que debe haber entre los que participan para la producción del resultado típico, circunstancia que no se actualiza cuando por ejemplo, alguien se presenta a un lugar donde se está cometiendo un ilícito sexual, limitándose sólo a observar, sin que exista prueba de *acuerdo previo* o de que de alguna manera hubiese cooperado o ayudado para que se materializara la infracción, ni tampoco exista evidencia de que hubiera puesto condición para la ejecución del antijurídico, debiendo concluirse en tal caso, que no se puede fincar responsabilidad penal a título de copartícipe, toda vez que no existe nexo causal entre la conducta y el resultado.

SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO DEL DÉCIMO CUARTO CIRCUITO.

Amparo en revisión 235/96. José Armando Polanco Salazar. 8 de julio de 1996. Unanimidad de votos. Ponente: Luis Armando Cortés Escalante. Secretario: Luis Manuel Vera Sosa.

COPARTICIPACIÓN AUN CUANDO EL SUJETO NO PARTICIPE MATERIALMENTE EN EL DELITO. Si de autos se desprende que *existió acuerdo* entre los sujetos activos que participaron en el delito, para llevarlo a cabo, es decir, tenían un propósito común, por lo que se estableció no sólo una relación material sino también psíquica respecto de la

³⁹³ Interpretado en sentido contrario significa que si hubiere existido acuerdo previo aún y cuando la acción de ocupación hubiere sido posterior sería considerado autor.

intención y realización del ilícito, *debe concluirse que aunque alguno de ellos no haya participado materialmente en dicha realización*, esto no lo exime de la responsabilidad penal.

SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO DEL SEXTO CIRCUITO.

Amparo en revisión 144/92. Carlos Vega Sánchez. 1 de abril de 1992. Unanimidad de votos. Ponente: Gustavo Calvillo Rangel. Secretario: Humberto Schettino Reyna.

Amparo directo 47/88. Isidro Peralta Hernández. 15 de marzo de 1988. Unanimidad de votos. Ponente: Arnoldo Nájera Virgen. Secretario: Enrique Crispín Campos Martínez.

COPARTICIPACIÓN DELICTUOSA Y RESPONSABILIDAD CORRESPECTIVA, NO PUEDEN COEXISTIR. La responsabilidad penal no puede revestir el carácter de correspectiva si existió *el acuerdo de voluntades* por parte de los acusados para cometer los delitos imputados. En efecto, *para que exista la coparticipación delictuosa se requiere esencialmente, que entre los diversos participantes en la comisión de un delito se presente el acuerdo previo*, el propósito y el consentimiento para ello; mientras que para actualizar la responsabilidad correspectiva se necesita justamente lo contrario, o sea, *la inexistencia de ese acuerdo*, pues opera en caso de incertidumbre sobre la presentación del pacto sceleris y la ignorancia de quién fue el causante del daño letal. Consecuentemente, resulta erróneo que se utilicen indistintamente ambos términos, pues ambas figuras por propia naturaleza se excluyen entre sí.

TERCER TRIBUNAL COLEGIADO DEL SEGUNDO CIRCUITO.

Amparo en revisión 39/89. Silvano Cervantes Montiel y Lorenzo Montiel Cortés. 25 de Mayo de 1989. Unanimidad de votos. Ponente: María del Carmen Sánchez Hidalgo. Secretaria: María Concepción Alonso Flores.

COPARTICIPACIÓN, REQUISITO PARA LA EXISTENCIA DE LA. Si de las constancias de autos no aparece prueba alguna que acredite el *concierto previo* o al menos concomitante que debe existir entre el quejoso y su coinculpado para la comisión del delito, no puede fijarse la coparticipación delictuosa.

SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO DEL SÉPTIMO CIRCUITO.

Amparo en revisión 126/87. Florencio Suárez Bellido. 24 de febrero de 1988. Unanimidad de votos. Ponente: José de Jesús Gudiño Pelayo. Secretario: Vicente Salazar Vera.

COPARTICIPACIÓN. RESPONSABILIDAD EN LA. Si entre los acusados hubo *acuerdo previo* para la comisión del delito, debe concluirse que todos y cada uno son penalmente responsables como *copartícipes* por haber intervenido en su preparación y ejecución.

TERCER TRIBUNAL COLEGIADO DEL SEGUNDO CIRCUITO.

Amparo directo 642/92. Román Sánchez Ruiz. 29 de septiembre de 1992. Unanimidad de votos. Ponente: Fernando Narváez Bárker. Secretaria: Gabriela Bravo Hernández.

COPARTICIPACIÓN, RESPONSABILIDAD EN LA. Si entre los acusados *hubo acuerdo previo* para la comisión del delito, debe concluirse que todos y cada uno son penalmente responsables como *copartícipes* por haber intervenido en su preparación o en ésta y su ejecución.

TERCER TRIBUNAL COLEGIADO DEL SEGUNDO CIRCUITO.

Amparo directo 294/92. José Luis Ladino Meyo. 29 de septiembre de 1992. Unanimidad de votos. Ponente: María del Carmen Sánchez Hidalgo. Secretaria: Edith Alarcón Meixueiro.

Amparo directo 642/92. Román Sánchez Ruiz. 29 de septiembre de 1992. Unanimidad de votos. Ponente: Fernando Narváez Bárker. Secretaria: Gabriela Bravo Hernández.

COPARTICIPACIÓN Y PREMEDITACIÓN. *El acuerdo exigido en la coparticipación delictiva* no necesariamente debe ser cronológicamente anterior al hecho, ni necesariamente se debe acordar con precisión la participación en la acción conjunta que habrá de realizar cada uno de los partícipes, lo importante es que se actúe con concurrencia de voluntades al propósito

común, aun cuando este acuerdo sea meramente tácito. Por ello, aún excluyendo la premeditación puede hablarse de concierto de voluntades en la consumación del delito, si se prueba la existencia de un *acuerdo* inmediato anterior a la causación del hecho delictivo o este *acuerdo* resulta de la mecánica misma de ejecución múltiple del acto delictivo.

Amparo directo 5318/67 Maurice Dwaine Robert. 17 de octubre de 1968. Cinco votos. Ponente: Ernesto Aguilar Álvarez.

HOMICIDIO, COAUTORÍA FÍSICA Y MORAL EN EL. El delito se compone de dos elementos: el físico, movimiento del cuerpo, actos externos, sin el cual no es posible la infracción de la ley; el elemento moral, designio criminal, intención, sin el cual la violación material del derecho es una desgracia causal; de donde la participación de los diversos individuos puede ocurrir en uno solo de estos elementos o en ambos, surgiendo la posibilidad de considerar un concurso de acción sin un concurso de voluntad, o un concurso de voluntad sin concurso de acción, o un concurso acumulado de acción y voluntad. Por lo que, si una persona ha concurrido con la voluntad al delito de homicidio cometido por su coacusado, y aun cuando no tomó parte en la acción criminal, le es imputable el hecho ajeno, *puesto que su voluntad ejerció sobre el ánimo de la otra un influjo eficaz*, siendo responsable en tanto que esa influencia fue determinante del hecho delictuoso, la responsabilidad que le resulta no es por su pensamiento o deseo de que muriera la víctima, en tanto que el derecho penal no persigue los actos internos, sino por haber externado a su coacusado ese deseo o pensamiento, dando impulso al hecho que constituyó el delito. El móvil que marca ordinariamente el impulso a la comisión de un delito, es la utilidad que se espera obtener del mismo, y, por consiguiente, la distribución de la imputación entre el autor físico del delito y de quien participa sólo moralmente, debe considerarse según la repartición de la utilidad. Así, si el coautor que participa moralmente en el homicidio *tiene mayor interés* en la muerte de la víctima que el autor físico, debe estimarse que el juzgador procede correctamente al imponerle a aquél una pena igual a la del autor material.

Amparo directo 789/68. Evangelina Ramírez Flores. 10 de julio de 1968. Cinco votos. Ponente: Manuel Rivera Silva.

HOMICIDIO Y NO ENCUBRIMIENTO, DELITO DE. El delito de homicidio, se compone de dos elementos: el físico, movimiento del cuerpo, actos externos, sin el cual no es posible la infracción de la ley; el elemento moral, designio criminal, intención, sin el cual la violación material de derecho es un desgracia *casual*; de donde la participación de diversos individuos puede ocurrir en uno solo de estos elementos o en ambos, surgiendo la posibilidad de considerar un concurso de acción sin un concurso de voluntad, o un concurso de voluntad sin concurso de acción o un concurso acumulado de acción y voluntad. En tal caso, si el inculpado ha concurrido con la voluntad al delito de homicidio cometido por sus coacusados, y aun cuando no tomó parte en la acción material del crimen, le es imputable el hecho ajeno, *puesto que su voluntad ejerció sobre el ánimo de los ejecutores materiales un influjo eficaz siendo responsable en tanto que esa influencia fue determinante del hecho delictuoso*. La responsabilidad que le resulta no es por haber tenido conocimiento de que se iba a cometer el delito, sino por haber externado a sus coacusados *su deseo de que muriera la víctima*, dando impulso al hecho criminal, convenciendo a otra persona para que ejecutara materialmente el delito.

Amparo directo 3738/66. J. Guadalupe Osornio Enríquez. 19 de septiembre de 1968. Cinco votos. Ponente: Manuel Rivera Silva.

Amparo directo 1914/66. Aniceto Osornio Lara. 19 de septiembre de 1968. Cinco votos. La publicación no menciona el nombre del ponente.

HOMICIDIO. INDUCCIÓN COMPROBADA Y SUFICIENTE CUANDO EL INSTIGADOR PARTICIPA DANDO LA ORDEN A TRAVÉS DE UNA SEÑA CORPORAL. Si se atiende a la connotación gramatical "inducir" significa instigar, persuadir, provocar, de modo que si se acredita que el activo contrató al coincepado bajo la instrucción expresa de que cuando efectuara una seña con la cabeza, mataría a quien le indicara, es inconcuso entonces que existía un *acuerdo previo entre los partícipes* -el material y el instigador-, y pese a que no medió entre ellos palabra alguna cuando el autor material ejecutó a una víctima, pero quedó comprobado, a plenitud, que el inductor realizó la seña corporal convenida para ese efecto, sin duda ello fue el detonante para completar la acción de privar de la vida al pasivo, de allí que en casos como éste debe estimarse que la inducción fue idónea para la causación del resultado.

TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA PENAL DEL SEXTO CIRCUITO.

Amparo directo 23/99. Román Hernández Opanco. 24 de junio de 1999. Mayoría de votos. Disidente: Carlos Loranca Muñoz. Ponente: Diógenes Cruz Figueroa. Secretaria: Yolanda Leticia Escandón Carrillo.

INDUCCIÓN O INSTIGACIÓN AL DELITO. NATURALEZA DE LA ACTIVIDAD INTEGRANTE DE ESA FORMA DE *AUTORÍA INTELECTUAL*. La inducción o instigación a la comisión de un delito, forma de autoría intelectual, precisa una actividad desplegada por el autor sobre el instigado, encaminada a determinar a éste a la ejecución de un cierto hecho delictuoso, excluyéndose por tanto la mera proposición, pues el instigar o inducir requiere de una actividad de tipo intelectual que lleve como finalidad el convencer y mover *la voluntad ajena plegándola a la del propio inductor o instigador, para que el autor material lo ejecute en beneficio de aquél*.

Amparo directo 1143/79. Olga Viveros Uribe. 29 de agosto de 1980. Cinco votos. Ponente: Francisco Pavón Vasconcelos. Secretario: Francisco Arroyo Alva.

Nota: En el Informe de 1980, la tesis aparece bajo el rubro "INDUCCION O INSTIGACION AL DELITO. EN QUE CONSISTE LA ACTIVIDAD INTEGRANTE DE ESA FORMA DE AUTORIA INTELECTUAL".

PARTICIPACIÓN DELICTUOSA. Aun en el caso de que efectivamente *los acusados y quejosos no hubiesen materialmente causado los daños, realizado el apoderamiento o inferido las lesiones, tales circunstancias no excluyen su responsabilidad, si todos ellos se pusieron de acuerdo para atacar la cárcel de un lugar y poner en libertad a los reos que ahí estaban prisioneros, pues es lógico que tal designio lleva unidos, como consecuencia necesaria, otros daños, aceptados por ir necesariamente unidos al dolo del agente, y debe concluirse que son responsables por haber participado en la ejecución de ellos*.

Amparo directo 4052/57. Juan López Bernardino y coagraviados. 19 de septiembre de 1958. Unanimidad de cuatro votos. Ponente: Rodolfo Chávez S.

PARTICIPACIÓN DELICTUOSA. En la participación delictiva no se requiere que el *acuerdo* para cometer el delito sea necesariamente anterior al mismo, ni siquiera que sea expreso, pues puede tratarse de un *acuerdo* concomitante al hecho y de naturaleza tácita entre los participantes.

Amparo directo 2804/78. Miguel Navarrete Llanes. 29 de febrero de 1980. Unanimidad de cuatro votos. Ponente: Francisco Pavón Vasconcelos.

PARTICIPACIÓN DELICTUOSA, INEXISTENCIA DE LA. Si bien es verdad que un amplio sector de doctrina admite la posibilidad de la llamada complicidad negativa, no es menos cierto que tal hipótesis de participación delictiva se surte cuando la presencia física del partícipe constituye, por sí misma, un elemento importante para reforzar el *ánimo del autor material*, impidiendo que flaquee su voluntad criminal, etc.; pero en tales casos, debe probarse que quien es partícipe en la obra delictual de otro, quiere el delito no sólo subjetivamente, sino

en su ejecución material, pues la voluntad respecto a la comisión del mismo y la actitud negativa que en el caso se traduce en un auxilio efectivo para el ejecutor, fundamenta la responsabilidad del partícipe y la aplicación de las penas respectivas. Ahora bien, si en autos consta fehacientemente que la inculpada nunca tuvo conocimiento de que el homicidio se iba a cometer, ni existió en ella voluntad respecto a su ejecución, no puede reprochársele su conducta, a título de participante en el delito consumado por su esposo, por la sola circunstancia de haber estado presente y no haber hecho nada para evitarlo, porque su silencio no constituyó un auxilio que facilitara su comisión, y el no denunciar al autor no puede considerarse un auxilio posterior que le implique responsabilidad en el homicidio, por la ausencia de un *acuerdo previo* que diera relevancia a su supuesta conducta homicida.

Amparo directo 512/81. Martha Hermosillo Rangel de Díaz. 14 de julio de 1982. Unanimidad de cuatro votos. Ponente: Francisco Pavón Vasconcelos. Secretario: Francisco Nieto González.

PARTICIPACIÓN DELICTUOSA (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE TAMAULIPAS). Conforme el derecho penal es principio básico aquel que reconoce la irrelevancia penal de las intenciones de los agentes no traducidas en realidades; en otros términos, sólo son relevantes y, por lo tanto, objeto de represión, las intenciones que se materializan, causando daño al objeto de ataque, esto es, la privación de la vida de quien resultó muerto, pero no cuando el designio criminoso no se traduce en una lesión de bienes protegidos por el derecho, como ocurre tratándose de la tentativa o delito perpetrado, ya que entonces existe la posibilidad de establecer una diversa forma de valoración de aquella participación que tiene el agente del delito perseguido o alcanzado; pues no puede concluirse, conforme al derecho penal, que equivalencia causal suponga siempre igualdad valorativa jurídica; desde este punto de vista, cabe decir, *que si el acusado se encontraba en el momento de la acción en sitio diverso de aquel en que se perpetró el delito no puede decirse que la circunstancia de haber manifestado su acuerdo de privar de la vida al ofendido, signifique que sea responsable de los actos que realizaron los autores materiales*, ya que en todo caso, o hubo desistimiento activo en la tentativa por parte del acusado al no participar materialmente en las acciones relativas al atentado contra la víctima, o su comportamiento al no revelar tales hechos, obstaculizando la acción persecutoria de la justicia, queda comprendido dentro de la forma de participación destacada que define el artículo 393 del Código Penal, esto es, de encubrimiento, que es bien sabido tiene como presupuestos a) la realización de un delito anterior; b) auxilio al autor o coautores del delito principal, ocultándolos o callando la conducta desplegada por éstos; tal y como ocurre en el caso debatido, en que el quejoso, como lo hace notar el tribunal de primer grado, no denunció los hechos, bien por que hubiera expresado su anuencia de participar en los actos que culminaron con la muerte del ofendido o porque conociendo la peligrosidad de los autores y temiendo un atentado por parte de éstos en su contra, hubiera callado las circunstancias que eran de su conocimiento³⁹⁴.

Amparo directo 75/55. Por acuerdo de la Primera Sala, de fecha 8 de junio de 1953, no se menciona el nombre del promovente. 2 de diciembre de 1955. Mayoría de tres votos. Ponente: Teófilo Olea y Leyva.

³⁹⁴ En este criterio de *jurispr* se niega la relevancia del acuerdo previo. Se incluyó en este apartado por la mención que se hace del mismo.

PARTICIPACIÓN DELICTUOSA (ROBO Y DAÑO EN PROPIEDAD AJENA). El quejoso *es copartícipe en los delitos de robo y daño en propiedad ajena, aun cuando personalmente no haya ejecutado estas acciones, si tuvo concierto previo con el agente material por lo que se refirió al robo*, y el daño en propiedad ajena resultó una consecuencia del anterior, por lo que su responsabilidad penal está plenamente comprobada en ambos delitos, y por lo mismo la sentencia que los condena a la reparación del daño no viola sus garantías individuales.

Amparo directo 3569/57. Fernando Meraz Hernández. 27 de febrero de 1958. Unanimidad de cuatro votos. Ponente: Genaro Ruiz de Chávez.

PARTICIPACIÓN DELICTIVA, ESTRUCTURA DE LA. Para que surja la figura de la participación, que tiene el carácter de accesoria respecto de la autoría, es necesario que el sujeto, en lo externo, ejecute actos casualmente [*sic; ¿causalmente?*] eficaces de colaboración con el hecho delictuoso consumado o tentado del autor (accesoriedad cuantitativa de la participación), es decir, es menester que se aporte la correspondiente cuota de cooperación en el hecho ajeno; y, en lo interno o anímico, debe concurrir el *ánimus socii, que no es otra cosa que la conciencia y voluntad o propósito de ayudar, colaborar o favorecer la infracción dañosa o conducta típica y antijurídica del sujeto activo principal* (accesoriedad cualitativa de la participación).

Amparo directo 10364/84. James William Scott. 14 de junio de 1985. 5 votos. Ponente: Francisco Pavón Vasconcelos. Secretario: Tomás Hernández Franco.

PARTICIPACIÓN DELICTUOSA. Se tiene el carácter de copartícipe de la acción antijurídica, si se intervino en la concepción y ejecución del delito, lo cual implica *que se sometió la voluntad al dolo que matiza los actos del coacusado*.

Amparo penal directo 3703/47. Por acuerdo de la Primera Sala, de fecha 8 de junio de 1953, no se menciona el nombre del promovente. 3 de diciembre de 1953. Unanimidad de cuatro votos. Ponente: Teófilo Olea y Leyva.

RESPONSABILIDAD CORRESPECTIVA Y CALIFICATIVAS. La responsabilidad correspectiva se funda en la imposibilidad de establecer la relación causal entre el resultado y el presunto responsable, en tanto que las calificativas, por su naturaleza, suponen esa relación de causalidad. Para demostrar esto basta decir que *si dos personas se ponen de acuerdo para privar de la vida a un tercero*, adoptando tácticas que descarten todo peligro para ellos y aseguren el éxito, en esa decisión *se encuentra el mejor fundamento de la coautoría o coparticipación* en los resultados que ambos quisieron, y faltaría todo motivo para adoptar la atenuación en donde precisamente hay mayor peligrosidad.

Sexta Epoca:

Amparo directo 89/55. Rafael Ramírez Palma. 23 de enero de 1958. Mayoría de cuatro votos.

Amparo directo 7083/59. José López Cameros. 26 de octubre de 1960. Unanimidad de cuatro votos.

Amparo directo 8152/59. Enrique Chavarría Rodríguez. 26 de octubre de 1960. Unanimidad de cuatro votos.

Amparo directo 8154/59. Margarito Gómez Rodríguez. 26 de octubre de 1960. Unanimidad de cuatro votos.

Amparo directo 8156/59. Jesús Vicente Guillén. 26 de octubre de 1960. Unanimidad de cuatro votos.

RESPONSABILIDAD CORRESPECTIVA, RESPECTO DEL DELITO DE HOMICIDIO. Como no se puede concluir quién o quiénes de los participantes en el delito ocasionaron al ofendido la lesión que produjo el resultado letal, *ni que entre ellos existiera un acuerdo previo para privarlo de la vida* y al actualizarse la hipótesis normativa prevista en el artículo 13, fracción VIII, del Código Penal Federal, numeral que contiene la figura de responsabilidad correspectiva, debe concederse el amparo para el efecto de que la responsable deje insubsistente la sentencia que constituye el acto reclamado y en su lugar, dicte otra en la que parta de la consideración de que se actualiza la responsabilidad correspectiva e

imponga la sanción correspondiente conforme a lo dispuesto por el artículo 64 bis del Código Penal Federal, reindividualizando la sanción impuesta.

SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIAS PENAL Y ADMINISTRATIVA DEL SEGUNDO CIRCUITO.

Amparo directo 770/95. Antonio Mendoza Hernández. 18 de enero de 1996. Unanimidad de votos. Ponente: José Angel Mandujano Gordillo. Secretaria: Sara Olimpia Reyes García.

ROBO CALIFICADO, PARTICIPACIÓN NO CONFIGURADA EN EL DELITO DE. El hecho de que la promovente del amparo tuviera conocimiento de que los coprocesados tenían la intención de cometer el robo por el que se les siguió proceso y que ésta no lo evitara por los medios a su alcance, no constituye la prueba plena necesaria de la voluntad común de cometer el delito propuesto, *por no justificarse que existiera acuerdo previo con los activos del mismo*, por tanto, la conducta pasiva desplegada por la quejosa, no fue determinante en el resultado ni concurrente con la de los coacusados por no tener actividad concreta en la ejecución del robo que es un delito de acción y, en todo caso, su conducta omisiva pudiera ser constitutiva de diverso ilícito, pero no del robo calificado por el que fue sentenciada.

TERCER TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA PENAL DEL PRIMER CIRCUITO.

Amparo directo 1960/90. Blanca Liliانا Serrano Santelices. 27 de febrero de 1991. Unanimidad de votos. Ponente: Guillermo Velasco Félix. Secretario: Tereso Ramos Hernández.

ROBO, DELITO DE. EL SOLO CONOCIMIENTO DE LA ILEGÍTIMA PROCEDENCIA DEL OBJETO DEL MISMO POR PARTE DE QUIEN LO ADQUIERE NO LO HACE PARTÍCIPE EN SU COMISIÓN. Si de los medios de prueba relacionados en el auto de formal prisión reclamado no se desprenden datos de que en el caso *existió un acuerdo previo* entre el peticionario del amparo y los coinculcados en el sentido de que aquél compraría a estos los objetos sustraídos, sino que su conducta se limitó a comprarlos a sabiendas de que eran robados, es violatorio de las garantías individuales del quejoso ese auto al considerarlo probable responsable en la comisión del delito de robo.

PRIMER TRIBUNAL COLEGIADO DEL SÉPTIMO CIRCUITO.

Amparo en revisión 205/89. Jesús Sergio Hernández Miranda. 30 de agosto de 1989. Unanimidad de votos. Ponente: Antonio Uribe García. Secretaria: Josefina del Carmen Mora Dorantes.

ROBO. PARTICIPACIÓN DELICTUOSA. Si previamente a la consumación del delito *hubo concierto entre los agentes copartícpes*, en cuanto decidieron cometer el robo apoderándose de bienes muebles ajenos, la circunstancia de que fuera uno u otro de los acusados quien penetró materialmente al domicilio del ofendido, es irrelevante para los fines de la tutela penal, ya que la acción desplegada constituye una sola unidad, en que la conducta desplegada por uno y otro era eficiente para llevar a término su designio criminoso.

Amparo directo 6100/48. Luis Torres Valencia y coagraviado. 5 de marzo de 1958. Unanimidad de cuatro votos. Ponente: Rodolfo Chávez S.

SALUD, DELITO CONTRA LA. SIEMBRA DE MARIHUANA. PARTICIPACIÓN NO CONFIGURADA. Para que exista participación en el delito contra la salud en la modalidad de siembra de marihuana, es menester que la conducta del agente esté vinculada con la concepción, preparación o ejecución del ilícito, o bien constituye auxilio o cooperación de cualquier especie, *por concierto previo*, en la comisión del hecho. Así, si la conducta del inculcado se limitó a trasladar a varios trabajadores, del campo donde cultivaban marihuana, a un lugar

cercano, dicho comportamiento es insuficiente para convertirlo en partícipe en la siembra realizada por aquéllos³⁹⁵.

Amparo directo 6659/86. Octavio Meraz Gutiérrez. 28 de enero de 1987. Cinco votos. Ponente: Fernando Castellanos Tena. Secretaria: Martha Arcelia Hernández Rodríguez.

SALUD, DELITO CONTRA LA, EN SU MODALIDAD DE POSESIÓN. PARTICIPACIÓN DELICTUOSA. Estando acreditado en autos que el amparista fue contratado como chofer para transportar marihuana de esta ciudad a otro estado, y que al momento de la detención en esta localidad, los sentenciados ya tenían en su poder la marihuana, debe estimarse que el peticionario de garantías tenía una posesión precaria transitoria del estupefaciente, en virtud de que sabía de la existencia del vegetal denominado cannabis indica, que vinieron a recoger. Así es, en los términos de la fracción I, del artículo 13 del Código Penal Federal, no se castiga exclusivamente al autor material, sino también a los que intervienen en la preparación o ejecución del delito, sin que sea indispensable que el agente activo del ilícito lleve precisamente consigo la droga; además, la simple posesión del estupefaciente basta a la ley penal para que se configure el delito contra la salud en esta modalidad y la presunta responsabilidad del sujeto activo en su comisión, independientemente de que éste sea o no propietario de la droga; ya que en rigor técnico, *cualquier grado de participación se constituye sobre la base de un acuerdo previo entre los sujetos que participan en el delito para llevar a cabo su ejecución y consumación, estableciéndose entre ellos no sólo una relación material, sino psíquica, que es, precisamente, la que funda la aplicación de las penas.*

TERCER TRIBUNAL COLEGIADO DEL CUARTO CIRCUITO.

Amparo en revisión 11/90. Agente del Ministerio Público Federal Auxiliar en Materia de Amparo adscrito a los Juzgados Primero y Segundo de Distrito en el Estado. 12 de septiembre de 1990. Unanimidad de votos. Ponente: Juan Miguel García Salazar. Secretario: Angel Torres Zamarrón.

3.2.2.4.3. Doctrina jurídico penal. De los autores que se analizaron se encontró que cuando se refieren a las *teorías subjetivas* sólo lo hacen en relación con la llamada <<*teoría subjetiva extrema*>> con lo que se genera la idea de que éstas no significaron mayor influencia y que pertenecen al pasado histórico, lo cual no es del todo cierto por la existencia de la llamada <<*teoría subjetiva restringida*>>, y por la influencia que la *teoría del acuerdo previo* ejerció y, creemos sigue ejerciendo, en las decisiones de los tribunales mexicanos.

De entre los autores que las mencionan, se encuentran: *Moisés MORENO HERNÁNDEZ* (pp. 284 y 285): (...) Ante el fracaso de este criterio [*se refiere a la teoría material objetiva*], surge otro, ahora puramente *subjetivo*, para encontrar dicha distinción, y que, al explicar sin contradicciones el problema de la autoría mediata, tuvo gran aceptación en la

³⁹⁵ En este criterio, *el acuerdo previo* no significa autoría al diferenciarse al autor y al instigador. Esto refleja la confusión de las orientaciones teóricas y su uso sin la mínima preocupación por la naturaleza jurídica de ellas.

jurisprudencia alemana. Esta nueva concepción parte de la teoría causal de la condición, y, en base a ella, niega toda distinción objetiva entre la actividad del autor y la del cómplice; que la distinción ha de hallarse en el terreno subjetivo, en la actitud interna de los intervinientes. Según ella, autor es el que actúa con *animus auctoris*. [*sic*; ¿*auctoris*?] y quiere el hecho como propio, y partícipe el que actúa con *animus socii* y quiere el hecho como de otro; pero para saber cuando se quiere el hecho como propio, se hecha mano de un correctivo, el criterio del *interés*, de donde el autor es el que tiene interés en el hecho y partícipe el que no lo tiene. Por las consecuencias a que conduce la aplicación de este criterio, resulta insostenible. *Carlos A. MADRAZO* (p. 237): (...) Surge así un criterio puramente *subjetivo*, que busca la distinción en la actitud interna de los intervinientes, estableciendo que autor es el que actúa con *animus auctoris socii* [*sic*; ¿*socii*?] y quiere el hecho como de otro; criterio que también encontró objeciones³⁹⁶. *Octavio Alberto ORELLANA WIARCO*: (pp. 380 y 381): *b*) Las *teorías subjetivas* toman en cuenta la postura de la sistemática causalista normativista, y tratan de encontrar en criterios subjetivos la solución. Esta teoría se apoya en la teoría de la equivalencia de las condiciones, en el llamado "correctivo de culpabilidad"; así será *autor* el que obre con "voluntad de *autor*" (*animus auctoris*) y será partícipe el que actúe con ánimo de *socio* (*animus socii*) [*sic*; ¿*socii*?]. El *autor* es aquel que obra con esa voluntad, el que persigue sus propios intereses; el partícipe colabora con aquél, pero no pretende satisfacer su interés. Esta teoría también ha sido criticada e inclusive un famoso caso resuelto por tribunales alemanes conocido como el de "la bañera" se consideró aberrante aplicar el *criterio subjetivo*; en efecto, una mujer al dar a luz un hijo ilegítimo, agotada por el alumbramiento pide a su hermana que ahogue al recién nacido y evitar la cólera paterna; así lo hace; a la madre se le sentencia como *autora* y la hermana sólo como *cómplice*, solución que no parece ser la correcta, pues la hermana en realidad resulta *autora material*. *Gustavo MALO CAMACHO* (p. 489): 2. *Teoría subjetiva del autor*. Ante la dificultad que plantea la teoría objetiva del autor fue necesario acudir a la orientación marcada por la teoría subjetiva del autor, como punto de diferenciación. Se consideró, así, que la distinción entre autor y partícipe depende exclusivamente de la actitud personal frente al hecho. Si el sujeto quiere el hecho como autor, es decir como hecho propio, debe ser considerado autor, cualquiera que sea la especie y la extensión de su aportación. Por el contrario, "si quiere el hecho como hecho ajeno", debe ser tratado como partícipe. Las consecuencias de la nueva interpretación se hicieron pronto evidentes, frente al exceso en que se podía incurrir. La vaguedad de la posición subjetiva genera un concepto extensivo de autor, toda vez que no reconoce la fundamental función garantizadora de la ley penal y permite una interpretación que prescindiendo del tipo legal, lleva la "teoría del autor fuera del tipo" o "tipo de autor", hoy afortunadamente rechazada. *Raúl PLASCENCIA VILLANUEVA* (p. 212): En virtud de la manifiesta imposibilidad de distinguir desde el aspecto objetivo entre el autor y el partícipe, la concepción extensiva busca plantear la diferencia desde el aspecto subjetivo, por lo que el concepto extensivo de autor se une a la teoría subjetiva de la participación. Acorde con esta idea, constituye autor el que realiza una aportación causal al hecho, cualquiera que sea su contenido, siempre y cuando medie una voluntad de autor, en tanto, el partícipe es el que al realizar el hecho sólo posee voluntad de partícipe. El autor realiza el hecho como propio con *animus auctori*, en tanto el partícipe lo realiza como "ajeno", es decir actúa con *animus socii*. *José ARTURO GONZÁLEZ QUINTANILLA* (p. 473) [*con cita de Gimbernat Ordeig, señala*]: "El fundamento de la teoría subjetiva es muy sencillo. Se parte de la teoría causal de la condición y, en base a ella, se niega toda distinción objetiva entre la actividad del autor y la del cómplice; ambos no hacen más que colocar una condición del resultado, y una condición no es posible distinguirla de otra condición. El razonamiento a que entonces se acude es éste: la ley positiva distingue entre autor y cómplice; las actividades de autor y cómplice no se distinguen objetivamente; luego la distinción –impuesta por la ley– ha de hallarse en el terreno subjetivo". Ambas cooperaciones (la del autor y la del cómplice) causan, pues, igualmente el resultado "total". *Alicia Beatriz AZZOLINI BRINCAZ* (pp. 133 y 134): Las teorías más representativas del concepto extensivo, aunque no las únicas, son las subjetivas. Parten del supuesto de que los datos objetivos no permiten distinguir entre autor y partícipe, pero, como la ley positiva sí lo hace, recurren a aspectos subjetivos para establecer la diferencia. Se afirma que la distinción sólo puede fundarse en que existe una diferencia absoluta entre la voluntad del autor y la del cómplice. Esto se expresa en el conocido lema de que el autor actúa como *animus auctoris* mientras que el cómplice lo hace con *animus socii*. Existen tres modalidades del concepto subjetivo: la teoría del dolo, la del interés y la del acuerdo previo. La primera, la del dolo, sostiene que la voluntad del autor es independiente mientras que el cómplice, en cambio, somete su voluntad a la del autor; la teoría del interés dice que el autor es quien tiene interés propio en el hecho y, por último, la del acuerdo previo afirma que cuando varios sujetos intervienen en la comisión de un hecho de común acuerdo, es decir habiéndolo concertado con anterioridad, todos ellos deben considerarse como autores. La postura subjetiva ha sido tradicionalmente rechazada por la doctrina y aceptada, en cambio, por la jurisprudencia. En efecto, la aplicación por la jurisprudencia alemana de la teoría del interés dio lugar a casos famosos y severamente criticados por los dogmáticos como el de *la bañera* –en el que se consideró cómplice a la hermana de la madre ilegítima que, en interés de esta última, ahogó al recién nacido en una bañera–. A su vez, en España, el Tribunal Supremo ha

³⁹⁶ Pareciera que el texto en la edición está incompleto.

recurrido en reiteradas ocasiones a la teoría del acuerdo previo³⁹⁷. Es evidente que la doctrina subjetiva es insostenible; la sola actitud subjetiva no puede reemplazar la ejecución de la conducta. Considerar a la hermana que ahogó al recién nacido como cómplice porque no tenía un interés personal en esa muerte, es una aberración, porque no se corresponde ni con la regulación legal ni con la realidad fáctica. Con ello se demuestra que esta teoría no sirve para resolver adecuadamente los casos, por lo que debe desecharse. *Carlos Juan Manuel DAZA GÓMEZ* (1998, pp. 358 y 359) [*con cita de Enrique Bacigalupo Zapater, se dice:*] "La Teoría Subjetiva parte de una concepción del aspecto objetivo del hecho en la que no caben diferenciaciones en ese plano para esta teoría; en consecuencia, autor es el que hace un aporte al hecho queriéndolo como suyo (con *animus auctoris*) y cómplice el que quiere el hecho como ajeno (obra con *animus socii*)". Esta posición atiende sólo a la intención del sujeto, a su ánimo; ha tenido dos formulaciones, la del ánimo de actuar, es decir, actuar en interés propio, autor, o bien en interés ajeno, partícipe; (2002, pp. 24 y 25): *TEORÍAS SUBJETIVAS*. Junto con el concepto unitario de autor, que no sabe distinguir entre autor y partícipe, las teorías subjetivas se han formulado bajo el mismo principio en atención al cual son causas equivalentes todas las aportaciones de cuantas personas concurren en un mismo hecho. No obstante, la diferencia entre el concepto unitario de autor y las teorías subjetivas de la autoría estriba en que éstas últimas hacen depender el título de imputación personal (de autoría o de participación) según cuál haya sido el propósito de cada persona concurrente. De modo que si determinada persona contribuyó a la realización del hecho con el ánimo de autor (o de partícipe) de ello dependerá su imputación personal a título de autor, o de partícipe, según el caso. *TEORÍA DEL DOLO*. Esta teoría hace depender de los intervinientes las calidades de autoría y participación. En otras palabras, dependerá del dolo del sujeto actuante para decidir si estamos en presencia de un autor o de un partícipe. Desde luego, una teoría subjetiva como la que se expone no puede ser aplicada en la práctica, porque a decir verdad, muy poco nos debe interesar si una persona quería ser autor de un delito, o simplemente tenía el propósito de cooperar al mismo –realizando gran parte de los hechos delictivos–, y, en atención a ese mero dicho, atribuirle responsabilidad como autor o partícipe. La responsabilidad penal no puede estar sujeta a la libre interpretación del interviniente. *TEORÍA DEL INTERÉS*. Esta teoría sostiene que es autor quien tiene un *interés propio* en que el hecho delictivo se produzca, mientras que es partícipe aquel sujeto que interviene en los hechos delictivos sin un interés propio, es decir, a favor de un *interés ajeno*. La teoría del interés, igual que la del dolo, son subjetivas, que no pueden ser aceptadas, porque al depender de lo subjetivo no son demostrables en un proceso penal. *Rodolfo MONARQUE UREÑA* (p. 132): A) Teoría subjetiva del autor. De acuerdo con esta corriente, el carácter de autor reside en el *animus auctoris*, es decir, de que el sujeto que interviene en la comisión de un delito, siente que tiene el control de la situación, o si se considera, asimismo, un simple cooperador secundario. Este criterio, es criticable, por el desmedido acento que pone en la actitud intelectual, y la total desatención que tiene respecto del disvalor de la conducta; por ejemplo: el individuo que se limita a arrendar un departamento que servirá de guarida para los asaltantes de un banco, podrá considerársele autor, si el sujeto en cuestión piensa que está realizando una actividad de orden preponderante en la realización del asalto³⁹⁸. *José Moisés VERGARA TEJADA* (pp. 429 y 430): *Teoría subjetiva*. Bajo esta teoría, que también se ha denominado "teoría causalista" o "teoría de la equivalencia de las condiciones", lo que da legitimidad para imponer penas a los autores o partícipes de un hecho delictuoso cuando en él han intervenido dos o más personas, no es "el aporte al hecho delictuoso mismo" de cada uno de ellos, esto es, no se considera de valor preponderante y especial la aportación *objetiva* de cada uno de los que produjeron el resultado típico, sino lo que importa aquí es *la dirección subjetiva* de cada uno de los sujetos. Bajo esta premisa, será autor únicamente quien *actúa con voluntad de actor [sic; ¿autor?]*, sin tomar en cuenta valorativamente su aporte material al resultado típico. Hay que tener en cuenta que todo sujeto, para que sea considerado como *autor* de un hecho típico, necesita tener una *voluntad para delinquir*, lo cual necesariamente nos transporta al *dolo*, según hemos dicho en esta obra. Pues bien, bajo la teoría subjetiva se requiere que todo aquel que quiera aparecer en la comedia del crimen en calidad de autor, necesariamente tiene que tener voluntad para realizar el hecho típico, desde luego, conservando las otras características de todo autor, como son: su capacidad para delinquir o falta de inimputabilidad, la posibilidad de conseguir el resultado típico, etc., como si él sólo pudiera cometer, pues, íntegramente el tipo penal. Bajo esta teoría, entonces, lo importante es que el sujeto *quiera y se determine por el delito*, aun cuando materialmente no lo ejecute él, sino que puede valerse de otro, o puede auxiliar a otro a cometerlo, quedando así en ulterior término el "monto" de su aportación al hecho típico. Esta corriente de pensamiento produce dos principales resultados: el primero, que solamente bajo el dolo podría haber concurso de delincuentes, pues el requisito de *querer y determinarse* por el delito sin que tenga valor preponderante la aportación al hecho delictuoso de parte del sujeto, excluye el concurso o al coautor en el hecho típico culposo, pues es demasiado claro que en los delitos culposos no existe voluntad para delinquir; y el segundo resultado, estriba en que bajo esta teoría, prácticamente no habría "partícipes" del delito, o sea, aquellos sujetos que pueden actuar como "cómplices" y

³⁹⁷ No sólo en España. También en México como se demostró en el apartado anterior. Lo que sucede es que esta situación se desconoce porque las investigaciones sólo se hacen con la *doc jur pen*.

³⁹⁸ El ejemplo se refiere al robo de un banco, pero se habla de <<asalto>> inapropiadamente.

cuya aportación al hecho delictuoso no es relevante y, además, muchas veces lo hacen sin dolo, por lo que sólo habría autores (los que actúan con dolo) o personas que quedan sin pena (impunes) por no haber actuado con dolo en el hecho delictuoso. Y aún más, esta teoría califica como "cómplice", a aquel que aún cuando halla [*sic; ¿haya?*] ejecutado personal y directamente el hecho delictuoso, no lo halla [*sic; ¿haya?*] realizado con *interés propio*, sino por encargo de otro que sí tenía interés, por lo que en este caso el autor es el mandante, cuenta habida que en esta relación es el único que verdaderamente tenía la voluntad de que se cometiera el delito. Roberto REYNOSO DÁVILA (p. 324): Son autores todos los que intervienen *animus auctoris*, y cómplices, aquellos cuya intervención se hace *animus socii*. Hay ánimo de autor cuando el individuo quiere el hecho como propio; ánimo de socio, cuando entiende cooperar en el hecho ajeno, o, en otras palabras, cuando interviene bajo condición. Miguel Angel MANCERA ESPINOSA (2000, p. 214): 3.3. *Teoría subjetiva de la participación*. Partiendo de la base de que todas las teorías marcan el fundamento para encontrar el soporte de la autoría y la participación en clave objetiva, es decir en el aporte causal, entonces, se pensó que la única forma de encontrar una distinción correcta sería con la utilización de un criterio subjetivo, y por ello se acude a distinguir al sujeto que actúa con **voluntad de autor** y al que lo hace con **voluntad de partícipe**, es decir advertir la voluntad de participar en el hecho propio o bien la participar [*sic; ¿la de participar?*] en el hecho ajeno (*animus auctoris, animus socii*). Se complementa con la teoría del interés, es decir **actuar en interés propio** o bien en **interés ajeno**. Esta teoría presenta una serie de problemas como son los conocidos casos citados por diversos autores, como el caso de la Bañera y el caso Staschynskij. Luis Felipe GUERRERO AGRIPINO (pp. 194-198): 4.3. TEORÍAS SUBJETIVAS. En un sentido opuesto a las teorías objetivas, donde predominan los aspectos externos para delimitar el rango de la autoría, se encuentran las teorías subjetivas. En ellas, se enfatiza el carácter interno del partícipe, involucrándose en el ámbito intrapsíquico. Todas estas teorías, asumen como punto de partida la adopción de la teoría de la equivalencia de las condiciones para determinar la causalidad, pues es en el plano subjetivo donde ubican la solución para determinar la autoría. En el siglo XIX, fue importante la influencia del pensamiento filosófico-jurídico de Hegel y las aportaciones de autores como Schirach, Stübel [*sic; ¿Stübel?*] y Henke, para que la tendencia doctrinaria se inclinara hacia el aspecto subjetivo de las formas de intervención del delito. En España, se le ha vinculado a Luzón como el principal defensor de esta corriente. Las teorías subjetivas, podemos ubicarlas, según el énfasis que particularmente hagan del aspecto interno del sujeto, en: la teoría del dolo y la teoría del interés. A) *Teoría del dolo*. La característica principal de esta teoría radica en la dirección e intensidad de la voluntad. El autor, la tiene de manera autónoma. Es decir, autor es el que posee el *animus auctoris*. El partícipe, posee una voluntad subordinada a la del autor en tanto que él tiene con respecto a la realización de sus actos un *animus socii*. Uno de los representantes de esta teoría es Bockelmann. Además de la dificultad que representa para un observador imparcial determinar la intensidad de la voluntad, esta postura nos puede conducir a absurdas consecuencias. Puede darse el caso de que dos sujetos realicen el hecho externo de manera ejecutiva con actos de propia mano; pero en el ámbito interior, de manera recíprocamente subordinada, confían al otro la definitiva ejecución, siendo que al final de cuentas el resultado se produjo por la intervención cuantitativa y cualitativa idéntica de ambos. Siguiendo la teoría subjetiva del dolo, habría entonces dos cómplices y ningún autor. Ahora bien, cualquier otro criterio de diferenciación al que acudiéramos para delimitar la autoría, nos llevaría definitivamente a criterios objetivos y por ende, de cualquier forma queda demostrada la inutilidad de esta postura. B) *Teoría del interés*. Bajo esta teoría, la distinción entre autor y partícipe, se encuentra en el interés con el que se actúa. El autor actúa en interés propio de que se consume el acto, en tanto que considera el hecho como suyo. En cambio, el partícipe lo hace con base en el interés ajeno (del autor). De esta manera, el comportamiento del autor se hace más reprochable, por querer el hecho en utilidad para él, independiente de la trascendencia de sus actos en la concreción del hecho típico. Esta teoría tuvo cierta aceptación. Pero fueron dos casos reales los que históricamente han propiciado que la doctrina la cuestione severamente, debido a las consecuencias a las que puede conducir su aplicación. Uno de esos casos fue el de una mujer que, por petición de su hermana, ahogó en la bañera al hijo extramatrimonial de ésta. El Tribunal Alemán, no sancionó por asesinato a la mujer que privó de la vida al niño, en virtud de que, atendiendo a la antigua redacción del artículo 221 StGB, no se comprobó si la mujer realizó la acción de homicidio "queriéndola como propia", o si sólo quiso colaborar en el hecho de su hermana. El otro caso es el del agente soviético Statschinsky [*sic; ¿Statschinskij o Staschinsky?*]. En cumplimiento de una orden superior, mató a dos políticos exiliados en el territorio de Alemania Federal. Sólo fue considerado cómplice de los hechos cometidos por quienes le dieron la orden. La fórmula del interés, no tiene mayores alcances que la teoría del dolo. Su planteamiento incide también en la subordinación de la voluntad, con matices formales. Por ello, también le son aplicables las mismas críticas. En términos de Dham, esta orientación se traduce en una "teoría de la salvación del facineroso". Por otra parte, el subjetivismo radical –además de las dificultades probatorias que entraña–, asume como punto de partida distinciones psicológicas prácticamente irrealizables. Además, en el ámbito de la imposición de la pena, se traduce en un desmedido castigo de la voluntad del sujeto. Otro inconveniente que debe resaltarse se halla en el ámbito procesal, en virtud de las dificultades que implica orientar las reglas de valoración de la prueba a la esfera exclusivamente subjetiva. Representa para el juzgador un verdadero estado de incertidumbre. Se corre el riesgo de sacrificar demasiado la seguridad jurídica y la justicia material. 4.4. TEORÍA DEL

ACUERDO PREVIO. En el contexto de las teorías que se sustentan en aspectos subjetivos, destaca la teoría del acuerdo previo, elaborada a partir de la interpretación del artículo 14 del CPE anterior. Bajo esta postura, para determinar la calidad de autor, basta el dato eminentemente subjetivo de una previa resolución conjunta de ejecutar el hecho entre varios, independientemente de los actos materialmente efectuados. No obstante que esta postura en un tiempo tuvo cierta aceptación, fue duramente criticada por un amplio sector de la doctrina española, destacando los planteamientos refutadores de Gimbernat. Este autor puntualiza que de esa doctrina hay que rescatar dos principios: que cuando existe acuerdo previo se tiene la calidad de autor directo; y cuando no existe acuerdo previo no se es autor directo. Pero enseguida aclara que ninguno de estos dos principio [*sic*; ¿principios?] es correcto. En cuanto al primero de ellos, plantea que se debe oponer el supuesto de que aunque exista acuerdo previo se puede ser cómplice. En cuanto al segundo principio, establece que aunque no exista acuerdo previo, desde luego que se puede ser autor directo, pues hay ocasiones en los que el acuerdo es de momento. Resulta irrelevante que A y B maten a X después de haber acordado con anterioridad la comisión del delito o que, surgiendo la situación delictiva, espontáneamente se pongan de acuerdo de modo tácito o expreso. Ante este tipo de resultados a los que se podía llegar con esta teoría, plantea que “Prescindir de enjuiciar conductas tal como realmente han tenido lugar, es infringir el principio de la tipicidad y destrozar la garantía que dicho principio ofrece al ciudadano”. Coincidimos con Gimbernat, pues esta postura se traduce en una eminente transgresión al principio de legalidad. Se sustenta sólo en vínculos subjetivos de los partícipes, sin tomar en consideración aspectos de ninguna otra índole que delimiten la trascendencia objetiva del hecho sacrificando considerablemente la seguridad jurídica³⁹⁹. Mario Alberto GONZÁLEZ LLANES (p. 189): *Las Teorías subjetivas*, no desaprovechan lo que es aprovechable de las teorías subjetivas, sobre todo de la teoría de la causalidad y sobre todo de la teoría de la equivalencia de las condiciones, porque esta teoría permite determinar quiénes tuvieron intervención en la realización de un hecho, quiénes de alguna o de otra manera, aportaron algo para la producción de un hecho. De acuerdo con este criterio no se puede saber quién o quiénes son autores, quién o quiénes son partícipes, solamente se sabe que todos tuvieron intervención en la producción de ese hecho penalmente relevante, por lo tanto la delimitación entre el autor y partícipe, solamente lo podemos hacer a partir de la consideración de aspectos subjetivos y un criterio de carácter subjetivo es el que se como la *teoría del animus* o del ánimo, que es el que plantea con qué ánimo actuó cada uno de los intervinientes y de todo esto se dice que: “autor de un delito es aquel que en el caso concreto, actúa con el animus auctoris [*sic*; ¿auctoris?], y quiere el hecho como suyo” en cambio partícipe, es “aquel que actúa con el animus socii [*sic*; ¿socii?], ánimo de socio y quiere el hecho como de otro”. Surge asimismo la *teoría del interés*, que no implica una variación esencial; de acuerdo con esta teoría “autor de un delito es el que tiene interés en la producción del resultado y partícipe, quien no obstante intervenir de alguna o de otra manera en la realización del hecho no tiene el interés”.

3.2.3. Teoría del dominio del hecho. En la *doc jur pen* para algunos autores es una más de las teorías material – objetivas⁴⁰⁰, en tanto que para otros es una

³⁹⁹ Lo cuestionable de esta explicación de la *teoría del acuerdo previo* es que **no** se le relaciona con las decisiones de los tribunales mexicanos, creando la idea de que es una teoría extranjera sin interés para México.

⁴⁰⁰ Enrique GIMBERNAT ORDEIG, *Autor y cómplice...*, pp. 125-127: Pero la doctrina del dominio del hecho no es una subjetiva. Ni siquiera una objetivo–subjetiva como la califican muchos de sus partidarios, sin duda para dar a entender que se halla más allá de la tradicional disputa entre teorías objetivas y subjetivas, para dar a entender que es una superación de las tesis tradicionales. La doctrina del dominio del hecho es una totalmente *objetiva*–por lo menos, en el sentido que se da tradicionalmente a esta expresión dentro de las teorías de la participación–. El que tiene el dominio del hecho ya puede actuar con la voluntad que le dé (*sic*) la gana: el dominio del hecho lo seguirá teniendo. (...) Ciertamente, pues, que sin dolo no existe dominio del hecho. Pero querer llamar por esto a esta doctrina una objetivo–subjetiva sería olvidar lo que tradicionalmente quiere decir <<subjetivo>> dentro del marco de la teoría de la participación. Quiere decir que el sujeto que se da cuenta de lo que objetivamente sucede puede ser autor o cómplice según que sea una u otra la disposición de su ánimo. Y con esta concepción la doctrina del dominio del hecho no tiene nada que ver. Calificarla de objetivo–subjetiva, por tanto, sólo puede dar lugar a equívocos. Enrique BACIGALUPO, *Principios...*, p. 360: En la doctrina moderna, sin embargo, la teoría material – objetiva más significativa es la *teoría del dominio del hecho*. [*En México:*] Carlos Juan Manuel DAZA GÓMEZ, <<Autoría y participación>>, p. 26: *TEORÍA OBJETIVO-MATERIAL*. La teoría objetivo-material que más sobresale es la del dominio del hecho. Ésta alcanza aplicaciones válidas incluso frente a la cuestión de determinar los casos de autoría y participación en los

teoría mixta porque combina aspectos subjetivos y objetivos⁴⁰¹. Para nosotros esta opinión es la mejor, porque, si bien es cierto en todas las teorías anteriores existían factores subjetivos desde el momento en el que son personas quienes realizaban la acción, también es cierto que con ella al tomarse en consideración con la misma importancia los aspectos subjetivo y objetivo, permite superar las deficiencias de las teorías que sólo ponían el acento en uno o en otro aspecto. Sin duda, su planteamiento es un reconocimiento de que el ser humano es una suma de subjetividad y objetividad⁴⁰², que es la idea central del concepto final de acción el cual sirvió de base para su elaboración⁴⁰³.

delitos cometidos por personas jurídico-colectivas, lo cual quiere decir que al tratar de especificar quién es autor y quién es partícipe, en los casos en que concurren personas físicas, la teoría del dominio del hecho es sobradamente minuciosa.

⁴⁰¹ Así Hans-Heinrich JESCHECK/Thomas WEIGEND, *Tratado...*, p. 701: 1. De acuerdo con lo visto ni una teoría puramente objetiva ni, tampoco, una teoría puramente subjetiva pueden fundamentar de modo convincente la esencia de la autoría y, al mismo tiempo, delimitar recíprocamente la autoría y la participación de un modo acertado. Debe buscarse, más bien, una síntesis de ambas doctrinas en la que cada una describa correctamente un aspecto del problema porque su empleo aislado hace perder el sentido del conjunto. Éste es el objetivo de la **teoría del dominio del hecho** que, fundada por *Lobe* y promovida esencialmente por *Roxin*, ha conseguido actualmente en la ciencia una posición destacada. El punto de partida para la solución del problema es el concepto restrictivo de autor con su conexión al tipo legal. De este modo, la autoría no se fundamenta por medio de cualquier co-causación del resultado típico sino sólo, básicamente, a través de la realización de la acción típica. Esta, sin embargo, ni es entendida sólo como una actuación que expresa una actitud determinada ni como un puro suceso externo; su comprensión se basa en una *unidad de sentido objetivo – subjetiva*. Con ello el hecho aparece como la obra de una voluntad directora del acontecimiento. Pero para la autoría no es sólo decisiva la voluntad directiva sino también la importancia material de la intervención en el hecho que cada codelincuente asume. En consecuencia, sólo puede ser autor quien, de acuerdo con el significado de su aportación objetiva, gobierna el curso del hecho. Carolina BOLEA BARDON, *Autoría mediata...*, p. 63: A diferencia de las antiguas teoría objetivo – materiales, la teoría del dominio del hecho se presenta por la doctrina dominante en Alemania como una teoría objetivo – subjetiva. La versión actualmente más extendida de la teoría del dominio del hecho parte de que la distinción entre autoría y participación sólo se puede conseguir con ayuda de criterios objetivos y subjetivos.

⁴⁰² Mario SALAZAR MARÍN, <<Autoría y...>>, p. 23: (...) 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 entre los extremos objetivos y subjetivos, porque las conductas del hombre son precisamente objetivo-subjetivas.

⁴⁰³ Carolina BOLEA BARDON, *Autoría mediata...*, p. 63: (...) El concepto de autor de WELZEL deriva claramente de su teoría de la acción final. En los delitos dolosos, afirma que autor es quien domina *finalmente* el hecho, quien dirige el curso causal de forma consciente hacia una meta, mientras que en los delitos imprudentes niega la posibilidad de distinguir entre autoría y participación, puesto que cualquier clase de acción descuidada que contribuye causalmente a producir el resultado. Mario SALAZAR MARÍN, <<Autoría...>>, p. 26: Se dice que esta teoría está directamente vinculada a la teoría final de la acción, lo que indudablemente es cierto porque fue ensayada por WELZEL en 1939. [*Para algunos autores la teoría del dominio del hecho no tiene su apoyo en el concepto final de acción; así*] Enrique BACIGALUPO ZAPATER, *Principios...*, p. 360, en la cita 715: (...) Sin embargo, hay quienes piensan que la teoría del dominio del hecho

3.2.3.1. *Su denominación.* La expresión «*dominio del hecho*» no surgió unida al concepto de autor. De entre los autores que la emplearon antes que *Hans WELZEL*, se citan a *August HEGLER*⁴⁰⁴, *Reinhard FRANK*⁴⁰⁵, *James GOLDSCHMIDT*⁴⁰⁶, *Hermann BRUNS*, *Hellmuth von WEBER*⁴⁰⁷, *Eberhard SCHMIDT*, *Arnold HORN*, *Georg DAHM*, *Adolf LOBE*⁴⁰⁸, *W. MITTERMAIER*, *Richard SCHMIDT*, *Albert COENDERS*⁴⁰⁹, destacándose la aportación del primero en la opinión de *Claus ROXIN*:

no se deduce de la teoría finalista de la acción: confr. U. Stein, *Die strafrechtliche Beteiligungslehre*, 1988, págs. 188 y sigs.

⁴⁰⁴ James GOLDSCHMIDT, *La concepción normativa de la culpabilidad* (trds. Margarethe de Goldschmidt/Ricardo C. Núñez), Buenos Aires, 1943, p. 5: (...) El concepto del “dominio sobre el hecho” viene de Hegler, quien, no obstante, lo concibe como la totalidad de los presupuestos psicológicos de la culpabilidad.

⁴⁰⁵ James GOLDSCHMIDT, *La concepción...*, p. 5: (...) En la 15ª. – 17ª. edición (1924-26), Nº . 11 antes del § 51, vuelve a aparecer al lado del dolo y de la culpa, como elemento positivo de la culpabilidad, la “libertad” o el “dominio sobre el hecho”, el que, sin embargo, de *lege lata*, faltaría en relación al dolo sólo en las hipótesis de los §§ 51, 52 y 54 del C.P.

⁴⁰⁶ *La concepción normativa...*, p. 23 y 24: (...) *Culpabilidad como modalidad de un hecho antijurídico es la atribución de tal hecho a una motivación reprochable (sensurable)*. Por consiguiente, la exigibilidad *es un deber*, lo que, sin embargo, *presupone* siempre un *poder*. Existe este poder en cuanto hay “dominio sobre el hecho”, en el sentido de Hegler, o sea, imputabilidad, “significado conocido o cognoscible” (esto es, dolo o culpa) y motivación normal. Por esto la exigibilidad encuentra su fundamento en el total supuesto de hecho psíquico de la culpabilidad.

⁴⁰⁷ Hellmuth von WEBER, «Para la estructuración del sistema del derecho penal», en *Nuevo Foro Penal*, núm. 13, enero – marzo, 1982, Bogotá, p. 587: (...) Pero la distinción entre autoría y participación importa la imputación del hecho como propio o ajeno. Autor es quien quiere cometer el hecho como propio, con dominio del hecho a él imputable; cómplice el que quiere proteger el hecho de otro; instigador, quien quiere inducir a otro a un hecho. [*Y en la p. 588, se dice*] Dentro de las conductas dolosas distinguimos autoría y participación. Autor es quien comete el hecho con voluntad de propio dominio del hecho. Puede suceder que el autor cometa el hecho solo. Pueden también unirse varios en una sociedad y cometer el hecho. Este es el caso de la coautoría. Puede, finalmente, acontecer que alguien, para la realización de una conducta dirigida a un resultado, se sirva de otra persona que, por su parte, actúa sin la voluntad de autoría. Tendremos, pues, al autor mediato. [*Al relacionar el dominio del hecho con la teoría del interés se adelantó a la teoría subjetiva restringida utilizada por el Tribunal Supremo Federal alemán*]. [*Eugenio Raúl Zaffaroni: en la p. 568, dice:*] II. HELLMUTH von WEBER nació el 4 de junio de 1893 en Dresden. Cursó sus estudios universitarios en Freiburg y Leipzig. En esta última universidad se despertó su interés por el derecho penal y fue discípulo de RICHARD SCHMIDT. Su trabajo de habilitación versó sobre el estado de necesidad y fue rendido en Leipzig en 1924. En 1926 fue nombrado profesor en la Universidad alemana de Praga, en 1928 en la de Sena y en 1937 en la de Bonn. En 1934 fue impedido su traslado a Leipzig por razones políticas. Murió el 10 de mayo de 1970, siendo profesor emérito de derecho penal y criminología en la Universidad de Bonn.

⁴⁰⁸ [*Citados por*] Claus ROXIN, *Autoría...*, pp. 79-85.

⁴⁰⁹ Miguel DÍAZ y GARCÍA CONLLEDO, *La autoría...*, p. 548: (...) Sin embargo la idea del dominio, aunque no se exprese con la palabra dominio del hecho (*Tatherrschaft*), se ha utilizado, en el terreno de la autoría, antes y después de HEGLER, referida muchas veces a las expresiones latinas *dominus* y *dominare*, sin que sin embargo pueda considerarse que los autores que manejan esta idea entran de pleno en el dominio del

Fue HEGLER el primero que empleó en Derecho penal la expresión “dominio del hecho”. En su monografía de 1915 sobre *Los elementos del delito* introduce en numerosos lugares el término “dominio del hecho” o “dominio sobre el hecho” como concepto básico de la sistemática del Derecho penal. Pero HEGLER aún no anuda a esta palabra el contenido que hoy tiene. Bien es verdad que considera ya el dominio del hecho como elemento de la figura del autor o, más exactamente, del sujeto del delito, pero lo entiende referido sólo a los requisitos materiales de la culpabilidad jurídico-penal, o sea, imputabilidad, dolo e imprudencia, así como la ausencia de causas de exculpación. Según HEGLER, actúa culpablemente sólo el que tiene en este sentido “pleno dominio del hecho, esto es, quien como autor imputable y no coaccionado ha sido “señor del hecho en su concreta manifestación”. (...). Pero para delimitar autoría, inducción y complicidad HEGLER no emplea el criterio del dominio del hecho en lugar alguno, si bien existen ciertas relaciones entre su empleo del concepto y el actual en dos sentidos⁴¹⁰.

3.2.3.2. *Precursores*. Aún y cuando su planteamiento teórico se le reconoce a Hans WELZEL, antes que él, se hicieron formulaciones:

Sin embargo, hay una teoría a la que aún no se le ha prestado atención; la concepción de LOBE, que no se presenta como precursora sino como primera formulación cabal de la idea del dominio del hecho.

LOBE parte de una crítica a la doctrina del RG del *animus auctoris*, enlazando a ésta la siguiente reflexión: «Lo esencial para la autoría no es... sólo la existencia de una *voluntad con el contenido* de cometer el hecho como propio, sino que la realización de esta voluntad debe tener lugar de manera que el hecho *se ejecute bajo su dominio*; que la voluntad también domine y dirija la ejecución tendente a su realización... Quien es autor se determina, por tanto, con arreglo a estos *dos elementos subjetivo – objetivos*... Se posibilita así también una delimitación suficiente de la participación con respecto a la autoría. En la *participación falta el dominio* de la acción ejecutiva, encaminada a realizar el resultado, siendo esta acción más bien desencadenada y dominada por la voluntad de *otro*...». En este contexto habla LOBE del «*animus domini* en conexión con el correspondiente *dominare* al ejecutar» como criterio de la autoría⁴¹¹.

hecho tal como hoy se entiende. La idea la utiliza W. MITTERMAIER y aparece clarísima en las construcciones de Arnold HORN y DAHM y Richard SCHMIDT, pero no sólo en ellos, sino también, por ejemplo, en COENDERS: “Quien tiene en su mano hacer realidad un delito y pone en obra conscientemente y en un sentido antisocial este poder debe valer como autor”... “Quien está en la situación de condicionar un delito, dándose el resto de las condiciones necesarias, y es consciente de esta situación, tiene un *dominio absoluto* sobre el funcionamiento criminal de las restantes condiciones, tiene el mismo poder sobre ellas que por ejemplo un oficial sobre una tropa bien disciplinada: en la orden de él reside la acción de ella, y él por lo tanto tiene que responder de una y otra”.

⁴¹⁰ Claus ROXIN, *Autoría...*, p. 79.

⁴¹¹ Con este opinión, LOBE no sólo sería precursor de la teoría del dominio del hecho sino, también, de la llamada «teoría subjetiva restringida» o «teoría normativa de la combinación».

Aquí aparecen ya expuestas concisamente las ideas básicas, aún válidas, de la teoría del dominio del hecho. También se hacen fructificar, si bien a menudo aún de la mano de la teoría subjetiva, para resolver las cuestiones de la participación. No obstante, se suele considerar como fundador de la teoría del dominio del hecho a WELZEL no a LOBE, lo cual obedece a razones históricas. Y es que WELZEL fue el primero en otorgar efectividad a esta teoría, coadyuvando a que finalmente se impusiera, mientras que la aportación de LOBE, en su tiempo, no llegó a ejercer influencia alguna. Pero desde luego carece de justificación que hoy ni siquiera se cita a LOBE en parte alguna⁴¹².

Para Eugenio Raúl ZAFFARONI/Alejandro ALAGIA/Alejandro SLOKAR en la *doc jur pen italiana y argentina* existieron antecedentes de la *teoría del dominio del hecho*:

7. Las tesis del *dominio del hecho* tiene antecedentes muy claros en la doctrina no germana, que no fueron suficientemente explotados por las respectivas construcciones latinas. Sin mayor esfuerzo puede remontarse la tesis a Pellegrino Rossi, quien sostenía que la resolución y el hecho material son los dos elementos constitutivos del delito, concluyendo que todo otro aporte que facilite, pero que no configure los elementos constitutivos del delito, corresponde a los cómplices, que secundan la ejecución, pero no crean el crimen. En la Argentina fue Adán Quiroga quien secundó esta opinión en términos todavía más claros, refiriéndose al delito de rapto: *los que ejecutan el delito por su hecho y los que toman y conducen a la víctima, los que han cometido violencia en la persona de los dueños de casa; en fin, hasta los criados que abren las puertas, siempre que ese acto haya sido indispensable para el delito, son autores del rapto; pero no sucede lo mismo con los que vigilan la casa, los que prestan los instrumentos que pueden fácilmente suplirse, los que borran los rastros del delito, etc, porque su participación es indirecta y accesoria.*

3.2.3.3. *Propuesta de Hans Welzel*⁴¹³. En la *doc jur pen* se acepta que quien dio origen a la *teoría del dominio del hecho* fue Hans WELZEL en su «Estudios sobre el sistema del derecho penal», de 1939⁴¹⁴. En este trabajo señaló:

⁴¹² Claus ROXIN, *Autoría...*, pp. 84 y 85.

⁴¹³ Moisés MORENO HERNÁNDEZ, «Hans Welzel», en *Rostros...*, pp. 257 y 258: Hans Welzel nació en Artern, Turingia, el 25 de marzo de 1904. Realizó estudios de jurisprudencia y filosofía en las Universidades de Jena y Heidelberg, bajo la dirección de los neokantianos Bruno Bauch y Heinrich Rickert, el fenomenólogo P.F. Linke y el historiador de la filosofía Max Wundt (1923-1928). En 1928 presentó en Jena su tesis doctoral «La teoría *Jusnaturalista* de Samuel Pufendorf». En 1935 obtuvo la «habilitación» en Colonia con su trabajo *Naturalismus und Wertphilosophie im Strafrecht (Naturalismo y filosofía de los valores en el*

Totalmente distinto es en el ámbito del accionar final ¡Acá resalta claramente la autoría final respecto de cada forma de cooperación final. Autoría final es la forma más abarcadora de dominio final. El autor final es señor y dueño de su decisión y su ejecución, y con esto, dueño y señor de “su” hecho, al cual le da forma conscientemente en su existencia y en su forma. Instigador y cooperador tienen también un cierto dominio sobre el “hecho”, pero solo sobre su contribución. El hecho en sí está solo bajo el dominio final del autor. De acá que su participación es solo contribución en un hecho ajeno. El instigador incita al hecho ajeno y el cooperador lo apoya, pero el dominio final sobre la decisión y su ejecución real lo tiene solo el autor.

No en cualquier determinación positiva legal, sino en estas esenciales formas de aparición de un accionar final, dentro de un mundo social, está la diferencia estructural entre la autoría y la participación. El autor es el señor sobre el hecho, en cuanto él tiene el dominio sobre la decisión y su ejecución; quien lo instiga o lo ayuda en eso contribuye en el acto, pero no lo domina⁴¹⁵.

Teniendo el apoyo de la «finalidad» *Hans WELZEL* pone al «dominio de la decisión» y al «dominio de la ejecución» como las conformadoras del

derecho penal), que se ocupa precisamente de los “fundamentos ideológicos de la ciencia del Derecho penal”. A partir de 1937 y hasta 1952 fue profesor en filosofía del Derecho y Derecho penal en la Universidad de Göttingen. Desde 1952 hasta 1974 enseñó filosofía del Derecho y Derecho penal en la Universidad de Bonn, Alemania. Murió a los 74 años en esta última ciudad. [*Fue el iniciador del «finalismo», «sistema finalista», «sistema de la acción final», «sistemática finalista», «teoría final de la acción», formas de llamarle a las ideas de Hans Welzel relacionadas con los fundamentos filosóficos y dogmáticos de la teoría del delito*].

⁴¹⁴ Álvaro BÚNSTER BRICEÑO, «El concepto de autor», en *Estudios...*, p. 204: La historia de este concepto en la ciencia penal es conocida. Se reconocen como su formulador a Hans Welzel, quien, en sus célebres *Studien zum System des Strafrechts*, de 1939, dice: «En el ámbito del obrar final se destaca unívocamente la autoría final de toda otra forma final de concurrir. Autoría final es la forma más comprensiva del dominio final del hecho. El autor final es señor de su decisión y de la ejecución de ésta, y con ello, señor de ‘su hecho’, que él confirma finalmente en su ser y en su consistir. Ciertamente tienen también el instigador y el auxiliador un cierto señorío del ‘hecho’, pero sólo sobre su intervención. El hecho está sólo subordinado al dominio final del hecho al autor. La participación en él sólo es, por tanto, intervención en *hecho ajeno*. El instigador, en verdad, incita al hecho ajeno y el auxiliador lo favorece, pero el señorío o dominio final sobre la resolución y sobre la real ejecución de ella lo tiene sólo el autor». Bernd SCHÜNEMANN, «Del descubrimiento de Welzel...», p. 232: (...) En su escrito fundamental *Studien zum System des Strafrechts* del año 1939, que sin duda es una de las obras de dogmática penal más brillantes, Welzel colocó por primera vez el término dominio del hecho, que antes era utilizado sólo confusa y ocasionalmente, en conexión con la teoría final de la acción y estableció el concepto del dominio final del hecho como criterio central de la autoría. [*Señalando fecha distinta al año de 1939:*] P. L. YAÑEZ ROMAN, «La teoría final de la acción», p. 499, cita 21: WELZEL H.: *Studien zum System des Strafrechts*, en «ZStW», 58 (1938), 491. La primera parte de este trabajo viene dedicada a la *estructura fundamental de la acción social*; la segunda, a los *delitos dolosos* (pág. 505), y la tercera, a los *delitos culposos* (pág. 553). [*En contra*] Hans-Heinrich JESCHECK/Thomas WEIGEND, *Tratado...*, p. 701: (...) Éste es el objetivo de la **teoría del dominio del hecho** que, fundada por *Lobe* y promovida esencialmente por *Roxin*, ha conseguido actualmente en la ciencia una posición destacada. [*Véase como no le da crédito alguno a Hans Welzel, lo cual no se justifica*].

⁴¹⁵ «Estudios sobre el sistema del derecho penal», en *Estudios de derecho penal*, 2002, pp. 82 y 83. [*Se respetó la acentuación del texto*].

<<dominio final del hecho>> como categoría general para la definición de la autoría reconociendo que, en otros casos, ésta debe ser completada, por así haberlo decidido el legislador al estructurar el tipo penal, con los que él denominó <<requisitos personales>>. Así, el <<dominio del hecho>> y los <<requisitos personales>> son los requisitos necesarios y esenciales para que quien intervino en el hecho sea caracterizado como autor:

Hemos visto en otra oportunidad que la finalidad es un elemento, aunque sea solo esencial, dentro de toda acción con significado social. También para la autoría la finalidad es un elemento: hecho típico. De todo su contenido con significado social depende la autoría además de otros elementos personales del autor. Nosotros necesitamos recordar solo en nuestra estructura del tipo penal (...). Nosotros diferenciamos en esa ocasión dos elementos de autoría, los requisitos objetivos del autor (funcionario, comerciante, soldado o algo semejante) y los elementos subjetivos del autor (intención de apoderarse, tendencias inmorales, etc.). El hecho en su total contenido social y no ético puede realizarlo solo un autor que exhiba también estos elementos personales de autoría: recién entonces tienen el abarcador (no solamente final, sino también) dominio social. (Dominio sobre el hecho en su total desvalor ético social).

Así llegamos nosotros a las siguientes conclusiones de la autoría.

La autoría tiene varias exigencias:

1. Requisitos personales:

a) Objetivamente: las especiales posiciones de deber de autor: funcionario público, soldado, comerciante, descendiente, etcétera.

b) Subjetivamente: las especiales intenciones y tendencias (los llamados “elementos subjetivos del injusto”).

2. Requisitos típicos: el dominio final. El autor es dueño y señor del hecho, en cuanto él realiza su decisión de voluntad con sentido.

Mientras el dominio final es un requisito general para la autoría, son ambos elementos personales de la autoría solo exigibles acá, donde el particular significado ético social de la acción típica depende de ellos. Pero recién con la confluencia de los tres requisitos del autor está dada la autoría⁴¹⁶.

En esta propuesta inicial, *Hans WELZEL* reconoce que en los tipos comunes el autor es quien tiene el *dominio final del hecho*, y en los tipos con <<requisitos

⁴¹⁶ <<Estudios sobre...>>, pp.87 y 88. [Se respetó la acentuación del texto].

personales» o «elementos personales» el autor, además de tener el dominio final del hecho, debe tener el «dominio social del hecho»⁴¹⁷.

Esta configuración del concepto de autor la mantiene *Hans WELZEL* en su Derecho penal alemán, parte general⁴¹⁸:

Forman parte del concepto de autor:

1. La característica general del autor: el dominio final sobre el hecho. Señor del hecho es aquel que lo realiza en forma final, en razón de su decisión volitiva. La conformación del hecho mediante la voluntad de realización que dirige en forma planificada es lo que transforma al autor en señor del hecho. Por esta razón, la voluntad final de realización (el dolo de tipo) es el momento general del dominio sobre el hecho.

2. Las características especiales de autor:

a) Las características subjetivo – personales de autor: las intenciones especiales, tendencias y formas de ánimo, como por ejemplo la intención de apropiación (§ 242), la tendencia lasciva (§§ 174 y ss.), el ánimo cruel (§ 223 b).

b) Las características objetivo – personales de autor: las posiciones de deber del autor, como por ejemplo, médico, abogado (§ 300), deudor embargado (§ 288), empresario (§ 151 Gewo); funcionario público (§§ 331 ss).

3. El § 50 a trae consigo un aumento de posibilidades de autoría de los casos 2b (la llamada responsabilidad de los órganos representativos).

a) Actúa alguien (...).

El dominio final del hecho es la característica general de la autoría. Los momentos personales del autor, por el contrario, se requieren sólo donde, en relación a un tipo particular, son presupuesto de la autoría, p. ej., en los delitos funcionarios [*sic*; ¿delitos de funcionarios?] §§ 331 ss., en los delitos de intención §§ 253, 263 y semejantes⁴¹⁹.

En este trabajo *Hans WELZEL* ya no hace referencia al «dominio social del hecho», dejándole a los «elementos personales» una función complementaria para la determinación de la autoría, decidiéndose ésta sólo con el *dominio final del hecho* lo que evitará que éste no pueda ser aplicado a otras estructuras

⁴¹⁷ Bernd SCHÜNEMANN, «Del descubrimiento de Welzel...», p. 232: (...) Mientras que en 1939 Welzel distinguió entre las dos formas siguientes del dominio del hecho, equiparándolas: el dominio final del hecho como resultado de la acción final y el dominio social del hecho en los delitos especiales que se centran en una “posición especial de deber del autor” (...).

⁴¹⁸ En la primera edición le denominó «Parte general de derecho penal alemán en sus elementos fundamentales»,

⁴¹⁹ Hans WELZEL, *Derecho penal alemán, parte general*, 1987, p. 145.

típicas⁴²⁰. Sin embargo, la propuesta de *Hans WELZEL* servirá de base para el desarrollo de la teoría del *dominio del hecho*. Sobre este pensamiento habrán de realizarse las elaboraciones que harán de ella la *opinión dominante* para la determinación del concepto de autor del delito.

3.2.3.4. *Propuesta de Claus Roxin*⁴²¹. Teniendo en cuenta la propuesta de *Hans WELZEL*⁴²² y las aportaciones de *Wihelm GALLAS*⁴²³ y *Reinhart MAURACH*⁴²⁴, *Claus ROXIN* realiza su elaboración sobre el concepto de autor en

⁴²⁰ Bernd SCHÜNEMANN, <<Del descubrimiento de Welzel... >>, pp. 232 y 233: (...) más tarde abandonó el concepto del dominio social del hecho y concibió a los denominados por él “elementos objetivos-personales de la autoría” como un presupuesto de la autoría independiente y adicional, no más relacionado con el principio de dominio. 3. Veo un cierto desenlace trágico en el hecho de que Welzel haya abandonado la concepción general de la autoría como dominio sobre el suceso lesivo para el bien jurídico, al que se había aproximado tanto en el año 1939. Así, redujo esa concepción a la forma especial del dominio final del hecho mediante un hacer activo, que no es adaptable a todos los delitos. De este modo, el finalismo no pudo ofrecer más criterios de autoría arraigados en las estructuras lógico-objetivas para dos grupos importantes de delitos: los delitos de omisión impropia y los delitos especiales.

⁴²¹ Claus Roxin nació el 15 de mayo de 1931 en Hamburgo, estudió en la Universidad de dicha ciudad entre 1950 y 1954. El 27 de marzo de 1957, se doctoró con la tesis “Offene Tatbestände und Rechtspflichtmerkmale” (Tipos abiertos y elementos jurídicos del deber). Entre 1959 y 1962 fue asistente del profesor Henkel en la Universidad de Hamburgo. Se habilitó en julio de 1962 en la Universidad de Hamburgo, obteniendo las especialidades de Derecho Penal, Derecho Procesal Penal y Filosofía del Derecho. De 1963 a 1971 fue profesor catedrático de Derecho Penal, Derecho Procesal Penal y Teoría General del Derecho en la Universidad de Gotinga. Desde 1971 ocupó la cátedra de Derecho Penal, Derecho Procesal Penal y Teoría General del Derecho en la Facultad de Derecho de la Universidad Ludwig Maximilian de Munich. El 30 de setiembre [sic] fue declarado profesor emérito de esta Universidad. [Copiado de la solapa del libro] Claus ROXIN, *Problemas actuales de dogmática penal* (trad. Manuel A. Abanto Vázquez), Lima, 2004.

⁴²² Bernd SCHÜNEMANN, <<Del descubrimiento de Welzel... >>, p. 233: (...) Y no era de extrañar que ese vacío dejado por el finalismo pasara a ser rellenado por concepciones normativistas. Esto vale ya para la concepción de autoría de Roxin, quien, pese a haber elaborado, por un lado, el criterio del dominio del hecho de modo completo y detallado, por otro lado hace hincapié en su limitación al ámbito de los delitos comunes de comisión dolosa. Para los otros ámbitos de los delitos especiales, de los delitos impropios de omisión y, originariamente, también de los delitos imprudentes, ha propagado un criterio completamente diferente de autoría: la infracción de un deber especial extrapenal.

⁴²³ Enrique GIMBERNAT ORDEIG, *Autor y cómplice...*, pp. 129 y 130: *ee*) Gallas, defensor también de este concepto de autor, cree que la <<autoría significa la relación del agente a un proceso de acontecimiento y al resultado de éste, que hace aparecer el acontecimiento total como “su” hecho y el resultado como “su” obra. Esta relación se da cuando el agente, mediante la colocación –planificadamente dirigida– de los medios apropiados (adecuados al resultado) tiene el hecho “en las manos”, domina el proceso hasta el resultado, tanto si el [sic: ¿él?] mismo interviene directamente como si se sirve de otro como mero instrumento>>.

⁴²⁴ *Tratado...*, p. 309: *b*) De concurrir (voluntaria o involuntariamente) varios sujetos en un mismo delito doloso, la característica objetiva del *dominio del acto* resolverá la cuestión de cuál de los sujetos intervinientes debe ser considerado autor, y cuál participe. Dominio del acto es el doloso *tener las riendas* del acontecimiento típico, esto es: la posibilidad, conocida por el agente, de dirigir finalmente la configuración del tipo. Dominio del acto lo tiene todo cooperador que se encuentra en la situación real, por él percibida, de

el año de 1963 en la monografía <<Autoría y dominio del hecho>>⁴²⁵. Es tal la importancia de este trabajo que se reconoce como el inicio de la época de la claridad y el mejor entendimiento de los problemas de la autoría y participación⁴²⁶.

dejar correr, detener o interrumpir, por su comportamiento, la realización del tipo. Todas las formas de participación se caracterizan frente a la autoría, por la circunstancia de *faltar* al cooperador el dominio del hecho. Edgardo Alberto DONNA, <<El concepto de autoría y la teoría de los aparatos de poder de Roxin>>, 2001, p. 296: Dentro de la teoría del dominio del hecho, fue MAURACH y el continuador de su obra GÖSSEL, quien le dio más consistencia a la teoría. Para ellos, autor es quien mantiene en sus manos, abarcado por el dolo, el curso causal del hecho típico. Por lo tanto, dominio del hecho, lo tiene todo aquél que puede impedir o hacer avanzar, a su albedrío, el hecho hasta su resultado final. Bien ha dicho ROXIN y ahora JAKOBS, que MAURACH es el autor más consecuente con la teoría del dominio del hecho –afirmación que se extiende al continuador de la obra GÖSSEL– ya que llega a sostener que basta un dominio intelectual sobre el hecho en cuestión.

⁴²⁵ [El título original es] *Täterschaft und Tatherrschaft*. Existe traducción al castellano de la 6ª edición (1994), realizada por Joaquín Cuello Contreras/José Luis Serrano González de Murillo. En esta publicación se fundamentan los comentarios en relación con la propuesta de Claus Roxin. Se dice que con este trabajo – Claus Roxin– logró su <<habilitación para acceder a la Cátedra de Derecho penal>> (Manuel Cobo del Rosal). Günther Jakobs, <<La normativización del derecho penal en el ejemplo de la participación>>, en JAKOBS/SCHÜNEMANN/MORENO/ZAFFARONI, *Fundamentos de la dogmática penal y de la política criminal (ontologismo y normativismo)*, México, 2002, p. 1: El dominio del hecho es en la moderna teoría de la codelincuencia la característica de la autoría; en la terminología de Roxin, quien es autor de la monografía más importante sobre el concepto del dominio del hecho, ha refinado y afianzado las conclusiones obtenidas durante más de 35 años y además las ha sometido a discusión en lugar destacado, (...). Eduardo Demetrio CRESPO, *La tentativa en la autoría mediata y en la actio libera in causa*, 2002, p. 107: Ha sido precisamente ROXIN (la máxima autoridad científica, como es sabido, en materia de autoría tras la publicación de su obra *Täterschaft und Tatherrschaft* de la que ya se han publicado siete ediciones en Alemania), quien más ventajas (...).

⁴²⁶ Manuel COBO DEL ROSAL, <<Prólogo>>, en Claus Roxin, *Autoría y dominio del hecho en derecho penal*, 1998, p. 2: De Auditoria [sic; ¿Autoría?] y dominio del hecho del Profr. ROXIN puede decirse que hay un antes y un después en la problemática abordada. El Profr. ROXIN, ya en la temprana fecha de su primera edición, 1963, puso orden en una materia como la autoría que, pese a su importancia y significado práctico, estaba llena de contradicciones doctrinales y jurisprudenciales. El hecho de que, con posterioridad, el autor asumiera la ardua labor insólita en una monografía, de proceder a actualizaciones periódicas de su obra en los aspectos doctrinal y jurisprudencia no ha hecho sino engrandecerla. Miguel DÍAZ y GARCÍA CONLLEDO, *La autoría...*, p. 30: (...) De todas formas hay que reconocer que, con el desarrollo de la teoría del dominio del hecho a partir de WELZEL y especialmente con la aparición de la obra maestra de ROXIN *Täterschaft und Tatherrschaft*, en 1963, que, por encima de la teoría que se mantenga, supone un ejemplo de categoría científica, claridad expresiva y sencillez didáctica de una altura tal que hace difícil su superación, ciertos problemas de la autoría en Derecho penal encontraron vías de solución no logradas hasta entonces, especialmente en el terreno de la autoría mediata. [También en] <<Dominio funcional, determinación positiva y objetiva del hecho y coautoría (comunicación)>>, 1995, p. 307: Lo últimamente señalado no es por supuesto una causalidad, ya que el actual estado y el desarrollo futuro de la teoría de la autoría no pueden concebirse sin las contribuciones del profesor ROXIN. ¡Ojalá que todavía muchas nuevas ediciones de *Täterschaft und Tatherrschaft* muestren en el próximo siglo el camino para la solución de las cuestiones todavía no aclaradas en la teoría de la autoría!

De la propuesta que *Claus ROXIN* realiza en esta obra no pretendemos desarrollar un análisis exhaustivo, por no ser el objeto de este trabajo. Sólo fijaremos la idea que sobre el *concepto de dominio de hecho* hizo en relación con la propuesta de *Hans WELZEL*, que era la opinión dominante. Su cuestionamiento central, se acepta, fue el demostrar que el *dominio del hecho* no se puede tener de una sola forma, sino que, será cada caso concreto el que determine cómo es que se domina el hecho. Es decir, para *Claus ROXIN*, el dominio del hecho no es un *concepto fijado*⁴²⁷ sino un *concepto abierto*:

Tras haber fracasado los dos métodos opuestos de verificación de la autoría hasta ahora debatidos, un tercer camino sólo puede buscarse entre esos extremos. Lo que significa que hay que encontrar un procedimiento con ayuda del cual quepa complementar en su contenido el concepto de dominio del hecho de una manera que por una parte dé cuenta de los cambiantes fenómenos vitales, y por otra parte también pueda alcanzar una gran medida de determinación. Además, debe permitir someter a una regulación generalizadora las formas básicas que aparecen una y otra vez en la multiplicidad de los grupos de casos, y al mismo tiempo ofrecer la posibilidad de valoración justa de los casos concretos que escapan a la normación abstracta.

Alcanzar estos fines tan distintos sólo es posible concibiendo el dominio del hecho como concepto –permítaseme la expresión– “abierto”. Un concepto así de dominio del hecho se caracteriza, frente a las dos formas posibles de configuración hasta ahora debatidas, por dos peculiaridades:⁴²⁸

3.2.3.4.1 *Delitos de dominio*⁴²⁹. Con este planteamiento metodológico de cómo buscar el contenido del concepto de dominio del hecho, propone las tres

⁴²⁷ Claus ROXIN, *Autoría...*, p. 139: El modo de proceder más evidente para obtener un concepto de dominio del hecho claramente captable consiste en entenderlo como concepto “fijado”. De concepto “fijado” cabe hablar cuando su definición puede referirse a elementos individuales determinados, que son captables por la vía de un acto de subsunción objetivamente verificable y con ayuda de los cuales es posible resolver sin más todo supuesto concreto mediante un procedimiento deductivo.

⁴²⁸ *Autoría...*, pp. 143 y 144. [*Las dos peculiaridades a que se refiere, son*] <<el procedimiento descriptivo como primer elemento del concepto abierto>> y <<la inclusión de principios regulativos como segundo elemento del concepto abierto>>.

⁴²⁹ Claus ROXIN, *Autoría...*, p. 386: (...) Los tipos en los que autoría y participación se destacan recíprocamente, no por posiciones de deberes especiales, sino por el dominio del hecho, cabría calificarlos como “delitos de dominio”.

formas de cómo de una persona se puede afirmar que es autor porque tiene el dominio del hecho:

Con arreglo a lo señalado, no podemos dominar la problemática desarrollando “por anticipado” desde la directriz de la figura central un concepto de dominio del hecho; por decirlo así, no podemos, sin conocer el contenido del paréntesis, sacar el concepto delante del paréntesis y después aplicarlo a los casos concretos. Más bien tenemos que internarnos desde el principio en la diversidad de la materia, registrar las distintas formas de la intervención en el suceso delictivo que se encuentran empíricamente y describir para cada grupo de casos individualmente cómo surte efecto la idea del dominio del hecho. Si después estas descripciones muestran algún modelo estructural ello debe resultar del trabajo sobre la materia jurídica y ponerse de manifiesto al final de la investigación dedicada al concepto del dominio del hecho.

Para penetrar en la materia escogemos un procedimiento que se apoya en la distinción tan común entre autoría única, autoría mediata y coautoría. En primer lugar, indagamos qué influencia ejerce la medida de realización del tipo de propia mano sobre la autoría (dominio de la acción), después nos preguntamos si (y hasta qué punto) uno puede ser autor sin intervención propia en la ejecución del hecho, en virtud de su poder de voluntad (dominio de la voluntad), y por último, analizamos en qué medida un interviniente, cuando ni emprende la acción típica ni ejerce poder de voluntad sobre el actuar de otros, por su sola colaboración con éstos puede llegar a ser figura central del suceso (dominio del hecho funcional). A este agrupamiento, cuya eficacia se evidenciará en el curso de la exposición, responden los tres capítulos siguientes⁴³⁰.

En los siguientes apartados de esta obra, *Claus ROXIN*, desarrolla los conceptos de autor directo (*dominio de la acción*), autor mediato (*dominio de la voluntad*), y coautoría (*dominio funcional*), concluyendo:

- A estas alturas ya sabemos lo que es dominio del hecho. Un sujeto es autor:
- a) Si realiza la acción típica personalmente (dominio de la acción).
 - b) Si hace ejecutar el hecho mediante otro cuya voluntad, según parámetros jurídicos, no es libre, o que no conoce el sentido objetivo de la acción de su comportamiento o lo abarca en menor medida que el sujeto de detrás o que es sustituible a voluntad en el marco de una maquinaria de poder organizada (dominio de la voluntad).
 - c) Si presta en la fase ejecutiva una aportación al hecho funcionalmente significativa (dominio del hecho funcional)⁴³¹.

⁴³⁰ *Autoría...*, p. 147.

⁴³¹ *Autoría...*, p. 335.

Con esta propuesta *Claus ROXIN* reconoce que el criterio del *dominio del hecho* sólo es aplicable a los tipos de acción dolosos de resultado y de sujeto activo común, presentando dificultades en otras estructuras típicas, lo que lo obligó a elaborar la categoría de «delitos de infracción de deber», y a reconocer que en éstos y en otras estructuras típicas, el concepto de autor se obtiene con otro criterio o no se aplica la distinción entre autores y partícipes:

V.- LOS LÍMITES DEL CRITERIO DEL DOMINIO DEL HECHO

1.- *En los delitos culposos*

No obstante, el dominio del hecho no puede ofrecer un criterio idóneo de delimitación entre autoría y participación para todos los delitos y sus tipos. Así, en los delitos culposos la producción del resultado no aparece precisamente bajo el dominio del que actúa culposamente. Por ello, aquí rige como regla general el concepto unitario de autor⁴³².

2.- *En los delitos de omisión*

También en los delitos de omisión, sobre los que por cierto se sigue discutiendo, no es posible una diferenciación entre autoría y participación con ayuda del dominio del hecho. Porque mediante una pura pasividad, característica de la omisión, no puede dominarse un acontecimiento. Por ello, una serie de distintas concepciones se disputan aquí la delimitación correcta. (...).

3.- *En los delitos de deber*

Pero el criterio del dominio del hecho no encaja tampoco en dos grupos típicos de los delitos dolosos de comisión. El primero y el más importante es el de los “delitos de deber” en los cuales el hecho no está caracterizado en primera línea por una acción, sino por la lesión de un deber especial que no recae en cualquiera. (...). En estos casos es autor quien causa el resultado (de

⁴³² [Inicialmente, *Claus ROXIN*, aceptaba que los tipos de culpa pertenecían a los «delitos de infracción de deber». Así en] «Infracción de deber y resultado en los delitos imprudentes» (1962) en *Problemas básicos del derecho penal*, Madrid, 1976, pp. 167 y 168: Así pues, la pregunta decisiva es la siguiente: ¿Cómo se puede reconocer si una infracción del cuidado que va acompañada de una causación de muerte fundamenta o no un homicidio imprudente? Como método para contestarla quisiera proponer el siguiente procedimiento: Examínese qué conducta no se le hubiera podido imputar al autor según los principios del riesgo permitido como infracción de deber; compárese con ella la forma de actuar del procesado y compruébese entonces si en la configuración de los hechos a enjuiciar la conducta incorrecta del autor ha incrementado la probabilidad de producción del resultado en comparación con el riesgo permitido. Si es así, habrá una lesión del deber que encajará en el tipo y habrá que castigar por delito imprudente. Si no hay aumento de riesgo no se le puede cargar el resultado al agente, que, en consecuencia debe ser absuelto. [Criticando esta postura inicial] Günter STRATENWERTH, *Derecho penal...*, p. 338: (...) La concepción divergente de *Roxin* (Täterschaft, 527 y ss.) se apoya en la premisa según la cual los delitos culposos formarían parte de los “delitos de infracción de deber”. La característica de lesionar un “deber” (una prohibición o un mandato) es, en realidad, compartida por la acción culposa con *todos* los comportamientos adecuados a un supuesto de hecho típico. No existe un paralelo con respecto a los delitos especiales.

cualquier manera) mediante una violación de su deber especial típicamente específico mientras que el que no es alcanzado por este deber (es decir p. e. si no tiene un deber de diligencia sobre el patrimonio de la víctima) sólo puede ser siempre un partícipe, de manera totalmente independiente de cuál sea la importancia de su contribución externa al hecho.

Según el parecer aquí defendido, aunque muy discutido, también forman parte de estos delitos de deber los hechos de omisión impropia en los cuales es irrelevante la conducta externa, mientras que la lesión de un deber de garante, constitutiva del tipo, por regla general también fundamenta la autoría. El no – garante sólo puede ser siempre partícipe, incluso cuando influye en el omitente actuando activamente.

4.- *En los delitos de propia mano*

El segundo grupo de tipos en los cuales el dominio del hecho no es idóneo para delimitar entre autoría y participación es el de los delitos de propia mano. En ellos, tal como el nombre lo dice, sólo la realización de propia mano del tipo puede llevar a la autoría. Son raros tales tipos que guardan correspondencia con la teoría formal – objetiva, pero tienen que ser reconocidos bajo determinadas particularidades de la estructura típica. Así p. e. el incesto (art. 173 C. P.)⁴³³ sólo puede ser cometido bajo consumación del acto sexual y no mediante otros actos de cooperación, por más decisivos que sean. También puede ser autor de un perjurio (art. 154)⁴³⁴ sólo aquél que conscientemente y por sí mismo declara algo falso bajo juramento. Las contribuciones al hecho que no consisten en la realización típica inmediata y propia sólo pueden ser comprendidas como participación⁴³⁵.

3.2.3.4.2. *Delitos de infracción de deber.* En esta categoría que hoy la *doc juris* acepta como aportación de *Claus ROXIN*⁴³⁶, éste reconoció su necesidad, entre otros, con los siguientes argumentos:

Por tanto, podemos considerar cierto que sólo un *intra-neus* puede ser autor de los delitos de funcionarios. Examinando más de cerca el punto de vista determinante para la autoría en el ejemplo de partida se revela que no es la

⁴³³ § 173 I. El que consuma el coito con un descendiente biológico, será castigado con pena privativa de libertad de hasta tres años o con multa. II. El que consuma el coito con un pariente de la línea ascendente será castigado con pena privativa de libertad de hasta dos años o con multa. Eso también será válido cuando la relación familiar haya desaparecido. Igualmente sean [*sic*; ¿*serán?*] castigados los hermanos carnales que consuman entre ellos el coito. III. Los descendientes y hermanos no serán castigados de acuerdo a este precepto cuando en el momento del hecho no tengan aún dieciocho años de edad. [*Copiado de*] Emilio EIRANOVA ENCINAS (coord.), *Código penal alemán StGB. Código procesal penal alemán StPO*, Madrid/Barcelona, 2000, p. 112.

⁴³⁴ § 154 I. El que jure con falsedad delante del tribunal o de otros establecimientos competentes para la toma de juramento, será castigado con pena privativa de libertad no inferior a un año. II. En casos de menor gravedad la pena será de privación de libertad de seis meses hasta cinco años. [*Copiado de*] Emilio..., p. 106.

⁴³⁵ *Dogmática penal...*, pp. 362-364.

⁴³⁶ [*Así*] Günther JAKOBS, *Derecho penal...*, p. 792: 3. El grupo de los delitos de infracción de deber fue desarrollado conceptualmente por *Roxin*.

condición de funcionario ni tampoco la cualificación abstracta como director de la investigación lo que convierte a un sujeto en autor: más bien es el deber específico (que se deriva de tener encomendada una concreta materia jurídica) de los implicados de comportarse adecuadamente, cuya infracción consciente fundamenta la autoría. Otro tanto es válido para los demás delitos de funcionarios y delitos especiales: por ejemplo, el § 340 (lesiones en ejercicio de cargo)⁴³⁷ no abarca toda lesión cometida por funcionario, sino que el hecho tiene que estar en relación con un acto concreto de ejercicio de cargo; así pues, es el deber jurídico-público de no dejarse arrastrar a infligir malos tratos en ejercicio de cargo aquel cuya lesión eleva al sujeto agente a autor del tipo cualificado; al igual que el médico y el abogado, en el § 300 *StGB* (violación de secreto profesional)⁴³⁸, que tienen que haber quebrantado el deber de sigilo que surge de una concreta situación real para llegar a ser autores de este tipo delictivo.

De donde se deduce, asimismo, que tampoco la categoría de los “delitos especiales” comprende el elemento aquí determinante para la autoría. También allí donde el círculo de autores no está limitado desde el principio a determinados profesionales o personas de determinada condición surge el mismo fenómeno. (...).

En todos estos casos el criterio determinante para la autoría reside en una infracción de deber, cuya naturaleza aún requiere aclararse (...).

Más bien, el elemento que para nosotros decide sobre la autoría constituye una infracción de un deber extrapenal que no se extiende necesariamente a todos los implicados en el delito, pero que es necesaria para la realización del tipo. Se trata siempre de deberes que están antepuestos en el plano lógico a la norma y que, por lo general, se originan en otras ramas jurídicas. Ejemplos de esta categoría son los ya citados deberes jurídico-públicos de los funcionarios, los mandatos de sigilo en ciertas profesiones o estados y las obligaciones jurídico-civiles de satisfacer alimentos y de lealtad. Todos ellos se caracterizan porque el obligado sobresale entre los demás cooperadores por una especial relación con el contenido de injusto del hecho y por que el legislador los considera como figuras central del suceso de la acción, como autores, precisamente debido a esta obligación.

(...) En todo caso, se trata aquí de un punto de vista que ha de separarse de la teoría del dominio del hecho y que conduce a delimitaciones esencialmente distintas. A fin de calificar sintéticamente los tipos que se van a tratar en su significado para la doctrina de la autoría cabría hablar de “delitos de infracción de deber”. Los tipos en los que autoría y participación se destacan recíprocamente, no por posiciones de deber especiales, sino por el dominio del hecho, cabría calificarlos como “delitos de dominio”⁴³⁹.

⁴³⁷ § 340 I. Un funcionario que, durante el ejercicio de su servicio o en relación a su servicio, produzca o permita producir una lesión será castigado con pena de privación de libertad, de tres meses a cinco años. En casos de menos gravedad la pena será de privación de libertad de hasta cinco años o multa. II. En caso de lesión grave (...)[Copiado de] Emilio..., p. 186.

⁴³⁸ [En] Emilio..., p. 162, aparece la siguiente nota: §§ 298-302 Suprimidos por el § 19, números 158, 159, de la Ley Introdutoria del Código Penal, del 9 de abril de 1974.

⁴³⁹ Autoría..., pp. 384 – 386.

La explicación del concepto de autor para los «delitos de dominio» y los «delitos de infracción de deber» no debe pensarse como criterios divergentes sino explicaciones distintas de cómo se es la «*figura central del suceso de la acción*» que es la idea con la que, *Claus ROXIN*, define al autor:

En primer lugar la concepción del autor como figura central del suceso de la acción, a la que se someten por igual los elementos del dominio y del deber, preserva la unidad sistemática. Bien es cierto que el concepto de la figura central ya posee cierto nivel de abstracción; sin embargo, esa propiedad la comparte con todos los conceptos sistemáticos básicos. La exigencia planteable a un criterio así, de ser útil a un tiempo como elemento fundamentador y delimitador, esto es, de resaltar las propiedades comunes correspondientes a todos los autores (elemento fundamentador) y descartar de entrada puntos de partida no armonizables con ellas (elemento delimitador) la cumple este concepto plenamente⁴⁴⁰.

Esta explicación sobre el *dominio del hecho* y del *autor como figura central* se convertirá en la dominante en la *legis*, la *jurispr* y la *doc jur pen*, según lo dice *Wilfried BOTTKE*:

1. En lo que concierne al primer principio –que el autor sea la figura central del suceso, la utilización crítica del lenguaje cotidiano puede confirmarlo como un elemento representativo del concepto de autor común en Europa. En Alemania, respecto de un autor doloso se afirma que él «hace» –*tut*– el hecho típico, que realiza el suceso. Autor es el «realizador» –*macher*–. Autor es aquél que tiene el poder de ejecutar el hecho, quien «realiza dirigidamente» –*bewerkt*– el suceso con pleno poder de ejecución. Así como, en lenguaje alemán profesional, al patrón –*Meister*– se le atribuye su obra, lo que a él se le elogia sería, en términos pre-penales, que al autor se le atribuye su fechoría –delito– como su obra, que a él se le adjudica su afrenta. De manera análoga, en Inglaterra, el autor, ya en terminología pre-penal, es el *principal*. Autor es quien tiene competencia prioritaria sobre un hecho típico. Los partícipes (*abetor* y *aider*) tienen una competencia secundaria, detrás del «principal». Además, en inglés común, se puede decir, que autor es una persona, *who (has) done it*, que logra la «acusación dirigida» –*Bewerkung*– del resultado del hecho a través de la (aparentemente) utilización incorrecta de los partícipes. Análogamente se expresa en italiano, que el autor (*l'autore*) sea el arquitecto principal (*l'autore e l'artifice*

⁴⁴⁰ *Autoría...*, p. 429.

principale). Por consiguiente: el autor es, en todas partes, la figura central del suceso⁴⁴¹.

Por ello, la propuesta de *Claus ROXIN* nos enseñó que la autoría no es una sola sino varias y pueden ser éstas hoy aceptadas, u otras que sean descubiertas o elaboradas por el legislador en lo futuro.

3.2.3.5. *Propuesta de Günther JAKOBS*⁴⁴². En el desarrollo de su propuesta pueden ubicarse cuatro momentos.

3.2.3.5.1. *Planteamiento inicial*. Puede ser analizado en la obra *Strafrecht Allgemeiner Teil. Die Grundlagen und die Zurechnungslehre*⁴⁴³. *Günther JAKOBS* también reconoce que no sólo existe una clase de tipos penales en

⁴⁴¹ <<Estructura de la autoría en la comisión y en la omisión como requisito para la construcción de un sistema de derecho penal de la comunidad europea>>, 1995, pp. 312.

⁴⁴² El 27 de julio del 2002, el Profr. Dr. Günther Jakobs celebró sus 65 cumpleaños, alcanzado así la edad de convertirse en Profesor emérito, tras haber sido Profesor ordinario de Derecho penal y Filosofía del Derecho, Director del Seminario de Filosofía del Derecho y Codirector del Instituto de Derecho Penal de la Rheinische Friedrich – Wilhelms – Universität de Bonn (República Federal de Alemania). Tras sus estudios de Derecho en las Universidades alemanas de Colonia, Kiel y Bonn, entre los años 1959 y 1963 (fecha ésta en la que realiza su primer examen de Estado), donde fue en busca de los profesores que él consideró de mayor interés para su formación académica –algo ciertamente inimaginable en el apático estudiantado actual–, Jakobs emprendió sus estudios de doctorado en Bonn bajo la dirección de Hans Welzel. En 1967 defiende su tesis doctoral titulada <<Die Konkurrenz von Tötungsdelikten mit Körperverletzungs delikten>> sobre el concurso de los delitos de homicidio con los delitos de lesiones, y en ese mismo año realizó también exitosamente su segundo Examen de Estado. Entre los años 1968 a 1971, Jakobs disfrutó de una beca de la Sociedad Alemana de Investigación, para la consecución de su Habilitación como profesor de Derecho penal, beca que compaginó con su actividad de Asistente Científico en el Seminario de Filosofía del Derecho, siempre bajo la dirección de Hans Welzel. En 1971 se habilita como profesor para las disciplinas de Derecho Penal, Derecho procesal penal y Filosofía del Derecho, con un trabajo principal sobre los delitos imprudentes titulado <<Studien zum fahrlässigen Erfolgsdelikt>> –así como las correspondientes conferencias de habilitación–, habiendo realizado los preceptivos informes de propuesta de concesión de la habilitación su maestro Welzel, y el también profesor de la Universidad de Bonn Dr. Armin Kaufmann. (...). Uno de los máximos reconocimientos académicos se produce, empero, cuando en 1986 es llamado como Profesor ordinario de Derecho penal y Filosofía del Derecho por la Universidad de Bonn, ocupando la cátedra en la que quince años atrás se había habilitado, y uniendo así su nombre a la de los egregios penalistas Hugo Hälschner y Hans Welzel, quienes junto con otros como Armin Kaufmann, le habían precedido en el Seminario de Filosofía del Derecho de dicha Universidad. [Copiado de] Javier SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, <<Günther Jakobs, profesor emérito en la Universidad de Bonn>>, en *Cuadernos de Política Criminal*, núm. 78, 2002, Madrid, pp. 707 y 708.

⁴⁴³ [El título en castellano es] *Derecho penal, parte general. Fundamentos y teoría de la imputación*. La traducción fue realizada por Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo.

relación con quién debe ser considerado *autor*. Siguiendo las propuestas de *Claus ROXIN*, en esta primera etapa de su formulación, hace referencia a los llamados «delitos de dominio» y a los «delitos de infracción de deber»:

A. En la determinación de autoría y participación se trata de comprobar en qué relación se encuentran las responsabilidades de varios intervinientes por un suceso delictivo. Para ello hay dos modelos de regulación, el modelo para los delitos de infracción de deber y el modelo para los **delitos de dominio**⁴⁴⁴.

3.2.3.5.1.1. *Delitos de dominio*. *Günther JAKOBS* también les denomina «delitos de organización» o «delitos en virtud de una competencia organizacional»⁴⁴⁵. Su explicación la realiza en los siguientes términos:

A. El dominio del hecho caracteriza a la autoría porque, con su comportamiento de dominio del hecho, un partícipe configura su ámbito de organización a costa del perjudicado por el delito: Fundamento de responsabilidad es la responsabilidad de que la propia organización no sea dañosa. Por eso, el dominio del hecho como característica de la autoría ha de limitarse a delitos en los que la relación con el afectado se agota en que ésta no sea dañosa. Sólo aquí –es decir, en la mayoría de los delitos– la responsabilidad es consecuencia de un acto de organización. Ejemplos lo constituyen los delitos de resultado comisibles por cualquiera, cuando los comete cualquiera⁴⁴⁶.

En estos delitos, el *dominio del hecho*, al igual que *Claus ROXIN*, sólo se acepta con diferentes formas del mismo:

a') Las dificultades sólo es posible superarlas si el dominio del hecho se remite, en paralelismo con las posibilidades de división del trabajo, a distintos principios, en su caso acumulables: Junto al dominio del hecho mediante la realización de la acción ejecutiva (*dominio del hecho formal, es decir, vinculado al tipo*), están presentes el dominio del hecho a través de la decisión sobre si se realiza el hecho (*dominio del hecho material como dominio de la decisión*) y el dominio del hecho a través de la configuración

⁴⁴⁴ *Derecho penal...*, p. 718.

⁴⁴⁵ Javier SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, *Delito de...*, pp. 37 y 38, cita núm. 3: JAKOBS ha desarrollado terminológicamente algunos conceptos tradicionales, como el de los «delitos de dominio del hecho» que con frecuencia es sustituida por la locución «delitos en virtud de una competencia organizacional» o, simplemente «delitos de organización». Con esto se pretende resaltar que el dominio del hecho no es un dominio entendido en sentido fáctico – naturalista sino en un sentido normativo (“incumbencia” o “competencia” *versus* “dominio de un hecho físico”).

⁴⁴⁶ *Derecho penal...*, p. 791.

del hecho (*dominio del hecho material como dominio de la configuración*)⁴⁴⁷.

3.2.3.5.1.2. *Delitos de infracción de deber*. Para esta clase de delitos, a decir de Günther JAKOBS, una denominación más apropiada sería la de «delitos con deber que elude la accesoriedad»⁴⁴⁸. La explicación de qué se entiende por esta clase de delitos la realiza de la siguiente manera:

B. 1. Sin embargo, también hay delitos en los que determinadas personas tienen que responder de la existencia de un bien y no sólo de que la propia organización no afecte a un bien, menoscabándolo (delitos de infracción de deber). En estos casos, la relación del interviniente con el bien es siempre directa, es decir, sin mediación accesorias, o sea, por su parte siempre en concepto de autor, y además sin tener en cuenta en absoluto un hacer. El interviniente es al menos autor por omisión y, en caso de aportación mediante hacer, por incidental que sea, autor por comisión; la distinción entre comisión y omisión pierde, pues, su sentido (*supra* 7/70). Entre los delitos de infracción de deber se cuentan todos los delitos cuyos autores están obligados, en tanto que garantes, a la tutela, institucionalmente asegurada, de un bien (acerca de esto, con detalle, *infra* 29/57 ss.)⁴⁴⁹.

De modo distinto ocurre en los deberes en virtud de *responsabilidad institucional* en sentido estricto: Aquí se trata de la conexión de ámbitos vitales, de un mundo que, idealmente, se ha de configurar en parte conjuntamente, es decir, de altruismo –aun cuando no necesariamente desinteresado–. Con ello, los deberes derivados de tales instituciones sólo pueden ser equivalentes a la comisión si la institución es de la misma importancia básica para la existencia de la sociedad que la libertad de organización y la responsabilidad por las consecuencias. Por eso sólo se tienen en cuenta las siguientes: la relación paterno-filial y sus sustitutos, el matrimonio, la confianza especial, así como –para los deberes genuinamente estatales– las relaciones estatales de poder, la función «policial» de velar por la seguridad básica y, por último, el velar por la sujeción a la ley de la Administración y de la Administración de Justicia, como principio básico del Estado de Derecho. Se trata, pues, de aquellas formas de relación sociales respecto a las cuales no existe –al menos en general– ninguna alternativa de organización. Estas instituciones básicas –salvo la confianza especial, aun cuando el *venire contra factum proprium* está firmemente enraizado jurídicamente– están positivizadas al menos incipientemente; por eso, confundiendo causa y efecto, los deberes no se suelen «deducir» de la

⁴⁴⁷ *Derecho penal...*, p. 741.

⁴⁴⁸ *Derecho penal...*, p. 792: (...) Más exacta que la denominación «delitos de infracción» de deber sería la de «delitos con deber que elude la accesoriedad».

⁴⁴⁹ *Derecho penal...*, p. 791.

institución, sino de la ley, lo que sin embargo, teniendo en cuenta los numerosos deberes legales que no constituyen deberes de garante, supone una interpretación ciertamente incompleta⁴⁵⁰.

3.2.3.5.2. *Desarrollo*. Luego de su postura inicial –Günther JAKOBS– continúa su desarrollo para fundamentar que la definición del *rol de autor debe hacerse con criterios normativos* y no fácticos como se hace con el dominio del hecho⁴⁵¹. Esta idea de normativizar el concepto de autor es la búsqueda de un fundamento único para los llamados *delitos de dominio* y *delitos de infracción de deber*. Su propuesta se encuentra sintetizada en el trabajo «El ocaso del dominio del hecho. Una contribución a la normativización de los conceptos jurídicos»⁴⁵² o «La normativización del derecho penal en el ejemplo de la participación»⁴⁵³.

⁴⁵⁰ *Derecho penal...*, p. 994.

⁴⁵¹ Bernd SCHÜNEMANN, «Del descubrimiento de Welzel...», p. 235: (...)Ya en su manual se encuentran alusiones al respecto, pues, pese a rechazar tanto la concepción unitaria de autor como el concepto extensivo de autor, caracterizó a la acción ejecutiva como el ilícito de cada uno de los intervinientes, también de aquel que no ejecuta la acción por sí mismo. De este modo, el denominado comportamiento precedente de un interviniente conformaría aquella cuestión común que permitiría imputar la acción ejecutiva típica a todos conjuntamente. De todos modos, Jakobs caracterizó en aquel entonces como mero partícipe a quien no puede ser autor por ofrecer su aporte de organización sólo una débil contribución al delito, pues le faltaría el dominio del hecho. Sin embargo, de esta adhesión a la teoría del dominio del hecho se retractó Jakobs aplicando radicalmente su concepto normativista, adjudiándole al concepto de dominio del hecho una “forma amorfa”. En su opinión, sólo podría usarse este concepto para presentar (y, por tanto, ¡no para deducir!) la problemática y su solución, debiendo además indicarse esto abiertamente.

⁴⁵² [Se presentó como conferencia en la Universidad Nacional del Litoral. Se publicó en Buenos Aires en el mes de agosto del 2000. En la p. 87, se lee:] «Título original: Tatherrschafts dämmerung. Ein Beitrag zur Normativierung rechtlicher Begriffe (manuscrito). Trad. de Manuel Cancio Melía (Universidad Autónoma de Madrid)». [Este trabajo y el siguiente son el mismo texto. Se hace mención de los dos porque aparecen con distinto nombre y en diferente tiempo y publicación].

⁴⁵³ [Su título original es] *Die Normativierung des Strafrechts am Beispiel der Beteiligung* (manuscrito). Se presentó como ponencia en el Congreso Internacional «Modernas Tendencias en la Ciencia del Derecho penal y en la Criminología» realizado del 6 al 10 de noviembre del 2000 en la sede de la Universidad Nacional de Educación a Distancia de Madrid, España. [Su publicación se encuentra en] *Fundamentos de la dogmática penal y de la política criminal (ontologismo y normativismo)*, Centro de Estudios de Política Criminal y Ciencias Penales, México, 2002, pp. 1-33. La traducción fue realizada por Manuel Cancio Melía, profesor de la Universidad Autónoma de Madrid.

En este trabajo, después de explicar cómo el criterio del *dominio del hecho* desaparece como fundamento en los supuestos de autoría directa⁴⁵⁴, autoría mediata⁴⁵⁵ y coautoría⁴⁵⁶, en el apartado relacionado con la infracción de deber sintetiza su postura:

⁴⁵⁴ <<La normativización...>>, p. 6: Intentaré ofrecer un primer resumen. No resulta posible determinar la comisión propia, la comisión de propia mano, recurriendo exclusivamente al dominio, sin la atribución de conducta y consecuencia. Esto no significa que el último siempre sea autor cuando se produce la atribución (éste es el entendimiento más extendido, sin embargo, en lo que se refiere a la interpretación del Derecho penal alemán vigente), sino sólo que, en la medida en que intervengan junto a él otras personas, al menos es partícipe en el hecho. Dicho de otro modo: hasta el momento, aquí se ha expuesto el componente normativo de la comisión directa; concurriendo este componente, en un ulterior paso hay que fundamentar aún cuándo hay autoría y cuándo –interviniendo varios- participación. Dicho de nuevo con otra formulación: ya se intuye que el dominio es una cuestión de la medida de la calificación de la intervención, una cuestión cuantitativa, mientras que la cuestión cualitativa –¿quién responde?– no se determina en función de la concurrencia de dominio, sino en función de la atribución del comportamiento y de las consecuencias. A quien pretenda llevar a cabo una sistematización completa, además se le impone la cuestión de cómo ha de plantearse la cuestión cuantitativa en el ámbito de los delitos de deber, ámbito en el que ésta aún no ha sido formulada. Volveremos también sobre este problema al final.

⁴⁵⁵ <<La normativización...>>, p. 22: La autoría mediata, de la que me ocupo a continuación –al principio, dejando fuera de consideración al instrumento justificado– no es otra cosa que una autoría directa disfrazada: el sujeto que actúa interviene en un círculo de organización ajeno, lo único que sucede es que aquello que desde la perspectiva del genotipo es mera naturaleza, se presenta desde el punto de vista fenotípico como conducta de una persona, esto es, como comportamiento del así llamado instrumento. Por consiguiente, “instrumento” es –más adelante se ofrecerá una fundamentación más exacta– naturaleza con apariencia humana, de modo que no lo es el sujeto que ocupa una posición subordinada en un aparato organizado de poder, y no lo es quien ejecuta con dolo, pero sin intención, o faltándole algún otro elemento de cualificación. El uso de instrumento es el empleo de las fuerzas instrumentales de otra persona, pero, precisamente, de las fuerzas instrumentales *no responsables*. Dicho en términos extremos: que alguien azuce a un perro o a un sujeto ebrio contra una víctima es indiferente. Sin embargo, el paralelismo no se plantea con tanta sencillez; pues mientras un animal no puede conducirse de modo responsable, al estar excluido, en cuanto animal, por completo del círculo de las personas en Derecho, respecto del sujeto ebrio puede plantearse la cuestión de si la ebriedad no es exclusivamente asunto suyo. Por lo tanto, vuelve a aparecer un problema normativo: no es el mero uso del carácter de naturaleza del instrumento y, en este sentido, no es un dominio lo que conduce a la autoría mediata, sino la competencia por lo hecho por el instrumento. [*Esta idea de Günther Jakobs es promovida por su discípulo*] Javier SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, <<Sobre la figura de la autoría mediata y su tan sólo fenomenológica <trascendencia>>>, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, v. LI, 2001, Madrid, pp. 361 y 362: El tratamiento de la autoría mediata por parte de la doctrina mayoritaria ha de ser replanteado desde una perspectiva puramente normativista, pues mediante dicha figura se intenta dar solución a una cuestión *jurídico penal* y no a una meramente fenomenológica de las ciencias de la naturaleza. La nueva perspectiva a adoptar ha de nacer de una promesa básica, confirmada a lo largo de este trabajo: *la denominada autoría mediata y la autoría inmediata son absolutamente equivalentes en el plano normativo, punto de vista que es, lógicamente, el único que importa al Derecho penal*. Que ambas formas de autoría sean diferentes desde un punto de vista fenomenológico – natural, carece de trascendencia para nuestra ciencia.

⁴⁵⁶ <<La normativización...>>, p. 21: En la práctica, y esto probablemente haya contribuido a oscurecer la cuestión, las ejecuciones de mínima relevancia son escasas. ¿A quién se le pide, a pesar de no haber aportado nada hasta el momento, que ejecute el último movimiento? Para eso hay que ser, como se mencionó antes como ejemplo, presidente de un país. Pero que estas ejecuciones de relevancia mínima sean escasas no cambia en nada la cuestión decisiva, y ésta es la siguiente: ¿a quién incumbe la configuración de la ejecución en el marco que existe? La respuesta es que a todos los intervinientes si es que han intervenido, es decir, si

Menos el residuo acabado de mencionar, cuya justificación para el delito de comisión no pretendo poner en duda, el dominio del hecho puede ser disuelto en un concepto normativo, precisamente en el de competencia, y en el caso del delito de omisión ha de recurrirse directamente a la competencia y a la medida de ésta, ya que falta el dominio actual: el omitente podría y debería dominar el salvamento, pero no lo hace. Esta reconducción del problema a competencias y a la medida de éstas alimenta la esperanza de que el parentesco entre los delitos de dominio, que yo prefiero denominar –y ahora la razón debería ser evidente– delitos por competencia en virtud de organización y los delitos de deber sea más estrecho que el existente entre hecho –y el dominio no es más que un dato fáctico– y deber.

Si el concepto central es el de la competencia, y el dominio sólo se refiere a cuestiones cuantitativas, entonces es prácticamente palmaria la siguiente vinculación entre los así llamados delitos de dominio y los delitos de deber⁴⁵⁷.

Y termina –en este trabajo– con su propuesta:

He llegado al final. Como Ustedes han percibido, no pongo en duda que en las infracciones de los deberes derivados de competencia por organización quepa encontrar grandes señores y figuras marginales o, si así se quiere, señores del hecho y hombrecillos del hecho; pero dudo que eso sea algo más que una diferencia cuantitativa, del mismo modo que en el ámbito de los delitos de deber, la diferenciación en la jerarquía de sujetos de mayor rango y de menor rango sólo conduce a una diferencia cuantitativa en el deber. Quien asuma esto, puede volver a vincular los delitos comunes, es decir, los así llamados delitos de dominio, y los delitos especiales, los delitos de deber: en todo caso se trata de la fundamentación de competencias, sea por el empeoramiento de una situación, sea por no mejorarla⁴⁵⁸.

Con este planteamiento, *Günther JAKOBS* está encontrando en el criterio de «competencia» la posibilidad de explicar, con él, quién debe ser considerado autor. Gráficamente sería así:

Delitos de dominio..... no empeorar una organización..... deber negativo

COMPETENCIA.....DELITOS DE DEBER

Delitos de infracción

de deber..no mejorar la situación..... deber positivo

han prestado una contribución que los incluye en el colectivo, uniendo de este modo con las prestaciones de los demás. *Infracción colectiva del deber*, éste es el concepto fundamental del que aquí se trata.

⁴⁵⁷ «La normativización...», p. 31.

⁴⁵⁸ «La normativización...», p. 33.

Al final sólo existirían «delitos de deber». Si el criterio de «competencia» logra resistir los cuestionamientos que se le presenten, se convertirá en la opción para la determinación del *concepto de autor* con contenidos estrictamente *normativos*, lo que sería la coronación, en esta área de la teoría del delito, del pensamiento de *Günther JAKOBS*.

3.2.3.5.3. «La intervención delictiva» y la propuesta del «trabajo vinculante».

Esta idea es expuesta por *Günther JAKOBS* en su artículo «La intervención delictiva»⁴⁵⁹, en el que señala:

V.

Cualquier diferencia cualitativa que se quiera intentar entre un interviniente y un ejecutor resulta imposible. Es cierto que el ejecutor decide sobre el «si» del hecho, pero, sólo respecto de un «cumplimiento» del hecho que ya ha sido configurado, se pueden constituir los aportes de los intervinientes en aportes para una realización típica. En otras palabras, respecto de la decisión positiva sobre el «si» del hecho, los intervinientes son igualmente competentes, y el ejecutor decide sobre el «si» del hecho, en la medida en que él asume el «cómo» del hecho que han preparado los intervinientes: la decisión positiva sobre el «si» y la fijación del «cómo» son ambas condiciones del hecho concreto, que no están entre sí necesariamente en una relación jerárquica. La diferencia *cualitativa* se halla, antes bien, entre el actuar aislado y la división restringida del trabajo, por un lado, y la división vinculante del trabajo, por otro; es decir, entre la prohibición de regreso y el actuar conjunto; dentro del actuar conjunto sólo hay diferencias cuantitativas, de tal modo que todos los intentos de encontrar autores y partícipes natos se han revelado como ensayos bien intencionados pero vanos; incluso el aporte del ejecutor puede ser de una evidente ínfima escasez, y, en esos supuestos, por tanto, no hay motivo alguno para atribuirle a él, siempre, el grado más grave, es decir, la autoría. Así, por ejemplo, respecto del grado de competencia, no parece representar mucha diferencia si una carga explosiva instalada con destreza en un edificio, es finalmente accionada por el jefe del polvorín o, antes bien, por alguien perfectamente sustituible como es un aprendiz, quien la acciona conforme a las instrucciones que ha recibido (la solución, por cierto, no depende de que la carga explosiva sea legal o ilegal).

⁴⁵⁹ Günther JAKOBS, «La intervención delictiva», (trad.) Javier Sánchez-Vera Gómez-Trelles, en *Cuadernos de Política Criminal*, núm. 25-I, 2005, Madrid. [Este artículo también se encuentra publicado en] *Revista Peruana de Doctrina y Jurisprudencia Penales*, núm. 5, 2004, Lima, pp. 235 y 236.

La diferenciación entre autoría y participación es, por tanto, una diferenciación que debe ser graduada según su peso en el ámbito de la medición de la pena; en particular, no hay una distinción material del coautor frente al cómplice y, todavía menos, no hay motivo alguno para anudar el concepto de autoría a un tomar parte en el momento de la ejecución (si ese tomar parte no es ya una «ejecución» completa, lo que hay, se mire como se mire, es una competencia que se ha fundamentado accesoriamente respecto de lo que no se ha ejecutado de propia mano, aunque estemos hablando de un delito que se encuentre ya en la fase de ejecución): en la división vinculante del trabajo, los intervinientes en los actos previos no tienen necesariamente por qué haber participado de una forma más endeble que el ejecutante; pues, también para ellos es ejecutado el hecho. Al respecto, es cierto que desde un punto de vista práctico, puede que habitualmente sean los intervinientes en los actos previos quienes declinen en el ejecutor las partes más esenciales, pero que ello no tiene por qué ser así necesariamente lo demuestra la figura del jefe de la banda en organizaciones criminales, donde sucede precisamente lo contrario⁴⁶⁰.

El planteamiento de *Günther JAKOBS* relacionado con el «trabajo vinculante», lo explica *Bernd SCHÜNEMANN*:

Dentro de la doctrina penal la reacción va aún más a los fundamentos, a raíz de que hace poco, en el *Libro – Homenaje a Lampe*, Alemania, 2003, Günther Jakobs sostuvo un regreso teórico al concepto unitario de autoría y al concepto extensivo de autor y caracterizó abiertamente a la distinción entre autoría y participación como una mera cuestión de medición de la pena, a la que no corresponderían diferenciaciones concebibles cualitativamente. (...) En su lugar, ahora ofrece el concepto de la “división del trabajo vinculante”. Así, el interviniente en el hecho sería competente por la totalidad del hecho cuando le hubiere proporcionado un aporte al ejecutor que lo vinculara (al interviniente) con la ejecución, por tener el sentido de darle una determinada forma a ésta. Bajo esta perspectiva, el mundo exterior (y con esto se refiere Jakobs a la base ontológica del dominio del hecho) tendría alguna significación no como tal, sino sólo comunicado a través de la estructura normativa de la sociedad. Por eso, la distinción entre autoría y participación debería en su opinión, ser desplazada al nivel comunicativo-simbólico del significado. Quien ejecuta recibiría no sólo una contribución a través del aporte del otro interviniente, sino una aportación con tendencia delictiva y, por tanto, la competencia del interviniente se extendería también a la realización del tipo penal del destinatario. Para arribar a este resultado, Jakobs parte del significado social de la aportación, es decir, que el interviniente debería ajustar su aporte de modo que conservara el sentido de posibilitar la ejecución, o bien el aporte debería tener desde un principio ese sentido, o sea, ser especialmente referido al delito. Entonces, como cada

⁴⁶⁰ «La intervención delictiva», pp. 79 y 80.

interviniente sería competente con respecto a la totalidad del hecho, la diferenciación entre autoría y participación recaería sólo sobre los grados de gravedad que sirven para la medición de la pena. Según esta concepción, no habría una diferenciación objetiva entre coautor y cómplice y, especialmente, tampoco una restricción de la autoría al estadio de ejecución. Es fácil reconocer (...).

Para Jakobs se trata aquí de aquel reemplazo de realidad y estructuras de la realidad por significado y atribución, que desde hace más de diez años representa la quintaesencia de su teoría penal y, por cierto, también de su teoría del derecho. Como se sabe, esto comienza con la teoría de la pena, ya que Jakobs rechaza expresamente todo fin a perseguir con la pena de influir en la conducta de algún individuo. En su lugar, quiere legitimar la pena sólo con la necesidad de marginalizar mediante una aseveración contraria objetivada en la pena, la afirmación del autor objetivada en el hecho de que la norma no vale. De un modo muy similar, lo que caracterizaría a la autoría o complicidad no sería el verdadero peso causal de un aporte, sino el significado, el que, como Jakobs dice, sería el sentido delictivo de una aportación, por el que cada interviniente sería competente automáticamente por la totalidad del hecho. Por eso, todas las aportaciones con sentido delictivo serían objetivamente equivalentes y sólo podrían diferenciarse en el nivel de la medición de la pena⁴⁶¹.

El cuestionamiento a esta nueva postura de *Günther JAKOBS, Bernd SCHÜNEMANN*, la culmina:

En realidad, la relación entre norma, fin y valor debe ser construida de una manera distinta a la que se representa el normativismo radical. Obviamente en el derecho en general, y por lo tanto también en el derecho penal, el punto de partida está constituido por una valoración, que es el juicio de que un estado determinado es bueno. En derecho penal, ese estado tiene que ser incluso tan bueno y valioso, que se lo califica de bien jurídico merecedor de protección. Con esto, la función social del derecho penal no consiste en organizar discursos sobre el valor de los bienes jurídicos y sobre el desvalor de su lesión, ya que estos discursos pueden tener lugar en el colegio, en los medios masivos de comunicación o, si se quiere, en las iglesias. La función del derecho penal es mucho más práctica, pues mediante el efecto general-preventivo de la prohibición que está detrás de la amenaza de pena, el legislador quiere apartar a individuos reales de que cometan acciones lesivas de bienes jurídicos, y no algo así como instalar comunicaciones sólo pensadas sobre acciones pensadas. Por cierto, para que la amenaza de pena tenga efecto, y para que pueda ser atendida la prohibición, debe ser expresado en el tipo penal de un modo suficientemente claro qué acciones se encuentran prohibidas. Por consiguiente, son los tipos penales de la Parte Especial que describen el hecho y que, de ese modo, caracterizan como autor

⁴⁶¹ <<Del descubrimiento de Welzel...>>, pp. 235-237.

a quien pertenece esa descripción. Esto resulta tanto de la lógica forzosa de la finalidad preventiva del derecho penal, como también del origen de las leyes penales, cuya procedencia se haya en la Parte Especial, mientras que el concepto de autor ha sido desarrollado sólo paulatinamente sobre esa base mediante abstracción. Por eso, constituyó en definitiva una noción elemental, aunque enormemente importante, cuando Roxin hace 40 años se fundó nuevamente en la acción ejecutiva descrita por el tipo penal como base de la autoría. Y, cuando Jakobs intenta negar de nuevo esta restricción originaria de la autoría al estadio de la ejecución, vuelve, en realidad, a cien años atrás, recayendo en una teoría de la igualdad objetiva de todos los aportes al hecho en el sentido de Maximilian von Buri⁴⁶².

Que con este trabajo *Günther JAKOBS* se separa definitivamente de las propuestas anteriores, lo reconoce al final de este artículo:

VIII.

Con ello, se ha hecho un esbozo de la división vinculante del trabajo, si bien es cierto que, en general –excepto en algunos ejemplos–, nos hemos limitado al lado objetivo de la división del trabajo, pues la verdad es que se trata tan sólo de un problema que afecta a ese ámbito; así, por ejemplo, dejar sobre una mesa una pistola es también una complicidad de asesinato desde un punto de vista objetivo, aunque el omitente no piense en las posibles consecuencias, y, también desde un punto de vista objetivo, se produce una ayuda al ejecutor, aunque él no se dé cuenta de cómo ha accedido la pistola (por ejemplo, porque equivocadamente crea, que siempre estuvo en posesión de ella). Esto no significa que la parte subjetiva del hecho no desempeñe papel alguno, pero, en todo caso, cuando desempeña algún papel, lo hace para la parte objetiva; de nuevo, de la mano de un ejemplo: puede que únicamente el acuerdo recíproco de aportes complementarios sea lo que haga a los intervinientes y al autor participar en la obra conjunta, pero –y esto es lo importante– en el caso de los intervinientes, ellos lo hacen con un aporte que *objetivamente* se vincula con la ejecución (respecto de lo cual, de nuevo, puede que sea relevante qué ejecución ha sido la que han planeado). Esta vinculación objetiva conduce, *per se*, sólo a una competencia objetiva del interviniente en la fase previa respecto de la ejecución. Pero para la punibilidad no basta con la ejecución, sino que son necesarios también todos los demás elementos del delito. De todas formas, que todos esos elementos (que concurra la parte subjetiva, que no haya causas de justificación, etc.) tengan que concurrir en el momento que es realizado el aporte en la fase previa, no significa, una vez más, que ello constituya el injusto, sino sólo que a través suya se fija el quantum de la imputabilidad del comportamiento de la ejecución.

Aquí no queremos ya entrar en estos detalles. Pues, en efecto, lo único que tratábamos era de conceptualizar de una forma jurídicamente adecuada, es decir,

⁴⁶² <<Del descubrimiento de Welzel...>>, pp. 238 y 239.

de una forma meramente normativa –basada en ámbitos de competencia–, la vinculación de varias personas que, empero, habitualmente –sea sólo, sea mayormente, sea además– es explicada con conceptos orientados fácticamente, como el del dominio del hecho, el de la voluntad de autor, el de la voluntad del dominio del hecho, y otros conceptos parecidos⁴⁶³.

Si para *Günther JAKOBS* «el concepto central es el de la competencia» que hoy explica con el «trabajo vinculante» y ambos no son *cualitativos* la diferencia entre autores y partícipes desaparece porque todos son competentes lo que terminaría en un *concepto unitario de autor* al existir sólo «intervinientes» y, con ello, el regreso a explicaciones que se creían superadas pero que reflejan la vinculación de *Günther JAKOBS* con el pensamiento de *HEGEL* y sus discípulos:

Este entendimiento de que la propia voluntad se puede realizar también a través de otras personas exige alguna explicación, porque es fuente de continuos equívocos. Hay que tener aquí presente que, para los hegelianos, en el proceso de realización de la voluntad delictiva, la voluntad, como algo puramente espiritual que es, precisa para materializarse de un medio o instrumento también material. El primero de estos medios, el «instrumento material originario» de que dispone el hombre a tal efecto, en su propio cuerpo y, a partir de él, puede utilizar también instrumentos que están fuera de sí mismo. A este respecto, «los medios de que puede servirse el sujeto agente no son meramente fuerzas naturales, cuyo efecto puede ser calculado y aplicado conforme a leyes causales, sino también las voluntades de otros sujetos libres». La existencia de varias voluntades libres a las que referir entonces lo acaecido tiene diversas consecuencias que se irán indicando en su momento. Pero tiene como primera repercusión la de que la autoría única no agote las formas en que cabe ser sujeto de *una* acción punible. De acuerdo con la teoría de la imputación que aquí late, el concepto de acción (punible) no excluye la posibilidad de que una pluralidad de sujetos, actuando en calidad de tales, cooperen a la producción de una sola acción, de un único delito. Al igual que ocurría en Pufendorf o sucedería luego en nuestro Silvela, la consideración separada, en el momento previo a la imputación, del acontecimiento y del sujeto que lo produce es también aquí determinante. En estas dos ideas, la de que varios sujetos pueden tomar parte en la realización de una sola acción punible y la de que esa parte es diversa según lo sea la cualidad de su disposición anímica, descansa la entera teoría de la participación de los penalistas hegelianos.

⁴⁶³ «La intervención...», pp. 83 y 84.

La aplicación de estos principios supuso la consolidación durante algún tiempo de la tendencia a apreciar sólo dos formas básicas de intervención en el delito –la autoría (*Urheberschaft*) y la complicidad (*Beihilfe*)– y a distinguir las en atención al *animus auctoris* o *socii* con que obrase el sujeto⁴⁶⁴.

Con esta propuesta del «trabajo vinculante» que se presenta en la *coautoría* como un «colectivo» estaría el fundamento para aplicar esta misma idea para los *autores y partícipes* –que mayoritariamente se aceptan– los cuales *a priori* ya no tendrían individualidad porque como «colectivo» realizan un *injusto único*. Esta idea de *Günther JAKOBS* se empieza a identificar como «*sistema unitario de intervención*»⁴⁶⁵:

En oposición a la opinión dominante, que –desde los postulados del “concepto restrictivo de autor” y de la idea de “accesoriedad cualitativa”– sostiene que los tipos de la Parte Especial tipifican exclusivamente conductas riesgosas de autoría, un sector de la doctrina reivindica cada vez más el “sistema unitario de intervención”. En esta dirección destacan en Alemania los planteamientos de JAKOBS y LESCH, y recientemente en España, aunque con algunas matizaciones estructurales, el de ROBLES PLANAS^{466 467}.

⁴⁶⁴ Enrique PEÑARANDA RAMOS, *La participación en el delito y el principio de accesoriedad*, Madrid, 1990, p. 155.

⁴⁶⁵ [La denominación es de Enrique PEÑARANDA RAMOS, quien la utiliza para explicación diferente, en] *La participación...*, p. 323: En las páginas anteriores se ha tratado de demostrar que este modo de ver las cosas no sólo constituye una fase importante, pero ya superada, en el desarrollo histórico del pensamiento jurídico-penal en esta materia; que representa asimismo, en la forma que se le ha dado en los sistemas unitarios actuales, un modelo de regulación que merece, en lugar de las críticas fundamentalmente descalificatorias que se le dispensan, una atenta consideración. El propio nombre con el que, en general, se los designa ha dado pie a buena parte de esas críticas al propiciar su confusión con otros sistemas con los que su similitud es sólo superficial. En Italia se evita llamar «autores» a los «concurrentes eventuales» y se los designa también como «partícipes», para distinguirlos del autor único del delito. Si se entiende que la esencia de este sistema, que cabría denominar, por tanto, «sistema unitario de participación», consiste en que todos los intervinientes realizan distintas partes de un hecho que, globalmente considerado, se corresponde con un tipo de delito de la Parte Especial, no carecería de base la afirmación de que este es justamente el sistema plasmado en el Código penal español.

⁴⁶⁶ Ricardo ROBLES PLANAS, *La participación en el delito: fundamento y límites*, Madrid, 2003, p. 265: a) En primer lugar, un concepto de autor en una teoría global de la intervención en el delito debe abandonar la idea de que el comportamiento típico de ejecución no pueda incluir a varias personas. De nuevo debe traerse aquí a colación la reciente postura de MIR PUIG interpretando que también los cooperadores o inductores *cometen* el delito, e, igualmente, debe remarcarse la necesidad de extender esta interpretación a los cómplices. Así, el comportamiento típico ejecutivo puede y debe comprender a todos los intervinientes en el delito, en tanto éste sea objeto de reparto del trabajo.

⁴⁶⁷ José Leandro REAÑO PESCHIERA, «Autoría y participación delictiva: el sistema del injusto único de intervención», en AAVV, *Estudios de derecho penal*, Lima, 2005, p. 198.

La dificultad que enfrenta este regreso al *concepto unitario de autor* es el contenido del Art. 27 del *Cp* alemán en el que se regula expresamente una disminución de pena para el cómplice:

Art. 27 (Complicidad)

(1) Se castigará como cómplice a quien dolosamente prestare ayuda y asistencia al hecho doloso y antijurídico cometido por otro.

(2) Se ajustará la pena de los cómplices conforme al régimen aplicable a los autores, atenuándola según lo dispuesto en el art. 49⁴⁶⁸, inc. 1⁴⁶⁹.

Así, el posible *concepto unitario de autor* no es sino un *concepto extensivo* – que para nosotros no son lo mismo– porque aún y cuando todos los «intervinientes» son competentes por la realización del tipo penal, la determinación del *quantum* de la pena no se hace para todos hasta el momento de la individualización judicial porque el legislador decidió *a priori* una disminución para el «interviniente» que debe llamarse cómplice⁴⁷⁰.

3.2.3.5.4. *Derecho penal del enemigo y concepto de autor*. El «derecho penal del enemigo», o más bien, «el enemigo» como no *ciudadano* tiene reconocimiento en autores y tiempos alejados de la situación de hoy según lo reconocen entre otros⁴⁷¹, el último impulsor de esta idea Günther JAKOBS⁴⁷² y

⁴⁶⁸ Art. 49. (Atenuantes legales especiales). La aplicación de las atenuantes prescritas o admitidas según este precepto se efectuarán como sigue: 1. En lugar de la pena privativa de libertad de por vida, se aplicará pena privativa de la libertad no inferior a tres años.

⁴⁶⁹ [Copiado de] Julio César ESPÍNOLA, Código penal alemán, parte general, 1976, p. 19.

⁴⁷⁰ Ricardo ROBLES PLANAS, *La participación...*, p. 267: Pero ello no debe llevar a la errónea conclusión de que aquí se abogue por un concepto unitario de autor. Ciertamente, en mi opinión, las reglas de la participación acogen una prohibición diferenciada o específica, pero no extienden una punibilidad no existente. Al existir la regla del art. 29 se segregan las conductas de cooperación del tipo y se erigen en formas de conducta diferenciadas. El menor desvalor de algunas conductas de intervención pasa a estar, en el modelo diferenciador, expresamente tipificado; mientras que en el modelo indiferenciado, la cuantificación del riesgo sólo puede tener lugar en sede de medición de la pena. Por este motivo, parece aconsejable un sistema de regulación como el alemán o el español, en el que se tipifican expresamente las aportaciones que se consideran de menor relevancia.

⁴⁷¹ Carlos PÉREZ DEL VALLE, «Sobre los orígenes del <derecho penal del enemigo>. Algunas reflexiones en torno a Hobbes y Rousseau», en *Cuadernos de Política Criminal*, núm. 75, 2001, pp. 597 y 598: En el

Francisco MUÑOZ CONDE⁴⁷³. La discusión de hoy en relación con el *derecho penal del enemigo* la propició y desarrolló Günther JAKOBS⁴⁷⁴, puntualmente,

Contrato Social hace ROUSSEAU algunas consideraciones sobre el Derecho penal, en las que introduce el concepto de enemigo, que hoy resulta tan discutido en la dogmática penal. Precisamente alude a él al justificar la pena de muerte: «Por otra parte, todo malhechor, cuando ataca el derecho de la sociedad, se convierte por sus crímenes en rebelde y traidor a la patria; él cesa de ser miembro de ella violando sus leyes, e incluso le hace la guerra. Entonces la conservación del Estado es incompatible con la suya; es necesario que uno de los dos perezca; y, cuando se hace morir al culpable, es menos como ciudadano que como enemigo. Los procesos, el juicio, son las pruebas y la declaración de que él ha roto el tratado social y, en consecuencia, ya no es miembro del Estado». Poco después indica, tras señalar la posibilidad de que la condena a los criminales es o la pena de muerte o el exilio, que «un tal enemigo no es una persona moral, es un hombre» («... car un tel ennemi n'est pas une personne morale, c'est un homme») y que es derecho de guerra matar al vencido («... et c'est alors que le droit de la guerre est de tuer le vaincu»). Estas reflexiones podrían estar relacionadas con otras precedentes de HOBBS, en *De Cive*: «..., rebeldes, traidores y todos los convictos de lesa majestad han de ser castigados no con el derecho civil (estatal), sino con el derecho natural, pues lo con [*sic*; ¿son?] no como malos ciudadanos, sino como enemigos de la *civitas* (estado), y no con el derecho del poder o de la autoridad, sino con el derecho de guerra».

⁴⁷² «Derecho penal del ciudadano y derecho penal del enemigo», en Günther JAKOBS/Manuel CANCIO MELIÁ, *Derecho penal del enemigo*, Madrid, 2003, p. 55: En el Derecho natural de argumentación contractual estricta, en realidad todo delincuente es un enemigo (ROUSSEAU, FICHTE). Para mantener un destinatario para expectativas normativas, sin embargo, es preferible mantener el *status* de ciudadano para aquellos que *no* se desvían *por principio* (HOBBS, KANT).

⁴⁷³ *El derecho penal del enemigo*, México, 2003, pp. 26 y 27: También el famoso penalista alemán Edmund Mezger decía en 1943 en los informes que redactó para un Proyecto de Ley sobre el Tratamiento a “Extraños a la Comunidad” del gobierno nacionalsocialista lo siguiente: En el futuro habrá dos (o más) “Derechos penales”: –un Derecho penal para la generalidad (en el que en esencia seguirán vigentes los principios que han regido hasta ahora), y –un Derecho penal (completamente diferente) para grupos especiales de determinadas personas, como por ejemplo, los delincuentes por tendencia. Lo decisivo es en qué grupo debe incluirse a la persona en cuestión... Una vez que se realice la inclusión, el “Derecho especial” (es decir, la reclusión por tiempo indefinido) deberá aplicarse sin límites. Y desde ese momento carecen de objeto todas las diferenciaciones jurídicas... Esta *separación* entre diversos grupos de personas me parece realmente novedosa (estar en el nuevo orden; en él radica un “nuevo comienzo”). [*La cita se refiere a*] Francisco MUÑOZ CONDE, Edmund Mezger, y *el Derecho penal de su tiempo*, 2003, pp. 242 y ss. [*También en*] «Las reformas de la parte especial del derecho penal español en el 2003: de la “tolerancia cero” al “derecho penal del enemigo”», 2006, pp. 33 y 34: Ejemplos de este Derecho Penal excepcional [*se refiere al derecho penal del enemigo*] ha habido siempre desde los orígenes de la codificación penal en el siglo XIX, cuando desde el primer momento se tuvo que recurrir leyes penales excepcionales, contrarias al espíritu liberal y constitucional que inspiraron los primeros Códigos Penales. Así, por ejemplo, en España pronto apareció una legislación excepcional para reprimir primero el bandolerismo, luego los movimientos sociales de carácter anarquista de finales del siglo XIX, y sobre todo tras la Guerra Civil (1936/39) una legislación penal de carácter bélico militar que se prolongó con mayor o menor intensidad durante todo el régimen de la dictadura franquista (1939/1975), que culminó en septiembre de 1975 con la ejecución de cinco miembros de grupos terroristas condenados a muerte por un tribunal militar. Ejemplos de este tipo los ha habido también durante todo el siglo XX en muchos países europeos, y, por supuesto, en otras partes del mundo, especialmente durante períodos de graves crisis económica, política y social, en situaciones de guerra o proguerra, y de un modo generalizado en los regímenes totalitarios de HITLER, MUSSOLINI, STALIN o FRANCO, o en las dictaduras del Cono Sur americano (Argentina, Chile, Uruguay, Paraguay, Brasil) durante los años 70 y parte de los ochenta del pasado siglo.

⁴⁷⁴ Luis GRACIA MARTÍN, *Prolegómenos para la lucha por la modernización y expansión del derecho penal y para la crítica del discurso de resistencia. A su vez, una hipótesis de trabajo sobre el concepto de derecho penal moderno en el materialismo histórico del orden del discurso de criminalidad*, Valencia, 2003, pp. 120 y 121: En los últimos años, la ciencia penal aglutina a ciertas regulaciones positivas bajo la denominación de «Derecho penal del enemigo», viendo en las mismas rasgos característicos del Derecho penal moderno, es

en tres momentos: 1985, 1999, 2003. Como no es objetivo de este apartado hacer un análisis del *derecho penal del enemigo*, se omite la referencia de otros trabajos relacionados con él⁴⁷⁵.

3.2.3.5.4.1. 1985. En el mes de mayo de 1985 en el congreso de los penalistas alemanes celebrado en *Frankfurt*, *Günther JAKOBS* presentó la ponencia que, traducida al castellano, se denomina «Criminalización en el estadio previo a la lesión de un bien jurídico»⁴⁷⁶. El contenido de su ponencia está decidido por un cuestionamiento a la existencia de disposiciones del *Cp* alemán que criminalizan acciones en momentos anteriores a la lesión del bien jurídico, lo cual es criticable en un derecho penal de libertades, que es el que le corresponde a los ciudadanos, recomendando que esta situación debe reconocerse para limitarla porque, la misma, es un reflejo del *derecho penal del enemigo*⁴⁷⁷. Al final de su ponencia, *Günther JAKOBS*, señala:

decir una clara manifestación de la tendencia expansiva del Derecho penal. El «Derecho penal del enemigo», ha sido introducido en el discurso teórico actual por *Jakobs* como un concepto doctrinal que opone a un Derecho penal del ciudadano.

⁴⁷⁵ Miguel POLAINO – ORTS, *Derecho penal del enemigo: desmitipificación de un concepto*, 2006, p. 35: Desde aquel estudio pionero de 1985, en el que se trataba la cuestión del Derecho penal del enemigo, han pasado veinte años. Y ese tema, incorporado sugerentemente por *JAKOBS* al debate científico, ha adquirido en el tiempo presente una relevancia y una actualidad notables. Claro que la primera no fue la única ocasión en la que el autor alemán consagró al tema en cuestión su talento y su sagacidad descriptiva, observadora y crítica. A aquel primer estudio de mediados de los años 80 siguieron otros, en los que igualmente hizo el autor referencia a la problemática del Derecho penal del enemigo: en 1997 en un sugerente libro –inédito en español– titulado *Norem, Person, Gesellschaft*, en 1998 en un trabajo sobre el estado actual de la teoría de la pena, en 1999 en una conferencia en España sobre la ciencia jurídico-penal ante los retos de la actualidad (pronunciada, también, de forma más resumida en un Congreso en Berlín celebrado a finales de 2000), en 2001 en una conferencia inédita escrita tras los atentados del 11-septiembre contra el Pentágono y las Torres Gemelas de Nueva York, en el mismo año en un artículo fundamental sobre el tema «Personalidad y exclusión en Derecho penal», en 2003, en otra obra sobre la pena estatal, hasta llegar a sus recientes aportaciones monográficas sobre el tema (alguna todavía inédita), que citaremos más adelante.

⁴⁷⁶ [Aparece publicada] en *Günther JAKOBS, Estudios de...*, pp. 293-324. La traducción fue realizada por Enrique Peñaranda Ramos. [También se publicó en México]: *Günther JAKOBS, Moderna dogmática penal. Estudios compilados*, 2002, pp. 389-431.

⁴⁷⁷ Miguel POLAINO – ORTS, *Derecho penal del enemigo...*, pp. 28 y 29: En ese trabajo alarmaba *JAKOBS* sobre la técnica legislativa, y la política criminal, presentes en algunos ordenamientos –como el alemán– de adelantar las barreras de protección, reduciendo o limitando el ámbito privado del sujeto por su *enemistad* frente al bien jurídico y frente a las normas que apuntalan la constitución de la Sociedad (denominadas por *JAKOBS* «normas de flanqueo»), que posibilitaban la criminalización de la *acción* desde los más tempranos

III.

1. Para concluir la exposición de mis ideas, que probablemente suenen algo liberales a la antigua usanza, acerca de un intento de definir los límites de la actividad del Estado, me permito efectuar una observación sobre lo contrario del Derecho penal de ciudadanos, esto es, sobre el Derecho penal de enemigos. Con ello no me propongo relativizar todas las afirmaciones anteriores mediante la recomendación de que el Estado no se atenga a las mencionadas ataduras cuando resulte oportuno. Las ataduras son constitutivas para el Estado de libertades; quien las desata, abandona tal modelo de Estado. La existencia de un Derecho penal de enemigos no es signo, por tanto, de la fortaleza del Estado de libertades, sino un signo de que en esa medida simplemente no existe. Ciertamente son posibles situaciones, que quizás se dan incluso en este momento, en las que normas imprescindibles para un Estado de libertades pierden su poder de vigencia si se aguarda con la represión hasta que el autor salga de su esfera privada. Pero incluso entonces el Derecho penal de enemigos sólo se puede legitimar con un Derecho penal de emergencia que rige excepcionalmente. Los preceptos penales a él correspondientes tienen por ello que ser separados estrictamente del Derecho penal de ciudadanos, preferiblemente también su presentación externa. Así como la regulación de la incomunicación no ha sido, acertadamente, incorporada a la StPO⁴⁷⁸ (otra cuestión es si ha sido bien ubicada en la EGGVG⁴⁷⁹, el Derecho penal de enemigos tiene que ser también separado del Derecho penal de ciudadanos de un modo tan claro que no exista peligro alguno de que se pueda infiltrar por medio de una interpretación sistemática o por analogía o de cualquier otra forma en el Derecho penal de ciudadanos. El Código penal, en su actual configuración, oculta en no pocos puntos el desbordamiento de los límites que corresponden a un Estado de libertades.

2. En resumen:

A) Parte General (criminalizaciones de conductas en el estadio previo)

a) Cuanto más intensamente se optimice la protección de bienes jurídicos, tanto más se define al autor como *enemigo*, sin un *ámbito interno* (I.3).

b) El principio *<<cogitationis poenam nemo patitur>>* designa un ámbito interno, que está delimitado, sin embargo, de acuerdo con criterios naturalísticos-sensibles y, por ello, causales para el Derecho penal (I.3).

c) El ámbito interno se tiene que orientar en un régimen de libertades al *status* del autor en cuanto *ciudadano* (I.3).

d) Sin una conducta que sea tanto *externa*, como *perturbadora* (esto es: una conducta que se arrogue una organización ajena), no existe razón alguna para efectuar una indagación vinculante del contexto interno del autor y, en

signos de peligro para el bien jurídico. En ese sentido se *optimizaba* la protección del bien jurídico, y se reducía el ámbito de libertad del sujeto, adelantando la barrera de protección a un estadio anterior, con el fin de neutralizar el peligro sin esperar a que el bien jurídico principal fuera efectivamente lesionado.

⁴⁷⁸ Código de Procedimiento Penal [nota del traductor].

⁴⁷⁹ Ley de Introducción a la Ley de Organización de los Tribunales de 27 de enero de 1887 [nota del traductor].

particular, del aspecto subjetivo de su conducta (principio del hecho) (I.4, 5 y 6).

e) Los no dominable no es interno (I.6).

f) Para la legitimación de los delitos de peligro abstracto hay que distinguir:

aa) si se presume que la conducta típica daría lugar *per se* a un peligro *indominable* (ejemplo: la conducción en estado de embriaguez) o

bb) si se trata del peligro de daños futuros, que son por su parte aún *dominables* (ejemplo: la falsificación de documentos, en sus variantes de producción de documentos ilegítimos y de falsificación de documentos legítimos (I.7)).

g) Los delitos de peligro abstracto de la clase citada sub f), bb) sólo son conciliables con el principio el hecho si se atiende al peligro general de la *conducta*, no al peligro del específico *contexto de planificación* en el que la conducta se encuentra (I.7).

B) Parte Especial (criminalización de la lesión de bienes jurídicos anticipados).

a) La vigencia de las normas puede ser menoscabada por el *anuncio* de su futuro quebrantamiento; un anuncio semejante infringe una norma de flaqueo (II.1 y 2).

b) La *infracción* de normas que protegen un *clima favorable al Derecho* no constituye la arrogación de una organización ajena (II.3)⁴⁸⁰.

Esta postura de *Günther JAKOBS* es de cuestionamiento y de rechazo al *derecho penal del enemigo*, según lo explica *Cornelius PRITTWITZ*:

a) ¿Qué dijo JAKOBS en Frankfurt en 1985?

La ponencia pronunciada por Jakobs en el congreso celebrado en Frankfurt en el año de 1985 fue presentada bajo el siguiente título «Criminalización en el estadio previo a la lesión del bien jurídico». Dicha ponencia ni puede ni debe reconstruirse detalladamente en la actualidad. En realidad en la misma JAKOBS estableció una definición del Derecho penal desde la perspectiva del ciudadano. Ciertamente, el JAKOBS de 1985 mantuvo como el reconocimiento al ciudadano de una esfera de libertad frente al Estado constituye uno de los presupuestos que definen al Derecho penal propio de un Estado liberal y garantista, es decir, de un Estado de Derecho. Citando, expresamente, el «minimalismo penal» de WILHELM VON HUMBOLDT, apuntó dicho autor en 1985, como una gran parte del Código penal, esto es, toda criminalización de un acto previo a la lesión del bien jurídico, no se ajustaba a un Derecho penal legítimo, es decir, a un «Derecho penal del ciudadano», sino que era propio, y es por ello que debe ser criticado, de un «Derecho penal del enemigo»⁴⁸¹.

⁴⁸⁰ «Criminalización en el estadio...», pp. 323 y 324.

⁴⁸¹ «Derecho penal del enemigo: ¿análisis crítico o programa del Derecho penal?», en Santiago MIR PUIG/ Mirentxu CORCOY BIDASOLO (Dirs.) Víctor GÓMEZ MARTÍN (coord.), *La política criminal en Europa*, Barcelona, 2004, pp. 110 y 111.

3.2.3.5.4.2. 1999. En el mes de octubre de 1999 en Berlín, Alemania, Günther JAKOBS presentó una ponencia titulada «La ciencia penal ante los retos del futuro»⁴⁸². En este trabajo en el apartado V.2 caracteriza, enumera regulaciones y hace un pronóstico del *derecho penal del enemigo*, y explica quién es el enemigo⁴⁸³:

El Derecho penal de enemigos sigue otras reglas distintas a las de un Derecho penal jurídico-estatal interno y todavía no se ha resuelto en absoluto la cuestión de si aquel, una vez indagado en su concepto, se revela como Derecho. Particularidades típicas del Derecho penal de enemigo son: 1) amplio adelantamiento de la punibilidad, es decir, el cambio de la perspectiva del hecho producido por la del hecho que se va a producir, siendo aquí ejemplificadores los tipos de creación de organizaciones criminales o terroristas (§§ 129 y 129^a StGB), o de producción de narcóticos por bandas organizadas (§§ 30 I 1 y 31 I 1 BtMG)⁴⁸⁴; 2) falta de una reducción de la pena proporcional a dicho adelantamiento, por ejemplo, la pena para el cabecilla de una organización terrorista es igual a la del autor de una tentativa de asesinato, por supuesto aplicando la aminoración de la tentativa (§§ 129a II, 211 I y 49 I 1 StGB) y sobrepasa de manera ostensible en la mayoría de los casos las penas reducidas de la tentativa prevista para los demás delitos de asociaciones terroristas; 3) paso de la legislación de Derecho penal a la legislación de la lucha para combatir la delincuencia, y, en concreto, la delincuencia económica (Primera Ley para la Lucha Contra la Delincuencia Económica, de 29 de julio de 1976, BGBI⁴⁸⁵I, p. 2034; Segunda Ley para la Lucha Contra la Delincuencia Económica, de 15 de mayo de 1986, BGBII, p. 721), el terrorismo (art. 1 de la Ley para la Lucha contra el Tráfico Ilegal de Drogas y Otras Formas de Delincuencia Organizada), pero también —con alguna pérdida de contorno— los delitos

⁴⁸² Existe traducción al castellano por Teresa MANSO PORTO, en Eser/Hassemer/Burkhard, *La ciencia del derecho penal ante el cambio del milenio*, Valencia, 2003. [Esta traducción se encuentra publicada, también, sólo que con el nombre de «La ciencia del derecho penal ante las exigencias del presente», en] Günther JAKOBS, *Moderna dogmática penal. Estudios compilados*, México, 2002, pp. 715-738.

⁴⁸³ Cornelius PRITTWITZ, «Derecho penal...», p. 111: b) ¿Qué dijo exactamente JAKOBS en Berlín en 1999?. El planteamiento formulado en Berlín en 1999 «suena» diferente: la pena, prevista y considerada legítima en un Estado de Derecho no resulta suficiente en algunos ámbitos de la criminalidad. En opinión de JAKOBS, únicamente aquellos que se comporten en general como personas, y yo añadiría, como ciudadanos, serán tratados como personas, esto es, como ciudadanos. Quienes por el contrario, no se comporten así, serán —justamente— excluidos de la ciudadanía, transformándose, de esta forma, en un «enemigo», esto es, un «no — persona». ¡Lo cual resulta muy fuerte! Y resulta especialmente fuerte si tenemos en cuenta que, a continuación, el propio JAKOBS añade que dicha exclusión tendría una expresa cobertura legal y señala que en esta lucha abierta contra el enemigo, únicamente, se hará uso de aquellos medios que resulten imprescindibles, llegando a reconocérsele incluso un estatus de persona «potencial».

⁴⁸⁴ *Betäubungsmittelgesetz* (Ley de narcóticos). [Nota del traductor].

⁴⁸⁵ *Bundesgesetzblatt* (Boletín Oficial del Estado Federal). [Nota del traductor].

sexuales y otras conductas penales peligrosas (Ley para la Lucha Contra los Delitos Sexuales y otras Conductas Penales Peligrosas, de 26 de enero de 1998, BGBII, p. 160), así como –abovedando todo– la delincuencia en general (Ley para la Lucha Contra la Delincuencia, de 28 de octubre de 1994, BGBII, p. 3186); 4) supresión de garantías procesales, donde la incomunicación del procesado constituye actualmente el ejemplo clásico.

Con este lenguaje –adelantando la punibilidad, combatiendo con penas más elevadas, limitando las garantías procesales–, el Estado no habla con sus ciudadanos, sino que amenaza a sus enemigos, y queda el interrogante de quiénes son considerados como enemigos. El enemigo es un individuo que, no sólo de manera incidental, en su comportamiento (delincuencia sexual; ya el antiguo delincuente habitual “peligroso” según el § 20a StGB (suprimido por la Primera Ley de Reforma del Derecho Penal, de 25 de junio de 1969, BGBII, p. 645)) o en su ocupación profesional (delincuencia económica, delincuencia organizada y también, especialmente, tráfico de drogas o, principalmente, a través de su vinculación a una organización (terrorismo, delincuencia organizada, nuevamente la delincuencia de drogas, o el ya antiguo “complot de asesinato”), es decir, en cualquier caso de forma presuntamente duradera, ha abandonado el Derecho, por consiguiente ya no garantiza el mínimo de seguridad cognitiva del comportamiento personal y lo manifiesta a través de su conducta.

Si las apariencias no engañan, el número de enemigos no va a descender tan pronto, sino que posiblemente aumentará todavía más. Una sociedad (...) ⁴⁸⁶.

Una comparación de las propuestas de *Günther JAKOBS* en sus ponencias de 1985 y de 1999 la realiza *Cornelius PRITTWITZ*:

c) ¿Qué valoración merece su intervención de 1999 con respecto a su ponencia presentada en 1985?

En términos generales, puede afirmarse que mientras en su ponencia de 1985 JAKOBS declaró la guerra al ilegítimo «Derecho penal del enemigo», en su intervención de 1999 declaró la guerra a los enemigos de la sociedad. Si bien entiendo que no resulta necesario realizar una comparación exhaustiva de estas dos intervenciones, quisiera realizar algunas observaciones al respecto. *Primero*: JAKOBS en el año 1999 todavía se muestra partidario de una sociedad liberal en la que los «enemigos» no ponen en peligro *per se* al propio Estado liberal, sino que constituyen una amenaza para la sociedad liberal que aspira y merece un Estado liberal. *Segundo*: quisiera hacer hincapié en el hecho de que nunca JAKOBS y tampoco en el año 1985 ha defendido un modelo garantista eterno e inalterable. Faltaría a la verdad si no apuntara que JAKOBS en su ponencia de 1985 –conscientemente o no– sentó las bases de su declaración garantista. *Tercero*: igualmente en 1985 JAKOBS delimitó tres modelos de Derecho penal: el «Derecho penal del ciudadano»,

⁴⁸⁶ Günther JAKOBS, «La ciencia del derecho penal ante las exigencias del presente», en *Moderna dogmática penal. Estudios compilados*, México, 2002, pp. 732 y 733.

por el que se decantó en 1985; un «Derecho penal autoritario» que expresamente rechazó en dicho año; y un «Derecho penal que ni es autoritario ni del ciudadano». En 1985 JAKOBS advirtió que la sanción («Represión») de determinadas conductas pertenecientes a la esfera privada del individuo, protegida y respetada por el Estado liberal, dejaría sin vigencia algunas normas irrenunciables a este modelo de Estado.

Sin embargo, llegados a este punto, no podemos olvidar, y tampoco JAKOBS puede hacerlo, cómo ya en 1985, este autor apuntó que en el momento en que el «Derecho penal del enemigo» deviniera necesario, constituiría un Derecho penal de emergencia, en modo alguno legítimo como regla, sino, únicamente, como excepción a la misma. Entiende JAKOBS en 1985 que la existencia de un «Derecho penal del enemigo» jamás puede erigirse en una manifestación y un símbolo de la presencia de un «*Estado liberal fuerte y seguro de sí mismo*», sino que, por el contrario, constituye siempre una manifestación y un símbolo de su ausencia.

d) ¿Por qué una expresión tan aplaudida en 1985 causó tanto impacto en 1999?

En mi opinión, el impacto de 1999 lo motivó la ponencia de 1985. De hecho, Jakobs no utiliza esta escandalosa e indecorosa expresión de forma negligente, sino precisamente con la intención de mostrar su indignidad. Sin embargo, el impacto causado en 1999 no tiene su origen en el mero uso de un lenguaje ofensivo, lo cual, por otra parte podría ser incluso una calculada provocación, sino que tiene su origen en el hecho de que en 1985 el propio JAKOBS utilizó la noción del «Derecho penal del enemigo», realmente, con la finalidad de criticar la tendencia antiliberal y bélica, tendencia ésta que, contrariamente, justifica en el año 1999⁴⁸⁷.

Esta explicación demuestra que en menos de quince años *Günther JAKOBS* abandonó el cuestionamiento del *derecho penal del enemigo* para iniciar su justificación⁴⁸⁸. A partir de este momento el *derecho penal del enemigo* se convertirá en un *programa de orientación* que, sin buscarlo, será apoyado con los actos terroristas del 11 de septiembre del 2001 en los Estados Unidos de América⁴⁸⁹ y se convertirá en tema de debate en la *doc jur pen*⁴⁹⁰.

⁴⁸⁷ «Derecho penal...», pp. 111 y 112.

⁴⁸⁸ Miguel POLAINO – ORTS, *Derecho penal del enemigo...*, p. 47, cita 53: (...); Kai AMBOS, «Feindstrafrecht», *ZStrR*, Band 124, 2006, pp. 13, 19, quien considera que JAKOBS ha pasado de un «nivel analítico-descriptivo» a uno «legitimante»: «Es un paso de concepto descriptivo y crítico-denunciatorio a uno legitimador-afirmativo del Derecho penal del enemigo». Cfr., también, Luis GRECO, «Über das sogenannte Feindstrafrecht», *GA*, Heft 2, 2006, pp. 100 y ss.

⁴⁸⁹ Manuel CANCIO MELIÁ, «¿Derecho penal del enemigo?», en Günther JAKOBS/Manuel CANCIO MELIÁ, *Derecho penal del enemigo*, Madrid, 2003, p. 60: (...) Este cambio cristaliza de modo especialmente llamativo –como aquí intentará mostrarse– en el concepto del «Derecho penal del enemigo», que fue (re -)

3.2.3.5.4.3. 2003. En este año se publica en castellano el artículo «Derecho penal del ciudadano y derecho penal del enemigo»⁴⁹¹. En él, Günther JAKOBS, después de explicar, aceptar y justificar la existencia del *derecho penal del enemigo*, concluye:

VII. RESUMEN

1. En el Derecho penal del ciudadano, la función manifiesta de la pena es la *contradicción*, en el Derecho penal del enemigo la *eliminación de un peligro*. Los correspondientes tipos ideales prácticamente nunca aparecerán en una configuración pura. Ambos tipos *pueden* ser legítimos.
2. En el Derecho natural de argumentación contractual estricta, en realidad todo delincuente es un enemigo (ROUSSEAU, FICHTE). Para mantener un destinatario para expectativas normativas, sin embargo, es preferible mantener el *status* de ciudadano para aquellos que *no* se desvían *por principio* (HOBBS, KANT).
3. Quien por principio se conduce de modo desviado no ofrece garantía de un comportamiento personal; por ello, no puede ser tratado como ciudadano, sino debe ser combatido como enemigo. Esta guerra tiene lugar con un legítimo derecho de los ciudadanos, en su derecho a la seguridad; pero a diferencia de la pena, no es Derecho también respecto del que es penado; por el contrario, el enemigo es excluido.
4. Las tendencias contrarias presentes en el Derecho material –contradicción *versus* neutralización de peligros– encuentran situaciones paralelas en el Derecho procesal.
5. Un derecho penal del enemigo claramente delimitado es menos peligroso, desde la perspectiva del Estado de Derecho, que entre mezclar *todo* el Derecho penal con fragmentos de regulaciones propias del Derecho penal del enemigo.
6. La punición internacional o nacional de vulneraciones de los derechos humanos después de un cambio político muestra rasgos propios del Derecho penal del enemigo sin ser sólo por ello ilegítima⁴⁹².

introducido –de modo un tanto macabro *avant la leerte* (de las consecuencias) del 11 de septiembre de 2001– recientemente por JAKOBS en la discusión.

⁴⁹⁰ Miguel POLAINO – ORTS, *Derecho penal del enemigo...*, p. 21: Ese constituye el tema de este libro. Un tema, desde luego, de candente actividad en el debate jurídico-penal del presente. Es más, si hubiera de señalarse un ámbito de todo el Derecho penal moderno que haya adquirido una inusitada difusión en los últimos años, ese sería, probablemente, el del *Derecho penal del enemigo*. Por desgracia, los motivos de dicho protagonismo no tienen nada que ver con el carácter científico de las reflexiones que originaron la discusión. Se trata más bien –a la vista está– de motivaciones sensacionalistas derivadas de una terminología quizá provocadora para espíritus especialmente suspicaces.

⁴⁹¹ En Günther Jakobs/Manuel Cancio Meliá, *Derecho penal...*, pp. 19-56.

⁴⁹² En Günther Jakobs/Manuel Cancio Meliá, *Derecho penal...*, pp. 55 y 56.

Después del año 2003 ninguna duda existe de que el *derecho penal del enemigo* es prioridad en la propuesta del sistema funcionalista de Günther JAKOBS⁴⁹³, quien, ante los cuestionamientos, responde:

En esto consiste la tesis del Derecho penal del enemigo. Para mí es hasta cierto punto enigmático cómo esa descripción fundamental de una realidad, que no contiene pretensión ni propuesta político-jurídica alguna, haya podido dar lugar a un nuevo género de literatura jurídico-penal, que entretanto ya ha llenado una pequeña biblioteca con libros que constituyen en realidad más un acto de fe sobre cuestiones jurídico-penales y constitucionales que escritos razonablemente meditados. Algunos de esos escritos, a causa de la efusividad de la creencia en el Estado de Derecho y de la repugnancia por lo malévolo del Derecho penal del enemigo, compiten absolutamente con el pietismo. El paralelismo va incluso más allá: como se está seguro aquí y ahora de saberlo todo *inmediatamente*, se cree estar relevado del esfuerzo de tener que ocuparse de las condiciones de la evolución del concepto a la idea del Estado de Derecho (en el sentido de HEGEL). En las discusiones científicas he emplazado continuamente a mis contendoras y contendores a que respondan verdaderamente a la pregunta: ¿Cómo podría funcionar la orientación real de una institución normativa (p. ej. el mismo Estado de Derecho, o la persona en Derecho) sin una corroboración cognitiva? Las respuestas se han apartado, generalmente, de lo normativo: el Estado de Derecho y la persona no *pueden* conocer límite alguno⁴⁹⁴.

Se comparta o no la propuesta de Günther JAKOBS sobre el *derecho penal del enemigo*, su efecto para la determinación del concepto de autor es que, si la base de la imputación ya no es el *principio del hecho* sino el *ser peligroso*, se estaría dando origen a un *derecho penal de autor* y, con ello, a un *concepto unitario de autor* porque todos los que presenten las características peligrosas

⁴⁹³ Miguel POLAINO – ORTS, *Derecho penal del enemigo...*, pp. 41 y 42: (...). Más recientemente, ha vuelto a dedicar el autor una ponencia al tema bajo el título <<¿Terroristas como personas en Derecho?>>, que fue pronunciada en el curso de una de las sesiones de las jornadas de penalistas alemanes celebradas en Frankfurt (Oder) el 8 de mayo de 2005. Y aún ha pronunciado recientemente, en el otoño de 2005, una nueva ponencia sobre el tema en Trier, aún inédita al momento presente. [En las pp. 46 y 47, agrega] Por lo demás, cabe, asimismo, concluir que las sucesivas contribuciones del autor alemán, desde su primera conferencia en 1985 hasta la última (aun inédita) de 2006, son producto de un análisis coherente en su sistema funcionalista, de manera que entre una y otra no hay rupturas ni cambios, sino plena evolución lógica: así, la referencia primera a la lesión de las normas de flaqueo contenía ya en su base, incluso explícitamente, la referencia a la erosión de la confianza cognitiva. [El 9 de junio del 2006, en Lima, Perú, Günther JAKOBS, dictó la conferencia <<¿Derecho penal del enemigo? Una investigación sobre las condiciones de la juricidad>>].

⁴⁹⁴ <<Prólogo>>, en Miguel POLAINO – ORTS, *Derecho penal del enemigo...*, pp. 16 y 17.

serán autores sin interesar qué hizo cada uno. Si la propuesta de *Günther JAKOBS* es la separación del *derecho penal del ciudadano* del *derecho penal del enemigo*, y en cada uno de ellos habrá que determinarse cómo *se es autor*, pareciera que, al final, lo que existirá es un *concepto unitario de autor* con fundamento en el «trabajo vinculante» y en el *ser un enemigo*.

3.2.3.6. *Situación de hoy*. La *teoría del dominio del hecho* es considerada como la de mayor aceptación en países como Alemania⁴⁹⁵ y España. Si bien es la teoría dominante no es el criterio con el que se explica el concepto de autor de todas las estructuras típicas, lo que le resta su importancia y demuestra que con ella sólo se logró resolver el *concepto de autor* para los llamados «delitos de dominio» y, en ellos, solamente para los tipos de acción con dolo, sin aplicación en los tipos de acción con culpa, de omisión, de infracción de deber⁴⁹⁶. Esta problemática ha generado: (1) que en Alemania autores como *BLOY/BOTTKE*⁴⁹⁷, *MURMANN*, *SCHILD*, *RENZIKOWSKI*, *MEYER*, *SCHUMANN*⁴⁹⁸,

⁴⁹⁵ Claus ROXIN, «Las formas de intervención en el delito: estado de la cuestión», 2000, pp. 165: a) La delimitación entre autoría y participación se lleva a cabo, según la opinión absolutamente dominante en la bibliografía alemana, con ayuda de la doctrina del dominio del hecho. Se están produciendo, sin embargo, algunas variaciones en la discusión. Mi libro *Täterschaft und Tatherrschaft* (1963), cuya 6ª. edición apareció en 1994 y se ha publicado este año en lengua española, mientras ya me estoy ocupando de la revisión para la 7ª. edición, ha provocado que durante 20 años en Alemania –a excepción de un corto escrito didáctico de HERZBERG, del año 1977– no apareciera ninguna otra monografía sobre autoría y participación. Desde entonces, sin embargo, han aparecido 9 libros nuevos que se ocupan de reflexionar sobre las cuestiones fundamentales de la autoría y participación. [Existe otra traducción de Manuel A. Abanto Vázquez, en] Claus ROXIN, *Problemas actuales de dogmática penal*, Lima, 2004.

⁴⁹⁶ Bernd SCHÜNEMANN, «Del descubrimiento de Welzel...», p. 233: (...) Esto vale ya para la concepción de Roxin, quien, pese a haber elaborado, por un lado, el criterio del dominio del hecho de modo concreto y detallado, por otro lado hace hincapié en su limitación al ámbito de los delitos comunes de comisión dolosa. Para los otros ámbitos de los delitos especiales, de los delitos impropios de omisión y, originariamente, también de los delitos imprudentes, ha propagado un criterio completamente diferente de autoría: la infracción de un deber extra penal. [Y en la cita número 10, agrega] así en forma completa en *Täterschaft und Tatherrschaft*, 1ª. ed., 1963, pp. 352 y ss., 458 y ss., 527 y ss., mientras que en ediciones posteriores renunció a incluir en los delitos de infracción de deber (*Pflichtdelikte*) primero los delitos imprudentes, y ahora en el tomo II de su *Lehrbuch zum Allgemeinen Teil* (2003, pp. 716 y ss.) aplica a los delitos impropios de omisión la concepción desarrollada por mí del dominio sobre el fundamento del resultado.

⁴⁹⁷ Wilfried BOTTKE, «Estructura de la autoría...», pp. 321 y 322: C) CONCLUSIÓN. La autoría es equivalente en la comisión y en la omisión, quien configura, con pleno poder, el hecho típico «causa dirigidamente» –*bewerkt*–, ejerce dominio de configuración relevante. La autoría del autor inmediato es el

Bernd SCHÜNEMANN y *Erich SAMSON*, y en España *Diego Manuel LUZÓN PEÑA* y *Miguel DÍAZ y GARCÍA CONLLEDO* a la propuesta de la *teoría del dominio del hecho* le hagan matizaciones para salvar algunas de las críticas que se le señalan; (2) que en Alemania y en España algunos autores no acepten la *teoría del dominio del hecho* para definir el concepto de autor.

3.2.3.6.1. *Alemania*. La propuesta de *Erick SAMSOM*⁴⁹⁹ y de *Bernd SCHÜNEMANN* se identifican con la *teoría del dominio del hecho* pero con aportaciones propias. Las ideas de *Bernd SCHÜNEMANN* con su propuesta del <<dominio sobre el fundamento del resultado>>⁵⁰⁰, la explica así:

dominio de configuración a través de la actuación corporal. La autoría del autor mediato es el dominio de configuración superior y relevante. La autoría del coautor es el dominio de configuración equivalente y concertado. La autoría del autor de un delito especial comisivo es el dominio de configuración predominante por el hacer positivo. La autoría del autor de un delito impropio de omisión es el dominio de configuración asumido y relevante. Todas las formas de autoría se caracterizan materialmente a través de la <<dirección actual>> –*aktuelle Machthabe*– sobre el hecho causado. El dominio de configuración relevante se determina a través de las proposiciones cualitativas del fundamento penal del legislador. Hay que reconocer, que este bosquejo produce a lo más <<curiosidad>> sobre su elaboración. Sin embargo, no se puede convencer con semejante elaboración. Además, por cierto, ella se adhiere a la doctrina de la autoría de ROXIN, a la que modifica pero tampoco de forma relevante. Y aun cuando semejante revaluación solamente se haya desencaminado: permanece escrita y <<poderosa y de nuevo eficaz>> la obra del maestro de la doctrina de la autoría.

⁴⁹⁸ Claus ROXIN, <<Las formas de intervención...>>, pp. 166 y 167: BLOY y BOTTKE desarrollan –para mi satisfacción– una doctrina del dominio del hecho semejante a la por mí defendida, pero desde un punto de partida algo distinto. MURMANN se refiere a una doctrina personal del dominio del hecho. SCHILD emprende una discusión con mi libro, pero sin formular –como él mismo reconoce (p. 47)– una consideración crítica a la doctrina del dominio del hecho. Y también RENZIKOWSKI, en la obra más moderna sobre nuestro tema, intenta sólo una –como él la denomina (pp. 34, 77)– <<reformulación de la doctrina del dominio del hecho>>, recurriendo a la prohibición de regreso y a la idea de autonomía, puntos de vista conocidos en la historia de las ideas. También aquellos autores que, como MEYER con la <<autonomía>>, o como SCHUMANN con el <<principio de autorresponsabilidad>>, se sitúan en el centro de la delimitación, plantean las cosas con criterios muy próximos a la doctrina del dominio del hecho, porque la autonomía o la autorresponsabilidad de uno de los ejecutores es la que regularmente excluye del dominio del hecho a otros intervinientes.

⁴⁹⁹ Carolina BOLEA BARDON, *Autoría...*, p. 65: (...) Por otro lado, siguiendo en parte a ROXIN, propone SAMSON que cuando el tipo sólo prevé la infracción de un deber a través de cualquier acción como, por ejemplo, la prevaricación, bastará para ser autor con infringir dicho deber; mientras que si la ley exige que la infracción se produzca a través de una conducta determinada, por ejemplo, la falsificación de un documento por un funcionario, para ser autor se exigirá, además, tener el dominio fáctico del hecho.

⁵⁰⁰ Carolina BOLEA BARDON, *Autoría...*, p. 65: (...) Distanciándose en este punto del planteamiento de su maestro, considera SCHÜNEMANN la posición del obligado por un deber especial como un <<dominio fáctico de protección sobre el bien jurídico>>. De este modo, pretende explicar los <<delitos consistentes en la infracción de un deber>> como una variante de los delitos de acción (*Herrschaftsdelikte*), y construir, así un principio unitario, normativo, en el que basar el dominio del hecho. El <<dominio sobre la razón del resultado>> (*Herrschaft über den Grund des Erfolges*) es, para SCHÜNEMANN, el criterio unitario normativo

IV. LA “NUEVA IMAGEN TIPOLÓGICA” DE LA AUTORÍA

De este modo, se encuentra libre el camino para lograr una unidad sistemática en la teoría del autor. El criterio del dominio sobre el fundamento del resultado que propuse en el año 1971 para delitos de comisión e impropios de omisión como la caracterización más general del concepto tipológico (*Typus*) de la autoría, logra los fines también en su aplicación a los delitos especiales. Esta categoría (*Typus*) superior se subdivide en el dominio sobre la situación de desamparo del bien jurídico (con las posiciones de garante en particular, de la comunidad de vida, comunidad de riesgos y la asunción de la vigilancia) y el dominio sobre una causa esencial del resultado (dentro de estos se encuentra, en primer lugar, el dominio sobre el propio cuerpo en los delitos de comisión y, más allá, en los delitos de omisión las posiciones de garante en particular de los deberes en el tráfico, provenientes del control de fuentes de peligro, del dominio sobre personas o instalaciones peligrosas y, finalmente, la responsabilidad de quien dirige la empresa). Al mismo tiempo, esto demuestra la corrección lógico-objetiva de la clasificación de las posiciones de garante (que actualmente es generalmente reconocida en Alemania en sentido formal) en dos grandes grupos: en primer lugar, las posiciones de garante en virtud de la defensa en torno al bien jurídico y, en segundo lugar, las posiciones de garante en virtud del control de una fuente de peligro. Aquí no se trata sólo de una clasificación externa, sino, al mismo tiempo, de una tipología de la clase del dominio del hecho. El mismo estado de cosas se encuentra también al menos en la mayoría de los delitos especiales que tipifican una relación de dominio como presupuesto de la autoría y, por tanto, los he denominado delitos especiales de garantía. Aquí hallamos, por un lado, el dominio sobre la situación de desamparo del bien jurídico; por ejemplo, en caso de infidelidad del administrador del patrimonio. Sin embargo, por otro lado, también hallamos el dominio sobre una fuente de peligro como causa esencial del resultado, como por ejemplo, el dominio que existe al dirigir una empresa o al utilizar instalaciones peligrosas. Justamente en este ámbito existen en Alemania numerosos delitos especiales. Así, por ejemplo, cuando el dueño de una instalación peligrosa daña por esa circunstancia el medio ambiente. Aquí no es el deber del derecho público el criterio decisivo, que, en realidad, representa sólo una cuestión accesoria al dominio en el ámbito del derecho público sino la posesión del dominio mismo, que puede transmitirse a quien dirige la empresa y lo convierte en autor idóneo. De este modo, queda abierta la vía para una sistemática del concepto de autor de los delitos dolosos basada en un principio uniforme, que está caracterizada en los delitos de comisión por el dominio del hecho, en los delitos impropios de omisión y los delitos especiales de garantía por un dominio preestablecido sobre el suceso, en el sentido del control sobre un ámbito social. Ambos son

que ha de a [*sic*; ¿ha de?] servir como principio fundamentador de cualquier forma de autoría, en delitos de comisión activa, en delitos de omisión y, también en los delitos <<especiales de garante>>.

formas de manifestación del dominio sobre al fundamento del resultado como la estructura general de la autoría⁵⁰¹.

3.2.3.6.2. *España*. De entre los autores que su propuesta tiene vínculos con la *teoría del dominio del hecho* se encuentran *Diego-Manuel LUZÓN PEÑA* y *Miguel DÍAZ* y *GARCÍA CONLLEDO*.

3.2.3.6.2.1. *Diego-Manuel LUZÓN PEÑA*. Al aceptar que el *dominio del hecho* es de naturaleza objetiva, le permite plantear en su artículo «La «determinación objetiva del hecho». Observaciones sobre la autoría en delitos dolosos e imprudentes de resultado»⁵⁰² su idea de cómo el *dominio del hecho* permitiría explicar la autoría en los tipos dolosos y en los de culpa⁵⁰³:

Esta cualidad de la acción o característica fáctica de la autoría (en los delitos de resultado), es, a mi juicio, la «*determinación objetiva*» del hecho, o sea, del acontecer típico, del curso causal, de la producción del resultado. Ahí se encuentra el sustrato o base objetiva de la autoría, es decir, de la auténtica realización del hecho típico, tanto en el delito doloso como en el imprudente.

⁵⁰¹ «Del descubrimiento de Welzel...», pp. 245 y 246.

⁵⁰² Publicado en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, t. XLII, fasc. III, septiembre-diciembre, 1989, Madrid, pp. 889-913.

⁵⁰³ Carolina BOLEA BARDON, *Autoría...*, pp. 67 y 68: La tesis de LUZÓN PEÑA se aparta claramente de la versión más extendida del dominio del hecho. Su criterio del dominio objetivo y positivo el hecho [*sic*; ¿*del hecho?*] se centra en la posición de control que ejerce el sujeto sobre la producción del resultado, pudiendo decidir positivamente el sí y el cómo de la misma. Dominio objetivo positivo supone, para este autor, más que el mero dominio negativo del hecho o posibilidad de impedirlo, pues «significa que el sujeto está en tales condiciones que, si obrara dolosamente, decidiría con su actuación la producción (y el cuándo y el cómo) del resultado». LUZÓN PEÑA se enfrenta a la concepción mayoritaria que entiende que el dominio del hecho también requiere componentes subjetivos, sosteniendo «que existe – *también en los delitos dolosos* – un dominio objetivo o control objetivo del hecho, que concurrirá con independencia de la voluntad del agente si la conducta está objetivamente en condiciones de dominar, controlar o determinar el curso de los acontecimientos hacia el resultado y (...) efectivamente lo hace. A ello se le añade entonces (en los delitos dolosos) la voluntad consciente del autor de dirigir o configurar finalmente el curso causal». Es decir, que la determinación objetiva del hecho aparece como el sustrato o base objetiva de la autoría en los delitos de resultado, tanto dolosos como imprudentes. Miguel DÍAZ y GARCÍA CONLLEDO, *La autoría...*, pp. 627 y 628: (...) Sin embargo, LUZÓN PEÑA perfila y matiza algo más estas ideas posteriormente. Señala que, frente a la concepción mayoritaria de entender que el dominio del hecho tiene un contenido mixto objetivo – subjetivo, podría mantenerse “que existe –*también en los delitos dolosos*– un dominio objetivo o control objetivo del hecho, que concurrirá con independencia de la voluntad del agente si la conducta está objetivamente en condiciones de dominar, controlar o determinar el curso de los acontecimientos hacia el resultado y... efectivamente lo hace”, a lo que se añadirá, en los delitos dolosos, “la voluntad consciente del autor de dirigir o configurar finalmente el curso causal; en resumen, el dominio objetivo será el sustrato fáctico de la autoría, tanto en los delitos dolosos como en los imprudentes.

En el delito doloso ese sustrato pasa a denominarse dominio del hecho cuando al mismo se le añade una decisión y dirección consciente y final. Pero igualmente en el delito imprudente la autoría requiere la misma realización objetiva del hecho típico —y no sólo contribución a la misma—, por lo que sólo es autor imprudente aquel cuya conducta determine objetivamente (y positivamente) la producción del resultado. Y ello implica que tal conducta, consciente o inconscientemente, de hecho marca o configura decisivamente y sin dejar libre capacidad de respuesta el curso del acontecer típico (el curso causal), fija el si y el cómo del mismo, e impulsa forzosamente o desvía las cosas en una determinada dirección, concretamente hacia la producción del resultado. Esta determinación positiva del acontecimiento es, como se ve, distinta y más que el mero «poder o capacidad de impedir o contener» el curso del hecho, no ya con una actividad positiva, sino con la simple pasividad, poder que algunos consideran suficiente para la autoría, pero que no es más que dominio potencial negativo o, más simplemente, «dominio negativo», característico de una forma de simple participación como la cooperación necesaria. Y el criterio de la determinación positiva y objetiva del hecho es asimismo distinto y más que el mero «dominio posible» positivo, como posibilidad de dominar el hecho para producir el resultado típico, pero que no llegaría a «potencialidad» (germen) porque no requeriría un poder o capacidad especial en el sujeto —cuyo criterio desde luego es insuficiente para la autoría, dolosa o incluso imprudente, ya que en muchos casos le cabría tal posibilidad a simples partícipes e incluso a extraños presentes—; pero también es más que un «dominio potencial» positivo del hecho que ciertamente suponga condiciones o situación del poder o capacidad de dirigir o dominar el acontecimiento hacia el resultado, pero que efectivamente no llegue a determinar o configurar el hecho —y que por lo mismo es también insuficiente para la autoría, pues no basta la capacidad sino se ejercita—⁵⁰⁴.

Esta explicación inicial la sigue desarrollando⁵⁰⁵ y hoy la mantiene:

⁵⁰⁴ «La <determinación objetiva...>», pp. 894-896.

⁵⁰⁵ *Curso de derecho penal, parte general I*, Madrid, 1999, p. 511, cita número 10: La posición que he expuesto en este ap. II 4 la he ido desarrollando desde hace años en varios trabajos, a los que me remito para un estudio más amplio de estas cuestiones y tb, para una exposición concreta de las posturas de doc. y jurisprud.: cfr. *Luzón Peña* Concurrencia de culpas y autoría o participación en los delitos imprudentes. Comentario a las STS 28-4-1978 y 3-5-1978, RDCir 1978, 387 ss. = DPCir, 1990, 73 ss. (donde ya defendía la distinción en los delitos imprudentes entre autoría o auténtica realización del tipo y mera participación imprudente impune); Autoría e imputación objetiva en el delito imprudente: Valoración de las aportaciones causales. Comentario a STS 27-1-1984, RDCir 1984, 275 ss. = DPCir, 1990, 81 ss. (desarrollando la teoría y apuntando como criterio de la autoría imprudente el del dominio o control objetivo y positivo del hecho -siguiéndome *Silva*, ADPCP, 1987, 469-, o dominio potencial del hecho); la «determinación objetiva del hecho». Observaciones sobre la autoría en delitos dolosos e imprudentes de resultado, ADPCP 1989, 889 ss. = DPCir, 1990, 105 ss. = EPen, 1991, 197 ss. (precisando definitivamente los criterios y sustituyendo el término «dominio objetivo del hecho» por el de determinación objetiva del hecho). A mi posición se han unido autores como *Díaz y García Conlledo*, *Ag. Jorge Barreiro* o *Rodríguez Montañez* (tb. *Calderón Cerezo* coincide en lo sustancial con la

d) En los delitos imprudentes de resultado, que son los más frecuentes, la autoría requiere la *determinación objetiva del hecho* mediante la conducta (y si son delitos de resultado con modalidades descritas de ejecución, además la realización de esa actividad legalmente descrita). Ello supone que la conducta marca y fija forzosamente el curso del hecho a la producción del resultado típico, es decisiva, decide sobre el si y el cómo del curso del acontecimiento, y por ello determina objetiva y positivamente el hecho típico; esa cualidad o circunstancia, la determinación objetiva del hecho, es la misma base objetiva que, cuando hay dolo, permite hablar de «dominio del hecho» y distinguir así en las contribuciones causales entre autoría o realización del hecho típico y participación o mero favorecimiento causal de la realización del hecho. Y en los delitos imprudentes de mera conducta o actividad (en los delitos comisivos normales, o de mera conducta omisiva si son tipos de omisión pura) la autoría requiere realizar precisamente la modalidad de conducta típicamente descrita (que, si se quiere, también se puede considerar como la peculiar forma de determinar objetivamente el hecho en esos delitos).

Si la base objetiva es la misma que la de la autoría en los delitos dolosos, ello implica que también en la imprudencia pueden distinguirse las mismas formas de autoría que cuando hay dolo: (...) ⁵⁰⁶.

Para *Diego-Manuel LUZÓN PEÑA* la «determinación objetiva» del hecho es lo que decide que alguien pueda ser considerado autor o no. Si a la «determinación objetiva» se le agrega el dolo, entonces, existiría dominio del hecho y autoría de un tipo doloso; si la «determinación objetiva» no tiene dolo existirá un «dominio objetivo y positivo del hecho» y autoría de un tipo de culpa. Así, la «determinación objetiva» del hecho es el criterio unificador para la autoría en los tipos con dolo y en los tipos con culpa, encontrándose el apoyo para un *concepto diferenciador de autor* para las dos estructuras típicas, dejándose atrás la propuesta del *concepto diferenciador* para los tipos de dolo y *concepto unitario* para los tipos de culpa.

determinación objetiva del hecho y las formas de autoría imprudente, pero considera punible la participación imprudente).

⁵⁰⁶ *Curso de...*, p. 509. [Los supuestos de autoría que reconoce, son: «autoría directa unipersonal imprudente», «autoría mediata imprudente», «coautoría imprudente», «autoría accesoria imprudente»].

Pero, aún y cuando esta explicación es atractiva y convence, no logra la solución para todas las clases de los tipos de culpa, según el mismo autor lo reconoce:

e) No obstante, hay que dejar abierta la posibilidad de que en algunos tipos imprudentes –no en todos, sino en aquellos que remitan a normas de cuidado especiales para sujetos con deberes muy específicos– pueda darse una segunda forma de autoría aunque la conducta no determine objetivamente el hecho: autoría por *infracción de un deber especial* de supervisión, vigilancia o control en personas que ocupen posiciones de gran responsabilidad⁵⁰⁷.

3.2.3.6.2.2. *Miguel DÍAZ y GARCÍA CONLLEDO*. Compartiendo las ideas de su maestro *Diego-Manuel LUZÓN PEÑA*, explica su planteamiento teórico de la siguiente manera:

b) *Concepto de autor que se defiende y criterios para su determinación*. Con lo visto a lo largo de la presente sección, queda demostrado que el concepto de autor por mí considerado correcto, y cuyas bases sintetice al final de la sección de este capítulo dedicada a la teoría objetivo – formal, no es el generalmente defendido por la teoría del dominio del hecho. Como se ha comprobado, el criterio apto para caracterizar la autoría es el propuesto por mi maestro, LUZÓN PEÑA: el dominio objetivo y positivo del hecho o, si se prefiere, para evitar posibles dificultades lingüísticas, la determinación objetiva y positiva del hecho. Aunque no he fundamentado detenidamente por qué, aunque lo he hecho patente al adherirme a las opiniones de mi maestro, considero que este criterio no sólo es válido para los delitos comisivos dolosos, sino también para los imprudentes; probablemente lo esencial de este criterio rige también para los delitos omisivos, pensando especialmente en la omisión impropia, aunque en ellos el criterio se debe completar con otros específicos de esos delitos. Naturalmente no basta, en todo caso, para ser autor penalmente relevante, con determinar objetiva y positivamente el hecho, sino que además deberán concurrir en el sujeto los elementos personales y especiales de la autoría en aquellos delitos que los exijan, y, en general, el resto de los elementos del tipo. El concepto de autor que mantengo se puede resumir en la siguiente definición, que, naturalmente, no tiene ningún sentido desconectada de toda la argumentación realizada en este trabajo: Autor es quien, reuniendo los elementos personales o especiales de la autoría exigidos por algunos tipos, y cumpliendo el resto de los elementos del tipo, solo e inmediatamente (autor inmediato individual, concurren o no otros intervinientes), a través de otro al que utiliza como instrumento (autor mediato), o mediante la actuación conjunta con otros

⁵⁰⁷ *Curso de...*, p. 511.

(coautor), domina el hecho, es decir determina objetiva y positivamente el curso del suceso⁵⁰⁸.

3.2.3.6.3. *Alemania*. De los autores que se reconocen no son partidarios de la *teoría del dominio del hecho*, se encuentran: BAUMAN/WEBER⁵⁰⁹, Eberhard SCHMIDHÄUSER, Ulrich STEIN.

3.2.3.6.3.1. Eberhard SCHMIDHÄUSER⁵¹⁰. La propuesta de este autor se le denomina «teoría de la consideración total⁵¹¹», «teoría de la globalidad⁵¹²»,

⁵⁰⁸ *La autoría...*, pp. 690 y 691. [*Esta idea la sintetiza, en*] «Dominio funcional...», p. 305: (...) Y, en mi opinión, toda forma de autoría (por lo tanto, también la coautoría), al menos en los delitos dolosos resultativos comisivos, debe estar fundamentada en un dominio o determinación positiva (y objetiva) del hecho (que, en la coautoría, será una determinación *conjunta* del hecho). De lo contrario, el concepto de autor se extiende o amplía en la coautoría y se pierden en mayor o menor medida las ventajas de un auténtico concepto restrictivo de autor, o sea fundamentalmente una definición más precisa de las fronteras del tipo y con ello una mejor adecuación al Derecho penal normal de un Estado de Derecho y su mandato de concreción. Aquí resulta conveniente introducir una aclaración terminológica: la expresión española *determinación objetiva del hecho (o del curso del hecho)*, que utilizamos LUZÓN y yo mismo, debe entenderse precisamente como *objektives Bestimmen* u *objektive Bestimmung* o *Determination der Tat* (o *des Tatgeschehensablaufs*) en el mismo sentido en que por ejemplo WELZEL hablaba de *supradeterminación (über-Determination* o *-Determinierung) des Tatgeschehens* en la finalidad, pero prescindiendo en la determinación objetiva del hecho precisamente de la voluntad y por tanto sin el prefijo *supra (über)*. Pero en todo caso debo destacar que no se trata aquí de ninguna manera de una determinación al hecho (*Bestimmung zur Tat*) (como en la inducción).

⁵⁰⁹ Carolina BOLEA BARDON, *Autoría...*, p. 69: A pesar de que la teoría del dominio del hecho goce de un amplio reconocimiento en la doctrina alemana, sería incorrecto afirmar que ha sido acogida de forma unánime en aquél país, pues seguimos encontrando autores que no se muestran dispuestos a admitirla. Discrepan de la opinión dominante autores como BAUMAN y WEBER, últimos defensores de las teorías subjetivas.

⁵¹⁰ Miguel POLAINO – ORTS, «Notas sobre la vida y la obra científica del Profesor Eberhard Schmidhäuser (1920-2002)», pp. 687-689: Nacido en Stuttgart el 10 de octubre de 1920, tras una fecunda vida consagrada a la docencia y a la investigación jurídico-penal, el 6 de marzo de 2002 falleció en Hamburgo, a los 81 años, el Profesor Doctor Eberhard SCHMIDHÄUSER, Catedrático jubilado de Derecho penal en aquella Universidad y uno de los pensadores más refinados, originales, lúcidos y destacados de la Alemania contemporánea. (...). Tras resultar gravemente herido en la Segunda Guerra Mundial (mutilado de guerra en el horror de ese conflicto bélico), realiza con brillantez y aprovechamiento los estudios de Derecho entre 1942 y 1946 en las Universidades de Straßburg, Freiburg y Tübingen, obteniendo a su finalización el puesto de Juez para causas civiles y penales en la Audiencia Provincial (*Landgericht*) de Stuttgart, cargo que desempeñó desde 1949 hasta finales de 1952, (...). Una vez superados sus primeros avatares profesionales, decide abandonar el ejercicio de la Judicatura para dedicarse de lleno a la docencia y a la investigación en el ámbito del Derecho penal. Discípulo y colaborador de los Profesores Eduard KERN y Wilhelm GALLAS, desempeñó labores de Asistente en la Cátedra de Derecho penal de la Universidad de Tübingen entre 1953 y 1955. En este último año concluyó en dicha Universidad su sugerente y renovadora investigación sobre el interesante tema dogmático –desarrollado a propuesta de GALLAS– *Gesinnungsmerkmale im Strafrecht*, que sería su escrito de habilitación para las Cátedras de Derecho penal, Derecho procesal penal y Derecho procesal civil. (...) Después de su estancia como *Privatdozent* en la Universidad de Tübingen durante algunos cursos, obtiene la *Cátedra* de Derecho penal en la Universidad de Göttingen, que desempeñaría entre los años 1959 y 1963, año éste en que se traslada a la Universidad de Hamburgo, donde sería titular de la Cátedra de Derecho penal, procesal penal y Teoría del Derecho.

<<teoría de la totalidad>>. Esta última denominación la utiliza *Claus ROXIN*, quien la explica:

2.- *La teoría de la totalidad*

Una “teoría de la totalidad” en la que, para la delimitación entre autoría y participación no deba “nunca ser relevante un momento particular por sí solo, sino...que lo sea cada momento particular y sólo dentro de un contexto total” es defendida por SCHMIDHÄUSER. Este autor menciona en una lista abierta 16 de tales “momentos”, como la presencia en el lugar de los hechos, el peso de la intervención, el interés, la planificación del hecho, etc. y opina que al determinar la autoría, puede resultar decisivo a veces un momento, a veces otro. Esto coloca ampliamente en el arbitrio del juez la delimitación entre autoría y participación, tiene algo irracional debido a que se centra en una visión general sin un baremo que sirva de pauta, y atenta contra el principio *nullum crimen sine lege*. Por ello la teoría no ha podido ganar casi ningún adepto⁵¹³.

⁵¹¹ Enrique BACIGALUPO ZAPATER, *Principios...*, p. 363: 5. *La teoría de la consideración total*. Esta teoría ha sido formulada por Schmidhäuser y fundamentalmente propone una determinación puramente intuitiva del autor y los partícipes. Partiendo de la naturaleza de <<concepto empírico>>, es decir, que no puede reducirse a una definición, se sostiene que hay un gran número de casos que no son problemáticos y que aquéllos que lo son deben resolverse mediante <<una consideración total>>. De esta manera será autor <<el que de acuerdo con el respectivo tipo de ilícito sea autor del mismo en una consideración total; y partícipe (inductor o cómplice) el que de acuerdo con los elementos de una inducción y la complicidad en relación al correspondiente tipo de ilícito es partícipe en una consideración total>>. En la práctica esta teoría procede de la siguiente manera: En los casos en que es claro quién es autor y quién es partícipe estima innecesaria cualquier fundamentación teórica. Pero, cuando es difícil una distinción intuitiva, se requerirá una consideración total de los diversos momentos decisivos del hecho. Tales momentos se refieren <<más al aspecto objetivo-exterior del suceso>> (presencia en el lugar del hecho, cercanía temporal de la contribución al resultado, importancia de la misma para la realización de éste, la configuración del suceso en el lugar y en el tiempo, la necesidad de la colaboración y su reemplazabilidad) o bien <<más al aspecto anímico-subjetivo>> (interés mediato o inmediato en el hecho, planeamiento y elección del objeto del mismo, la importancia personal en relación con los demás colaboradores, etc.). Consideración total no quiere decir, en esta teoría, indiferenciación y, por lo tanto, no importa una renuncia a contornos precisos en la distinción del autor respecto de los partícipes. Sin embargo la consideración total de los momentos decisivos puede arrojar en cada caso resultados diversos. El punto de vista de Schmidhäuser es objetable, en primer lugar, porque supone que existen casos <<claros>> para cuya caracterización no brinda ningún criterio. Pero además tampoco brinda criterio alguno para decidir el resultado de la consideración total. Precisamente en ésto se diferencia de la teoría del dominio del hecho, que, partiendo indudablemente de una consideración total, ofrece un criterio (el dominio del hecho) en función del cual es posible obtener la decisión respecto de la autoría en todos los casos.

⁵¹² Carolina BOLEA BARDON, *Autoría...*, p. 69: (...) También SCHMIDHÄUSER se aparta de la doctrina mayoritaria y, a partir de su <<teoría de la globalidad>> (*Ganzheitstheorie*), requiere para la autoría la consideración global de todos los elementos del supuesto de hecho típico, insistiendo en que no es decisivo un único momento individual, sino que cada momento decidirá dentro del contexto global.

⁵¹³ *Dogmática penal...*, pp. 365 y 366. Miguel DÍAZ y GARCÍA CONLLEDO, *La autoría...*, p. 699: 2. La concepción de SCHMIDHÄUSER. Este autor alemán mantiene una *teoría* de la contemplación global o, más brevemente, *de la totalidad*. La misma afirma resumidamente que no se puede determinar cuándo hay autoría y cuándo participación acudiendo a un único criterio, sino que, en cada caso concreto, habrá que realizar una contemplación global de diferentes elementos y circunstancias, dando mayor relevancia a uno o a otro en cada supuesto; entre tales elementos y circunstancias, SCHMIDHÄUSER menciona los siguientes: presencia en el lugar del hecho, proximidad temporal entre la aportación del sujeto y el resultado, importancia de la contribución para la producción del resultado, configuración del curso del hecho según lugar y tiempo,

3.2.3.6.3.2. *Ulrich STEIN*. En su trabajo de tesis doctoral⁵¹⁴ este autor presenta una concepción que se aparta de la teoría del dominio del hecho. Esta postura *Claus ROXIN* la denomina: «*La diferenciación según el carácter urgente de la norma de conducta*⁵¹⁵». Una síntesis de esta nueva idea la presenta *Miguel DÍAZ* y *GARCÍA CONLLEDO*, destacándose, en lo que aquí interesa:

(...) Se puede decir que STEIN intenta encuadrar su concepción en un sistema o sistemática funcional del delito, donde se encuentran ya los presupuestos metodológicos, constitucionales y de teoría de las normas que marcarán su particular modo de entender las formas de intervención, presupuestos que nunca olvidan la importancia del tenor literal posible como límite de la interpretación.

Partiendo de esos presupuestos, STEIN pretende realizar una *fundamentación normativa* de las distintas formas de intervención, relacionándolas con distintas *normas de conducta*, caracterizadas por su diferente grado de *perentoriedad* o *urgencia* (*Dringlichkeit*). La mayor perentoriedad correspondería a las normas de conducta de autoría, que, como enseguida veremos, son distintas según se trate de autoría inmediata, mediata o coautoría, pero que tienen todas el mismo grado de perentoriedad o urgencia. Frente a ello, los modos de comportamiento abarcados por las normas de conducta de participación tienen en común “que su peligrosidad se produce a través del comportamiento futuro de otro contrario al deber,

magnitud del dominio del acontecimiento, intensidad de la preparación del hecho, grado de individualidad de la contribución al hecho, necesidad de la colaboración y sustituibilidad del interviniente, entre las que considera circunstancias objetivas o externas; entre las subjetivas o anímicas, cita el interés inmediato o mediato en el hecho, la planificación del hecho, la elección del objeto del hecho, la importancia personal en comparación con otros intervinientes, la subordinación libre o no libre de la voluntad propia a la decisión de otro, el dejar (o no dejar) al criterio (de otro) la ejecución de un hecho, el dejarse conducir por otro y el acuerdo sobre la forma de repartir el botín; esta contemplación global no significa, según SCHMIDHÄUSER vaguedad, pues, de los casos en que es clara la calificación del sujeto, se pueden extraer perfiles para los casos límite. [*Partidarios de esta teoría es KÖHLER. Así*] Claus ROXIN, «Las formas de...», p. 212: (...) Por el contrario, KÖHLER no puede conciliar con estas “fórmulas descriptivas” –como él las llama– y recurre a la así llamada teoría de la totalidad [Ganzheitslehre] de SCHMIDHÄUSER.

⁵¹⁴ Miguel DÍAZ y GARCÍA CONLLEDO, *La autoría...*, p. 701, cita núm. 8: Publicado como *Beteiligungformenlehre*, 1988.

⁵¹⁵ *Dogmática penal...*, pp. 366 y 367: 3.- *La diferenciación según el carácter urgente de la norma de conducta*. Una concepción totalmente nueva ha sido presentada por STEIN. Éste diferencia entre autores, inductores y cómplices no según el dominio o no-dominio del acontecimiento de los hechos que lleva al resultado, sino según las “normas de conducta” diferenciadas, contra las que aquellos atentan. Estas normas de conducta serían de un “carácter urgente” diferente y, en lo fundamental, menos urgentes para el partícipe que para el autor, porque el deber impuesto al autor de evitar lesiones al bien jurídico, erigiría un “muro de protección” para el objeto del bien jurídico. Por cierto que la norma de conducta del inductor, tal como lo muestra la igual punición con el autor, estaría provista del mismo carácter urgente que la norma de conducta del autor; pero esto se debería a que el inductor afecta la motivación fiel al derecho del autor y, con ello, “agujerea” el muro de protección erigido ante el bien jurídico.

estando este comportamiento del sujeto de delante prohibido por un deber de comportamiento completo y poseyendo aquél (scil. el sujeto de delante) una capacidad completa de cumplimiento del deber. Precisamente con ello se erige una “barrera de protección” relativamente estable para el objeto del bien jurídico mediante el deber impuesto al sujeto de adelante, de modo que sería con seguridad defendible también el dotar a las normas de conducta de participación con carácter general de una menor perentoriedad”. Sin embargo, la ley (el StGB), haciendo libre uso de su libertad de configuración, sólo ha dejado la menor perentoriedad o urgencia para las normas de conducta de la complicidad, lo que explicaría la rebaja de pena que, con carácter general, establece el StGB para la misma, mientras que ha dotado a las normas de conducta relativas a la inducción del mismo grado de urgencia (perentoriedad) que poseen las de autoría, lo que seguramente se debe, según STEIN, a que el inductor “perfora” la barrera de protección antes mencionada, en cuanto que ataca la fuerza motivadora de los deberes de comportamiento impuestos al sujeto de delante.

En cuanto a las normas de conducta de las diferentes formas de autoría, el propio STEIN las resume así: “Las normas de conducta referidas al autor inmediato prohíben modos de comportamiento, cuya peligrosidad no se produce a través del comportamiento futuro de otras personas. Las normas de conducta referentes al autor mediato comprenden aquellos modos de comportamiento, cuya peligrosidad se produce a través del comportamiento futuro de un tercero, siendo este (scil. último) comportamiento conforme a deber o incluso contrario a deber, cuando sin embargo el deber de comportamiento impuesto al sujeto de delante no es “completo”, y/o existe una falta de capacidad de cumplimiento del deber en el sujeto de delante. Las normas de comportamiento referentes a la coautoría prohíben modos de comportamiento, cuya peligrosidad se produce a través del comportamiento futuro de otro contrario a deber, siendo afectado sin embargo en determinado modo el efecto controlador de la conducta de dicho deber” (o sea, poseído por dicho deber)⁵¹⁶.

Como todo lo nuevo al discrepar de la opinión mayoritaria genera rechazo o críticas, la postura de *Ulrich STEIN*, la cuestiona *Claus ROXIN*:

Los efectos prácticos de esta concepción se aproximan a los de la teoría del dominio del hecho. Pero existe una objeción fundamental contra ella consistente en que no se debe reducir el tipo y las formas de participación a la violación de la norma de conducta y al desvalor de la acción, sino que el resultado forma parte inseparable de la acción del autor y del partícipe. Las diferencias en la conducta sólo pueden influir en la “forma de participación” en la medida en que tengan efectos en el resultado típico; esto se ajusta mejor al principio de dominio del hecho que una libre y oscilante “teoría de la norma de conducta” separada del resultado. También aparece poco

⁵¹⁶ *La autoría...*, pp. 701-703.

plausible la idea de que el carácter urgente de las normas de conducta deban portar la delimitación entre autoría y participación. Pues aparte de que en la autoría y la inducción no es posible deducir un diferente carácter urgente de las conminaciones penales, las normas solamente pueden prohibir o preceptuar algo y con ello no permiten un más o un menos. Su mandato rige sin más y no es accesible a ninguna clasificación según su carácter urgente. Sólo es diferente el merecimiento de pena de cada una de las infracciones a la norma, y de allí (y no de los divergentes grados de intensidad normativa) se explican las diferentes medidas penales⁵¹⁷.

3.2.3.6.4. *España*. En este país, *Santiago MIR PUIG* y *Tomás Salvador VIVES ANTÓN* se apartan de la teoría del dominio del hecho para decidir quién, de los intervinientes, es el autor.

3.2.3.6.4.1. *Santiago MIR PUIG*. Si bien en el apartado de su libro en el que define su postura para decidir quién es autor se refiere a la teoría del dominio del hecho, se separa de ella al aceptar que para la autoría «lo decisivo es que pueda afirmarse que el delito *pertenece* al sujeto como *suyo*⁵¹⁸». Cómo se presenta esa «pertenencia» y cuándo el delito es «suyo», *Santiago MIR PUIG*, dice:

La autoría supone, pues, que el delito es imputable al sujeto como suyo, supone una **relación de pertenencia**. Esta pertenencia corresponde en primer lugar al **ejecutor material individual al que puede imputarse el delito**: cuando es el único causante al que es imputable el tipo (no hay inductores ni ningún otro causante del hecho), porque no existe posibilidad

⁵¹⁷ *Dogmática penal...*, p. 367. [*También en*] «Las formas de participación en el delito: el estado actual de la discusión», 2004, p. 211: Las consecuencias prácticas de esta concepción se acercarían mucho a las de la teoría del dominio del hecho. Ello porque el “muro de protección” que rodea al autor, en el fondo, no es otra cosa que su dominio sobre los hechos. Aparte de ello, el libro, por lo demás escrito con erudición y perspicacia, solamente ha recibido rechazo. Yo también opino que no se deben reducir las formas de participación a un atentado contra normas de conducta o a un desvalor de la acción por el simple motivo de que la autoría consiste en completar el tipo y el resultado pertenece al tipo. Las diferencias de las conductas solamente pueden influir en la forma de participación dependiendo de cómo se reflejen en el cumplimiento del tipo. Y el principio del dominio del hecho hace más justicia a esto que una “doctrina de la norma de conducta” en libre flotación y desprendida del resultado.

⁵¹⁸ *Derecho penal...*, p. 366: D) La teoría del dominio del hecho sigue anclada en una perspectiva ontológica que desconoce el sentido fundamentalmente social – normativo de *imputación* que caracteriza a la calificación de autor. El control material del hecho es sólo uno de los criterios a tener en cuenta para la imputación del hecho a título de autor. Para esta imputación lo decisivo es que pueda afirmarse que el delito *pertenece* al sujeto como *suyo*.

de atribuirle a otro aquélla pertenencia, y cuando concurren otros causantes no ejecutores (así, un inductor), cuando éstos desempeñan un papel previo menos próximo y decisivo en cuanto dependen de que el primero ejecute o no el delito, que queda en sus manos a título propio. Es seguro que la pertenencia de la causación típica también corresponde, en segundo lugar, al **autor mediato** que utiliza a un instrumento bajo su total control. El llamado «hombre de atrás» (mejor: persona de atrás) es aquí el único causante del delito al que puede imputársele como propio, puesto que el instrumento, pese a hallarse más próximo a la consumación, no puede disputarle la pertenencia del mismo⁵¹⁹. Ya veremos al estudiar la autoría mediata que esta fundamentación permite justificarla en otros casos en que el instrumento actúa con libertad respecto del hombre de atrás. En tercer lugar, la pertenencia del hecho se comparte por quienes se distribuyen partes esenciales del plan global de ejecución del delito (**coautoría**)⁵²⁰.

3.2.3.6.4.2. *Tomás Salvador VIVES ANTÓN*. Para este profesor español la *teoría del dominio del hecho* no la comparte⁵²¹, porque:

La moderna teoría del *dominio del hecho* presenta, en primer lugar, el nada desdeñable problema del carácter que cabe atribuir a su criterio básico. En multitud de ocasiones se ha dicho que se trata de una *imagen*, más que de un auténtico *concepto*. Es, en todo caso, una fórmula imprecisa: interpretada rigurosamente resultaría inaplicable, pues el hombre nunca llega a dominar por entero el curso de los acontecimientos; y, al contrario, entendida en sentido amplio podría predicarse de cualquier clase de acción voluntaria, pues todas ellas suponen un cierto dominio del hecho⁵²².

⁵¹⁹ Al leer esta opinión de la autoría mediata y recordar a Günther JAKOBS (instrumento como naturaleza humana y competencia) la propuesta de Santiago MIR PUIG parece convincente.

⁵²⁰ *Derecho penal...*, pp. 366 y 367. [*Aún con esta explicación, su postura recibe críticas*]: Carolina BOLEA BARDON, *Autoría...*, p. 74: (...) La concepción de la autoría de MIR PUIG, contribuye a poner de relieve que la realización del tipo no está vinculada exclusivamente a la importancia objetiva de una determinada contribución, sino que depende del papel relativo de la aportación al conjunto de intervenciones. Sin embargo, la teoría según la cual es autor el que tiene más números para serlo o el único de entre los intervinientes al que se le puede imputar el hecho en términos de imputación objetiva y subjetiva, aunque no se base exclusivamente en el criterio de la causalidad, no pasará de constituir una *cláusula de cierre*, si no se hallan los criterios materiales de definición de la *pertenencia* del delito.

⁵²¹ Carolina BOLEA BARDON, *Autoría...*, pp. 72 y 73: (...) Así, según VIVES ANTÓN, interpretada de forma rigurosa no es aplicable porque el hombre nunca llega a dominar por completo el curso de los acontecimientos e interpretada en sentido amplio, un cierto dominio del hecho se podría apreciar en casi toda acción voluntaria.

⁵²² Manuel COBO DEL ROSAL/Tomás Salvador VIVES ANTÓN, *Derecho penal, parte general*, 1999, p. 741. [*También, en*] *Comentarios al código penal de 1995, volumen I (arts. 1 a 233)*, p. 281: A partir de lo dicho, existe una multiplicidad de formulaciones de la idea de «dominio del hecho» (que, más que un concepto, es una imagen) que, en la mayoría, si no en todos los casos, vienen a suponer una supra legal y analógica extensión de los tipos.

Ante este cuestionamiento de la *teoría del dominio del hecho*, define su postura:

4) Por lo tanto, la única solución admisible parece ser *la tesis objetivo-formal* que, entendiendo que autores son los descritos en el primer párrafo del artículo 28, sustenta un concepto amplio de realización del hecho, según el cual la ejecución comienza antes del inicio de los actos consumativos. *Autor será, pues, el que, en el sentido propuesto, realiza el hecho, es decir, el que lleva a cabo aquella conducta (acción u omisión) a la que cabe atribuir el sentido de la acción que se desprende del injusto tipificado por la Ley.*

5) El autor ha de determinarse sobre la base de la descripción lingüística de la acción típica en todas las formas de autoría y en toda clase de delitos, sean dolosos o imprudentes, de acción o de omisión. *“Realizar el hecho” es, así entendido, la característica definitoria de la autoría en el Código penal español.*

El modo en que una tal concepción puede fundamentar las diversas especies de autoría y dar solución satisfactoria, en términos generales, a los distintos problemas formales y materiales que subyacen a la regulación del concurso de personas en el delito será objeto de análisis en los epígrafes siguientes⁵²³.

En la *doc jur pen comparada* la analizan, entre otros: Hans-HEINRICH JESCHECK/Thomas WEIGEND (pp. 701 y 702): V. **La teoría del dominio del hecho**. 1. De acuerdo con lo visto ni una teoría puramente objetiva ni, tampoco, una teoría puramente subjetiva pueden fundamentar de modo convincente la esencia de la autoría y, al mismo tiempo, delimitar recíprocamente la autoría y la participación de un modo acertado. Debe buscarse, más bien, una síntesis de ambas doctrinas en la que cada una describa correctamente un aspecto del problema porque su empleo aislado hace perder el sentido del conjunto. Éste es el objetivo de la **teoría del dominio del hecho** que, fundada por *Lobe* y promovida esencialmente por *Roxin*, ha conseguido actualmente en la Ciencia una posición destacada. El punto de partida para la solución del problema es el concepto restrictivo de autor con su conexión al tipo legal. De este modo, la autoría no se fundamenta por medio de cualquier co-causación del resultado típico sino sólo, básicamente, a través de la realización de la acción típica. Ésta, sin embargo, ni es entendida sólo como una actuación que expresa una actitud determinada ni como un puro suceso externo; su comprensión se basa en una *unidad de sentido objetivo-subjetiva*. Con ello el hecho aparece como la obra de una voluntad directora del acontecimiento. Pero para la autoría no es sólo decisiva la voluntad directiva sino también la importancia material de la intervención en el hecho que cada codelincuente asume. En consecuencia, sólo puede ser autor quien, de acuerdo con el significado de su aportación objetiva, gobierna el curso del hecho. Ignacio BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE/Luis ARROYO ZAPATERO/Nicolás GARCÍA RIVAS/Juan Carlos FERRÉ OLIVÉ/José Ramón SERRANO PIEDECASAS (pp. 289 y 290): La teoría del dominio del hecho es también una teoría restrictiva, y por lo tanto, se basa en la diferenciación entre autores y partícipes. El criterio diferenciador será, justamente, el dominio del hecho. Autor de un delito será aquel sujeto que tenga el dominio del hecho, aquel que pueda decidir los aspectos esenciales de la ejecución de ese hecho. Se abandona el criterio objetivo formal para adoptar un criterio *material* que explique más satisfactoriamente los distintos supuestos de autoría y participación. El control del hecho se realiza a través del dominio de la acción, del dominio de la voluntad o del dominio funcional, según los casos. La exigencia de esta clase de dominio es fundamental, ya que sobre él se podrá diferenciar la responsabilidad de los demás intervinientes que no son autores, sino partícipes. La teoría del dominio del hecho distingue tres tipos de autoría, que responden a distintas situaciones: *autoría directa unipersonal, autoría mediata y coautoría*. Parte de la doctrina formuló duras críticas a la teoría del dominio del hecho cuando se encontraba vigente el antiguo Código Penal, acusando a esta teoría de construir un concepto de autor distinto del que consagraba el derecho vigente, tomando como punto de partida una idea no definida legalmente. Sin embargo, esta crítica pierde todo sustento con el actual Código Penal. La nueva

⁵²³ Manuel COBO DEL ROSAL/Tomás Salvador VIVES ANTÓN, *Derecho penal...*, p. 747.

regulación da pie a considerar a esta teoría como plenamente conforme con el derecho positivo. El artículo 28 del Código Penal consagra la autoría directa unipersonal, la autoría mediata y la coautoría, aunque dicho precepto también contempla supuestos de participación, tales como la inducción y la cooperación necesaria, en los que no existe dominio del hecho y, por lo tanto, no suponen casos de autoría. El artículo 61 del Código Penal dispone que las penas establecidas en el Código son las que se imponen a los autores de la infracción consumada, Y esas penas se aplican por igual a los autores con dominio del hecho y a los partícipes sin dominio del hecho que el Código equipara a los autores (inductores y cooperadores necesarios). Enrique GIMBERNAT ORDEIG (pp. 127-130): b) *¿Qué quiere decir tener el dominio del hecho?* Entrando ya en el contenido de esta doctrina, voy a ocuparme de ella primero en un plano general; después, en la parte crítica, trataré de examinar hasta qué punto el dominio del hecho ofrece un criterio utilizable para distinguir al autor del cómplice. aa) Para Welzel, «el autor final es señor de su decisión y de la realización de ésta, y, con ello, señor sobre “su” hecho que conforma en su existencia y en su ser-así con finalidad consciente». «El dominio del hecho corresponde al que lleva a cabo con finalidad consciente su decisión de voluntad». «Coautoría es autoría, cuya especialidad consiste en que el dominio del hecho delictivamente unitario no reside en un individuo, sino que reside conjuntamente en varios... El dominio del hecho corresponde aquí en común a todos: no a un individuo, ni tampoco a varios individuos en concreto, sino que todos juntos son titulares de la decisión, constituyendo la actividad de cada uno, junto con las de los demás, en virtud de la conexión de sentido dada por la decisión común de acción, un todo unitario». «La esencia de la complicidad» consiste en «la ejecución de acciones de ayuda sin participar en la decisión ni en el dominio final del hecho». «En los delitos dolosos es autor sólo aquel que, en virtud de la dirección con finalidad consciente del acontecimiento causal que va a desembocar en el resultado típico, es señor de la producción del resultado». bb) Para v. Weber, el dominio del hecho quiere decir que el autor «determina si y cómo el hecho ha de cometerse». cc) Niese cree que hay autoría cuando «el agente... posee la dirección final de la causalidad en el mundo exterior». dd) Maurach escribe que el «dominio del hecho es el tener en-las-manos dolosamente el desarrollo típico del acontecimiento, la posibilidad de la que es consciente el agente de dirección final y conformadora del tipo. El dominio del hecho lo tiene todo cooperador que se halla en la situación real, de la que es consciente, de dejar correr, detener o interrumpir, según cual sea su comportamiento, la realización del tipo». El dominio del hecho es «la dirección final del acontecimiento típico». ee) Gallas, defensor también de este concepto de autor, cree que la «autoría significa la relación del agente a un proceso de acontecimiento y al resultado de éste, que hace aparecer el acontecimiento total como “su” hecho y el resultado como “su” obra. Esta relación se da cuando el agente, mediante la colocación – planificadamente dirigida– de los medios apropiados (adecuados al resultado) tiene el hecho “en las manos”, domina el proceso hasta el resultado, tanto si el [*sic*: ¿él?] mismo interviene directamente como si se sirve de otro como mero instrumento». ff) «Autor es –escribe Bockelmann– quien, junto a otro o con otro, ha insertado de tal forma el comportamiento de este otro en la propia planificación del hecho que dirige y conduce el hacer ajeno». gg) Sax define: para que haya dominio del hecho es preciso que el sujeto «aparezca, según la imagen objetivamente aprehensible del proceso del acontecimiento, como “señor del acontecimiento”, cuyos “hilos” tuvo en sus manos». hh) En Mezger/Blei, que se declaran también a favor de la tesis del dominio del hecho, no encuentro una definición de lo que sea este concepto, sino que se prefiere ilustrar el contenido de la teoría sólo con ejemplos. Juan J. BUSTOS RAMÍREZ/Hernán HORMAZÁBAL MALAREE (p. 286): 1.5.2.2.2. Teoría objetivo-subjetiva o del dominio del hecho. Conforme a esta teoría sostenida por Welzel (DP 142 ss.; también Bruns, 1932 y Bockelmann, 1949, entre otros), es autor quien tiene realmente el poder o el dominio final sobre la realización del hecho descrito en el respectivo tipo legal. Ciertamente se trata de una fórmula de trabajo superior a las anteriores, ya que no confunde autor con ejecutor permitiendo con ello fácilmente incluir al autor mediato y, además, llegar a una mejor comprensión del coautor. Pero en contrapartida tiene un ámbito limitado, ya que es un concepto sólo aplicable a los delitos de comisión dolosos. Así y todo, esta teoría no sólo ha permitido distinguir claramente entre autor y partícipe, sino que también entre las diferentes formas de autoría, la directa, la mediata y la coautoría (Hernández, 1996, 32). Sólo el autor es el que tiene este poder o dominio final sobre el hecho, pues sólo él es el dueño de la realización del tipo y puede, en virtud de ese dominio de la situación, conducir el curso típico y entre otras cosas, por ejemplo, interrumpir su realización. El partícipe, en cambio, sólo auxilia en un hecho que es dominado por el autor. Presupuesto de este concepto de autor, son las características especiales de autor que vienen expresadas en los respectivos tipos penales de la Parte Especial como las subjetivo-personales (ánimo de apropiación en el hurto o el ánimo de poner en circulación en la falsificación); las objetivo-personales (la posición del sujeto cuando el tipo exige que sea funcionario público, juez o abogado, por ejemplo); y objetivo-situacionales (el que tiene la facultad de actuar por otro). Es decir, respecto de determinados tipos legales o situaciones con relación a un tipo legal, resulta previo, para determinar posteriormente su calidad de autor, que concurren estas características especiales, que son propias al sujeto activo del delito. Juan BUSTOS RAMÍREZ (pp. 326 y 327): a c) *Teoría objetivo-subjetiva o del dominio del hecho* (cfr. Welzel, D.P., p. 142 ss.; Bruns; Bockelmann). – Conforme a esta teoría *es autor quien tiene realmente el poder sobre la realización del hecho descrito en el respectivo tipo legal*. Ciertamente se trata de una fórmula de trabajo superior a las anteriores, ya que no confunde autor con ejecutor y, por ello mismo, permite fácilmente incluir al autor

mediato y, además, llegar a una mejor comprensión del coautor. Pero tiene un ámbito limitado, ya que es un concepto sólo aplicable a los delitos de comisión dolosos. *Presupuestos* de este concepto de autor son las características especiales de autor, así las subjetivo-personales (ánimo de apropiación en el hurto, ánimo de poner en circulación en la falsificación), las objetivo-personales (la posición del sujeto: funcionario público, juez, abogado) y objetivo-situacionales (actuar por otro). Es decir, que respecto de determinados tipos legales o situaciones en relación a un tipo legal, resulta previo, para determinar posteriormente su calidad de autor, que ostente estas características especiales, que son propias al sujeto activo del delito. También se le ha criticado que no sería aplicable en los delitos especiales (Roxin, p. 578s.), pero ello sobre la base de una concepción diferente del tipo, a partir de la teoría de los elementos negativos del tipo, de modo que no alcanza a este planteamiento en específico. En definitiva, en relación a estas diferentes teorías, se puede afirmar que tiene o bien un carácter *restrictivo*, es decir, no todo interviniente es un autor, sino que requiere poseer determinadas características especiales conforme al tipo legal y, por ello mismo, la punición de un interviniente que no tenga esas calidades de autor, significa una ampliación de la punibilidad del respectivo tipo legal y de ahí que necesiten estar expresamente sancionados; en otras palabras, la participación en sentido estricto es una extensión de la punibilidad, porque del tipo legal sólo se desprende el concepto de autor. Pero también las hay con carácter *extensivo*, esto es, todo el que pone una condición o tiene el ánimo delictivo es ya interviniente en el hecho típico; las reglas, entonces, expresas sobre la participación tendrían por objeto restringir este concepto extensivo. *Eugenio Raúl ZAFFARONI/Alejandro ALAGIA/Alejandro SLOKAR* (pp. 741 y 742): 6. La renuncia a la vieja dicotomía –que parecía dar en un callejón sin salida– fue promovida por el finalismo, que ensayó su teoría *final objetiva*, sobre la base del *dominio del hecho*, y que puede considerarse seguida por la doctrina mayoritaria, siendo hasta hoy la más fructífera en cuanto a soluciones razonables. Conforme a ella, autor es quien domina el hecho, que retiene en sus manos el curso causal, que puede decidir sobre el *si* y el *cómo* o –más brevemente dicho–, quien puede decidir la configuración central del acontecimiento. De varios concurrentes en un hecho, es autor el que actúa con una plenitud de poder tal que es comparable con la del autor individual. Con todo, corresponde recordar el recorte de orden objetivo derivado de la función conglobante de la tipicidad mediante la *posibilidad de que una obra sea imputada al agente como propia*, a través de la hipótesis de la *dominabilidad*. En efecto, *autor* y *hecho* son términos de un juicio analítico y no sintético, pues sin *dominio del hecho* no hay *autoría dolosa*, pero toda vez que sin la *posibilidad objetiva de dominio del hecho* es sobreabundante interrogarse acerca de la *existencia real y efectiva de dominio*, resulta que la *dominabilidad* es el *presupuesto objetivo del dominio*. 7. La tesis del *dominio del hecho* tiene antecedentes muy claros en la doctrina no germana, que no fueron suficientemente explotados por las respectivas construcciones latinas. Sin mayor esfuerzo puede remontarse la tesis a Pellegrino Rossi, quien sostenía que la resolución y el hecho material son los dos elementos constitutivos del delito, concluyendo que todo otro aporte que facilite, pero que no configure los elementos constitutivos del delito, corresponde a los cómplices, que secundan la ejecución, pero no crean el crimen. En la Argentina fue Adán Quiroga quien secundó esta opinión en términos todavía más claros, refiriéndose al delito de rapto: *los que ejecutan el delito por su hecho y los que toman y conducen a la víctima, los que han cometido violencia en la persona de los dueños de casa; en fin, hasta los criados que abren las puertas, siempre que ese acto haya sido indispensable para el delito, son autores del rapto; pero no sucede lo mismo con los que vigilan la casa, los que prestan los instrumentos que pueden fácilmente suplirse, los que borran los rastros del delito, etc, porque su participación es indirecta y accesoria*. 8. El *dominio del hecho* no puede ser concebido desde una caracterización amplia del fenómeno, lo que obedece a que siempre el dominio del hecho se presenta en forma concreta, que puede ser la de *dominio de la acción*, de *dominio funcional del hecho* o de *dominio de la voluntad*. (a) El *dominio de la acción* es el que tiene el autor que realiza el tipo de propia mano; (b) el *dominio funcional del hecho* es la idea central de la coautoría, cuando se presenta en la forma de una división de la tarea en la etapa ejecutiva; y (c) el *dominio de la voluntad* es la idea decisiva de la autoría mediata, y es el que tiene lugar cuando se domina la voluntad de otro, sea por necesidad o por error. *Jorge FRIAS CABALLERO/Diego CODINO/Rodrigo CODINO* (p. 437 y 438): La Teoría formal–objetiva entra en contradicción, según Bacigalupo, cuando se admite que también se puede ser autor sin ejecutar directa y personalmente, o por sí mismo, la acción típica. Ello dio origen, a partir de la concepción finalista de la acción, a un nuevo criterio diferenciador que se dio en llamar “dominio del hecho”. Esta teoría es caracterizada como material–objetiva por oposición a la objetivo–formal. Según ella, es autor quien es “señor sobre la realización del tipo” en la medida en que ejerce “una conducción consciente del fin, del acontecer causal en dirección al resultado” (Welzel). Autor es quien tiene el señorío del hecho y puede detener o proseguir la realización del íntegro suceso, según Maurach, o sea, el que posee “las riendas de la consumación”. Pero este criterio no olvida la voluntad de quien obra. Introducida en la dogmática hispanoparlante por Jiménez de Asúa, esta teoría, según Enrique Bacigalupo, es susceptible de afirmar la autoría más allá de las exigencias del criterio del núcleo del tipo y, por tanto, de la ejecución personal de la acción descrita en la ley. Así, pues, mientras el partícipe, como tal, es una figura marginal en la comisión que carece del dominio finalista del hecho ya que la decisión de la consumación no le pertenece, se puede ser autor sin realizar acciones típicas. Tal el ejemplo imaginado por Carlos Tozzini: sería coautor el malhechor que trazó el plan y repartió actuaciones entre sus secuaces mientras permanece como simple concurrente

entre el público del negocio asaltado (para suspender la ejecución o dejar correr el robo). *Esteban RIGHI/Alberto A. FERNÁNDEZ* (pp. 296 y 297): d) *Teoría final-objetiva ("el dominio del hecho")*. Esta concepción, originada en el finalismo, es dominante entre los autores contemporáneos. Se parte del criterio de que lo que caracteriza a un autor es que tiene el "dominio del hecho", entendido como la posibilidad de emprender, proseguir o detener el curso causal del delito. El partícipe es una persona que realiza un aporte, sin tener ese poder decisorio. Si se define a la conducta como un suceso dominado por la voluntad, la pregunta de quién ha realizado la acción típica se debe contestar considerando el poder del sujeto que retiene para sí el dominio final del mismo, es decir quien al menos en algún momento, pudo decidir entre desistir o consumir el delito. En esta construcción, que es consecuencia natural del concepto final de acción, también encuentran puntos de apoyo autores no finalistas. De conformidad con este criterio, autor es quien domina el curso causal de los hechos, es decir que tiene el señorío de resolver voluntariamente la realización o no del tipo legal. El partícipe por el contrario, carece de dominio del hecho, pues su aporte no es decisivo para la consumación. El concepto de "dominio del hecho" se rige tanto por criterios subjetivos como objetivos, ya que surge tanto de la forma como se desarrolla la causalidad, como de la dirección que el propio agente le imprime. En lo que se sigue a continuación, los problemas de autoría y participación serán desarrollados desde esta perspectiva, ya que es la que mejor se ajusta a una correcta interpretación del Derecho positivo. *José HURTADO POZO* (2005, pp. 859-861): 4. **Teoría del dominio del hecho**. El desarrollo de esta teoría parte, por un lado, de la admisión del concepto restrictivo de autor propio de la teoría formal objetiva y de la conexión implícita con el tipo legal y, por otro, de la constatación de la ineficacia de recurrir, de manera unilateral, sea el criterio objetivo, sea al subjetivo. Su meta consiste en establecer un "principio material común a todas las formas de autoría dolosa". Este principio es el del "dominio del hecho", propuesto en un principio por Welzel. En su opinión, es el hecho de tener intencionalmente en las manos el desarrollo del acto típico. Así, es autor quien controla la toma de decisión y la ejecución de la misma. El instigador y el cómplice, intervienen en la ejecución del comportamiento, pero no tienen el dominio de su realización. Según Roxin, principal exponente de esta concepción, es autor respecto a una pluralidad de personas, quien, por el papel decisivo que representa, aparece como la figura "clave o central" del suceso. Se trata de una síntesis de factores objetivos y subjetivos. Como lo explica Maurach, por dominio del hecho debe entenderse el doloso tener en las manos el curso del suceso típico. También afirma que este requisito, a pesar de basarse asimismo en el dolo, es de naturaleza objetiva: lo decisivo no es la simple "voluntad del dominio del hecho", sino el "voluntario moldeado del hecho". Así, la comisión del delito depende del control que tenga el agente sobre el desarrollo de la acción y de su consumación. En algunas decisiones de la Corte Suprema, se recurre, aunque de manera un poco confusa, a este criterio, al que se le denomina "la moderna teoría del dominio del hecho". Así, en una de ellas se admite que el procesado es autor del robo agravado que se le imputa porque "ha sostenido las riendas del acontecer típico o la dirección final del acontecer, teniendo a la vez la posibilidad de evitar el resultado". Este criterio, sin embargo, ha sido criticado por la vaguedad del significado de la expresión "dominio del hecho" y por considerársele como inaplicable al autor mediato y a la participación (*stricto sensu*). En el primer caso, no puede admitirse su existencia dada la independencia con que actúa el ejecutor directo y, en el segundo caso, puede sin embargo admitirse algunas veces porque, según las circunstancias, el que es calificado de cómplice, por ejemplo, tiene la posibilidad de evitar o de interrumpir la comisión del hecho punible. Según Gimbernat, quien analiza esta doctrina en la perspectiva de la legislación española, parecida a la nuestra, el concepto de dominio del hecho "no constituye" un aporte decisivo, ya que se encuentra ante la misma disyuntiva que agobia al intérprete español cuando trata de diferenciar entre cooperador necesario (cómplice primario) y mero cómplice (cómplice secundario)". A pesar de estas objeciones, hay que admitir que el dominio del hecho es el criterio que, no obstante sus deficiencias, mejor permite definir al autor del acto y distinguir los casos de participación en sentido estricto no es un criterio clave para resolver, clara y definitivamente, todos los problemas, pero constituye un esfuerzo meritorio para superar los puros criterios subjetivo y objetivo. Aún cuando hay que conocer, como lo hace el mismo Roxin, que sólo en apariencia existe unanimidad entre los defensores del "dominio del hecho" por lo que se refiere al contenido de esta expresión, esta concepción se ha impuesto tanto en la jurisprudencia y en la doctrina alemana, como en las de los países influenciados por la dogmática germana. Según la sistemática elaborada por Roxin, la concepción del dominio del hecho puede manifestarse de tres maneras distintas: primera, el dominio de la acción con relación al autor individual (*Handlungsherrschaft*); segunda, el dominio de la voluntad con respecto al autor mediato (*Willensherrschaft*); tercera, el dominio de la acción funcional con relación a los coautores (*Funktionale Handlungsherrschaft*). *Manuel A. ABANTO VÁSQUEZ* (pp. 200 y 201): (...) Para realizar esta distinción, la doctrina dominante se sirve de la teoría del *dominio del hecho*. Luego, "autor" será aquél que ejecute los hechos típicos con dominio del hecho; "partícipe", aquél que colabore con éste en la ejecución de tales hechos sin poseer el dominio del hecho. El "dominio del hecho", según la teoría dominante, se manifiesta, a su vez, de tres maneras: a) como "dominio de la acción" propia del individuo (autoría directa); b) como "dominio de la voluntad" de un tercero utilizado como "instrumento" o "intermediario humano" (autoría mediata), y c) como "dominio funcional" del hecho, hecho que es ejecutado conjuntamente con otros (coautoría).

El análisis de los autores que defienden y de aquellos que no comparten la *teoría del dominio del hecho* está diciendo que, aún con ser la dominante, tiene cuestionamientos. Con ello, el *concepto de autor del delito* general y aplicable a todas las estructuras típicas sigue siendo una asignatura pendiente de la teoría del delito.

3.2.3.7. Situación en México

3.2.3.7.1. *Legislación.* Si bien se ha dicho que en los *Cps* no tienen porque existir planteamientos teóricos, sucede que en ocasiones, el legislador, con idea o sin ella, lo hace. De los *Cps* mexicanos, en el *Cp Estado de México* se utiliza la expresión «dominio del hecho», lo cual, si no es definitorio para decir que en él se plasmó esta teoría sí puede servir como una orientación lo que se dice en los incisos d) y b) del art. 11:

Artículo 11. La responsabilidad penal se produce bajo las siguientes formas de intervención en el hecho delictuoso:

- I. La autoría; y
- II. La participación.

Son autores:

- a) Los que conciben el hecho delictuoso;
- b) Los que ordenan su realización;
- c) Los que lo ejecuten materialmente;
- d) Los que en conjunto y con *dominio del hecho* delictuoso intervengan en su realización; y
- e) Los que se aprovechen de otro que actúe sin determinación propia, conciencia o conocimiento del hecho.

Son partícipes:

- a) Los que instiguen a otros mediante convencimiento, a intervenir en el hecho delictuoso;
- b) Los que cooperen en forma previa o simultánea en la realización del hecho delictuoso, *sin dominio del mismo*; y
- c) Los que auxilien a quienes han intervenido en el hecho delictuoso, después de su consumación, por acuerdo anterior.

Si en el *Cp* no se utilizan estas expresiones u otras que den idea del *dominio del hecho*, será el intérprete, previo conocimiento de esta teoría, quien decida

si en ese texto legal se puede aplicar o no la teoría del dominio del hecho⁵²⁴, pudiendo utilizar razonamientos como los siguientes:

Comisión por sí mismo y comisión por medio de otro, son expresiones que sólo resultan compatibles con una teoría según la cual los elementos que la definen puedan darse sólo en parte fuera de la persona del autor. Esto sólo es posible a través de la teoría material-objetiva, pues en ella la comisión de la acción típica (en sentido formal-objetivo) y el dominio del hecho no necesitan darse en la misma persona⁵²⁵.

En primer lugar, porque proporciona una definición de autor mucho más completa que la que ofrece el todavía vigente Código Penal. En efecto, según el nuevo artículo 28, son autores “quienes realizan el hecho por sí solos, conjuntamente o por medio de otro del que se sirven como instrumento”.

Se contempla así expresamente y en primer lugar la figura más simple: la del autor individual, superándose de este modo la incongruencia que suponía tener que remitir su definición a cada uno de los tipos de la parte especial. E igualmente, al referirse ahora el artículo 28, sin restricciones, a la realización conjunta del hecho, supera la limitación que en la regulación anterior representaba la exclusiva referencia a los que toman parte en la ejecución del delito, permitiendo comprender así tanto las formas de coautoría ejecutiva directa como parcial. Pero es que, además, al tomar estas conductas como punto de referencia no ya el verbo “ejecutar”, sino el más amplio de “realizar”, es posible incluir en ellas a los sujetos que, sin ejecutar materialmente el delito, contribuyen al mismo de forma esencial en su fase de ejecución, esto es, aquellos que ostentan un dominio funcional del hecho. En último lugar, al contemplar entre los autores a quienes actúan por medio de otros, el precepto supera la estricta referencia a la fuerza como medio de instrumentalización del autor material, permitiendo abarcar todos los supuestos que, como la creación de un error o el empleo de personas incapaces, la doctrina había elaborado bajo la categoría de la autoría mediata.

Con la expresa referencia a estas clases de autoría, el legislador ha abandonado una concepción estrictamente formal de la misma para acoger un criterio objetivo-material, conforme al cual el autor no es sólo quien realiza actos ejecutivos, sino quien, por su situación de dominio, merece tal calificación⁵²⁶.

⁵²⁴ [Por ejemplo:] Rodolfo MONARQUE UREÑA, *Lineamientos...*, p. 134: El CPF ciñe sus disposiciones de la participación delictiva, de acuerdo con la teoría del dominio del hecho, puesto que en su artículo 13 distingue entre autores y partícipes, y establece que, a los últimos, se les debe imponer una pena de hasta dos terceras partes del delito de que se trate, reconociendo que, la complicidad, merece un tratamiento político criminal diferente de la autoría.

⁵²⁵ Enrique BACIGALUPO ZAPATER, *Estudios de derecho...*, p. 250.

⁵²⁶ Ma. del Carmen GÓMEZ RIVERO, <<Regulación de...>>, pp. 64 y 65.

3.2.3.7.2. *Jurisprudencia*. De entre los criterios que, aún con errores⁵²⁷, sin duda, pueden ser identificados con las orientaciones de la teoría del dominio del hecho⁵²⁸, se encuentran:

ARMA DE FUEGO, PORTACIÓN DE. CONCEPTO DE AUTOR BAJO EL CRITERIO DEL *DOMINIO FUNCIONAL DEL HECHO*. No se discute en lo absoluto la esencia indispensable del principio de culpabilidad, relacionado con la necesidad de acreditar el vínculo de pertenencia entre el autor y su hecho, como justificación del juicio de reproche personal e intransferible; sin embargo, es evidente que conforme a la concepción de la autoría bajo el criterio del dominio funcional del hecho, puede atribuirse tal carácter a quien tiene la posibilidad concreta y material de decidir conscientemente sobre la continuación, ejecución o interrupción del cause delictivo, con independencia de que sea uno o sean varios los sujetos que se ubiquen en tal circunstancia de disponibilidad fáctica del curso causal del suceso, de tal suerte que si en el caso a estudio se atribuye al quejoso el haber sido capturado de manera flagrante a bordo de un vehículo llevando bajo su propio asiento un arma de fuego, encontrándose también en el vehículo el dueño de éste quien había sido secuestrado y despojado de sus pertenencias, mientras que un coacusado trataba de hacer uso de las tarjetas de crédito del pasivo, resulta indiscutible que las circunstancias del hecho acreditado demuestran el conocimiento y voluntad (dolo) respecto de la acción de mantener dentro del ámbito de disponibilidad material el arma de fuego en cuestión, evidenciándose así el indiscutible *dominio funcional del hecho* respecto de la conducta de portación atribuida, ello con independencia de que en forma previa y con diversas circunstancias espacio-temporales, su coacusado también hubiese hecho uso del arma, pues eso no exime al aquí quejoso de responder a *título de autor por el dominio funcional*⁵²⁹ ejercido en las condiciones de su particular actuación.

⁵²⁷ Véanse las notas de pie de página en los siguientes criterios de *jurispr.*

⁵²⁸ Javier JIMÉNEZ MARTÍNEZ, *La estructura...*, p. 301: Al igual que la jurisprudencia nacional, la doctrina mexicana parece haber aceptado sin mayor objeción el llamado concepto restrictivo de autor bajo la teoría del dominio del hecho. En efecto, con independencia de ulteriores desarrollos, en donde podamos fundamentar de mejor modo, o en su caso, modificar esta opinión provisional, la jurisprudencia mexicana sigue el concepto restrictivo de autor en su orientación objetivo material en la línea del dominio del hecho, así se desprende de las siguientes tesis. Miguel Angel MANCERA ESPINOSA, <<Autoría mediata...>>, pp. 181 y 182: Ya dijimos cuál es el sistema y qué figuras se admiten en México, al menos en el orden federal, pero aún nos falta señalar qué teoría es la dominante en el ámbito de aplicación de la ley. Es decir, en qué tipo de basamento se soporta la distinción, por lo que la pregunta a responder es: si el soporte se encuentra en clave objetiva, subjetiva, material, o formal. Al menos desde nuestro punto de vista, es dable afirmar que en México, los juzgadores actualmente se inclinan por dar un *soporte eclético (objetivo-subjetivo)*, que se fundamenta en la *teoría del dominio del hecho*, así lo hemos afirmado ya en otros trabajos y se puede corroborar precisamente con las tesis emitidas por los Tribunales Colegiados.

⁵²⁹ Quien elaboró este criterio de *jurispr* no tiene claro lo que significa *dominio funcional del hecho*. Para él, pareciera, que todas las clases de autores se definen por tener el *dominio funcional*. Se le olvida que Claus Roxin el *dominio funcional* lo definió sólo para los *coautores*, y para el *autor individual* utilizó el *dominio de la acción*. En este criterio, lo correcto hubiere sido decir que es autor porque se tiene el *dominio del hecho* mediante el *dominio de la acción* de portar el arma. Quizás, además, esté la influencia, equivocada, de Carlos Juan Manuel DAZA GÓMEZ, <<Autoría...>>, p. 27: (...) En menos palabras, el sujeto que habiendo concurrido a la realización del hecho no lo hizo con algún *tipo de dominio funcional (tales como pudieran ser la autoría directa, la coautoría o, en su caso, autoría mediata)* entonces es calificado como partícipe. De lo anterior se

SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA PENAL DEL SEGUNDO CIRCUITO.

Amparo directo 641/2002. 27 de febrero de 2003. Unanimidad de votos. Ponente: José Nieves Luna Castro. Secretaria: Alma Jeanina Córdoba Díaz.

COAUTORÍA. ARTÍCULO 13, FRACCIÓN III, DEL CÓDIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL. La coautoría a que se contrae la fracción III del artículo 13 del Código Penal para el Distrito Federal, se surte cuando varias personas en consenso y con codominio conjunto del hecho, dividiéndose las acciones delictivas y mediante un plan común acordado antes o durante la perpetración del suceso, concurren a la ejecución del hecho punible y, por tanto, son responsables en igualdad de condiciones; por ende, una aportación segmentada, adecuada y esencial al hecho puede bastar para ser considerada y penada como coautoría, aunque formalmente no sea parte de la acción típica, habida cuenta que aquélla se refiere no únicamente a una ejecución compartida de actos que se realizan, en sentido objetivo-formal, como porciones pertenecientes a la acción típica sino a que varios agentes reparten entre sí el dominio del hecho en la etapa de su realización, por lo cual la doctrina ha llamado a esta intervención compartida como codominio funcional del hecho; sin embargo, esa actuación funcional para convertir al agente como coautor, debe ser necesaria y esencial para la realización del hecho delictivo. En ese sentido, si el sujeto activo no desapoderó materialmente al ofendido de sus pertenencias, pero su actuar se constriñó en llevarlo hasta el lugar donde se localizaban los sujetos que le quitaron sus pertenencias, es evidente la existencia de un plan común acordado entre esas personas para la realización del robo; por tanto, resulta incontrovertible que la aportación del acusado fue esencial y adecuada para la comisión del delito a título de coautor, en términos de la fracción III del artículo 13 del Código Penal para el Distrito Federal.

OCTAVO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA PENAL DEL PRIMER CIRCUITO.

Amparo directo 768/2002. 18 de abril de 2002. Unanimidad de votos. Ponente: Manuel Baraibar Constantino. Secretario: Jesús Terriquez Basulto.

COAUTORÍA MATERIAL⁵³⁰. SE GENERA CUANDO EXISTE ENTRE LOS AGENTES *CODOMINIO FUNCIONAL DEL HECHO*. Aun cuando la aportación de un sujeto al hecho delictivo no pueda, formalmente, ser considerada como una porción de la acción típica, si aquélla resulta adecuada y esencial al hecho de tal manera que evidencia que existió entre los agentes un reparto del *dominio del hecho* en la etapa de su realización (*codominio funcional del hecho*), tal aportación es suficiente para considerar a dicho agente coautor material del delito en términos del artículo 13, fracción III, del Código Penal para el Distrito Federal, como ocurre en el delito de robo, cuando uno de los activos es el que se apodera materialmente de la cosa ajena, mientras otro, amén de brindarle apoyo con su presencia, impide que uno de los ofendidos acuda a solicitar auxilio.

PRIMER TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA PENAL DEL PRIMER CIRCUITO.

Amparo directo 369/97. Pedro Flores Peralta. 17 de abril de 1997. Unanimidad de votos. Ponente: Alejandro Sosa Ortiz. Secretario: Carlos Díaz Cruz.

Amparo directo 341/97. Juan Francisco Mares Zárate, Gustavo Azcárate Hernández, Miguel Ángel Rodríguez Ruiz y Ricardo Bello Reyes. 19 de mayo de 1997. Unanimidad de votos. Ponente: Elvia Díaz de León de López. Secretaria: María de la Luz Romero Hernández.

deduce que cualquier imputación a título de partícipe confirma la falta del dominio del hecho. [*Sin cursivas en el texto original*].

⁵³⁰ El error en este criterio es hablar de <<coautoría material>> pues para que ésta exista se requiere que todos los intervinientes realicen la acción típica, lo cual no sucede, según se desprende, del contenido del criterio. Por ello, Claus ROXIN habló de <<dominio funcional>> para explicar la coautoría con división del trabajo o reparto funcional de tareas y distinguirla de la <<coautoría material>> propia de la teoría *formal objetiva*. Y Günther JAKOBS dijo <<dominio del hecho material como dominio de la configuración>>.

Amparo directo 681/97. Rodolfo Romero Elguera y Rafael Pérez Vasconcelos. 29 de mayo de 1997. Unanimidad de votos. Ponente: Carlos Hugo Luna Ramos. Secretaria: Miriam Sonia Saucedo Estrella.

Amparo directo 625/97. Hermenegildo Basilio Rojas. 30 de mayo de 1997. Unanimidad de votos. Ponente: Elvia Díaz de León de López. Secretaria: Silvia Lara Guadarrama.

Amparo directo 721/97. Arturo García Huerta. 17 de junio de 1997. Unanimidad de votos. Ponente: Alejandro Sosa Ortiz. Secretario: Ricardo Martínez Carbajal.

COAUTORÍA. SE GENERA CUANDO EXISTE ENTRE LOS AGENTES CODOMINIO FUNCIONAL DEL HECHO (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE SINALOA). La coautoría, conforme a la fracción III del artículo 18 del Código Penal para el Estado de Sinaloa, es la realización conjunta de un delito por varias personas que colaboran consciente y voluntariamente. Lo decisivo en la coautoría es que el dominio del hecho lo tienen varias personas que, en virtud del principio del reparto funcional de papeles, asumen por igual la responsabilidad de su realización. Las distintas contribuciones deben considerarse, por consiguiente, como un todo, y el resultado total debe atribuirse a cada autor, independientemente de la entidad material de su intervención. En la coautoría es necesario, además del acuerdo de voluntades, que se contribuya de algún modo en la realización del delito (no necesariamente en su ejecución), de tal modo que dicha contribución pueda estimarse como un eslabón indispensable de todo el acontecer delictivo. Como el autor, el coautor realiza la actividad delictuosa descrita en un concreto tipo penal conjuntamente con otro u otros. En rigor técnico el coautor es un autor y, por ello, la coautoría es una autoría que se singulariza por el dominio que sobre el hecho ejercen en común todos los autores, quienes intervienen de acuerdo en la ejecución del delito; ello implica que el coautor es quien está en posesión de las condiciones personales del autor y ha participado de la decisión común respecto del hecho delictivo. Entonces, en el todo que constituye el hecho típico, el coautor con su actuación contribuye con una parte que complementa la de los demás copartícipes o autores y ello precisamente justifica el que responda del delito en su integridad. El dominio del hecho, en la parte que corresponde a cada coautor, se origina en la decisión común de todos para ejecutar el delito. Mediante esa decisión conjunta se vinculan funcionalmente los distintos aportes al hecho, de tal manera que cada aporte está conectado al otro mediante la división de tareas acordadas en la decisión conjunta.

QUINTO TRIBUNAL COLEGIADO DEL DÉCIMO SEGUNDO CIRCUITO.

Amparo directo 249/2001. 12 de diciembre de 2001. Unanimidad de votos. Ponente: José Alejandro Garza Ruiz. Secretario: Jorge Arturo Porras Gutiérrez.

Amparo directo 352/2001. 11 de enero de 2002. Unanimidad de votos. Ponente: Aracely Álvarez Cañedo, secretaria de tribunal autorizada por el Pleno del Consejo de la Judicatura Federal para desempeñar las funciones de Magistrada. Secretario: Jorge Arturo Porras Gutiérrez.

Amparo directo 54/2002. 6 de mayo de 2002. Unanimidad de votos. Ponente: José Alejandro Garza Ruiz. Secretaria: Deyanira Martínez Contreras.

CODOMINIO FUNCIONAL. REQUIERE QUE LA APORTACIÓN DEL COAUTOR ESTÉ PRECEDIDA POR UNA DIVISIÓN DEL TRABAJO PREVIAMENTE CONVENIDA. Una de las formas en que se surte la realización conjunta del delito prevista en la fracción III del artículo 13 del Código Penal Federal, aparece cuando el actuar de alguno o algunos de los intervinientes en el ilícito, a pesar de que no se traduce en acciones fraccionadas de la conducta típica, sí refleja un *codominio funcional del hecho*, el cual presupone una división del trabajo previamente convenida que precede a tales actuaciones. Luego entonces, el solo dato de que alguien de manera intempestiva le haya allegado a otro el arma con la que privó de la vida al pasivo, sin existir siquiera elementos que permitan establecer que el primero hubiese así procedido por un plan previamente concebido y convenido en el que se le hubiere asignado esa tarea, sino que por el contrario se advierte que tal colaboración fue casual y posterior su

aceptación por el autor material, no autoriza a considerar al primero como coautor, sino en todo caso como cómplice.

PRIMER TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA PENAL DEL PRIMER CIRCUITO.

Amparo directo 949/97. Elizabeth Campos Castillo. 11 de julio de 1997. Unanimidad de votos. Ponente: Alejandro Sosa Ortiz. Secretario: Carlos Díaz Cruz.

3.2.3.7.3. Doctrina jurídico penal. Esta teoría está poco desarrollada por los autores en México, lo que significa que aún y cuando es la que hoy se acepta como dominante, su tratamiento o no se hace o se hace de forma limitada.

De los autores que la tratan son *Álvaro BUNSTER BRICEÑO* (pp. 204 a 206): 6. Lo que llevamos expuesto deja ver que la teoría objetiva formal no es directriz válida para delimitar el concepto de autor en sentido estricto ni el concepto de coautor. No es con la utilización exclusiva de ella como podemos deslindar los conceptos de autor y cómplice. La gradación en que hemos ido presentando las situaciones controvertidas, y su correspondiente ilustración con ejemplos, dejan ver la tácita presencia de otro elemento, de un elemento material y no formal, objetivo y no subjetivo, que no corresponde, sin embargo, al contenido de ninguna de las teorías objetivas materiales a que la doctrina hace tiempo volvió la espalda. Ese elemento es el señorío o dominio del hecho. La historia de este concepto en la ciencia penal es conocida. Se reconoce como su formulador a Hans Welzel, quien, en sus célebres *Studien zum System des Strafrechts*, de 1939, dice: «En el ámbito del obrar final se destaca unívocamente la autoría final de toda otra forma final de concurrir. Autoría final es la forma más comprensiva del dominio final del hecho. El autor final es señor de su decisión y de la ejecución de ésta, y con ello, señor de 'su hecho', que él conforma finalmente en su ser y en su consistir. Ciertamente tienen también el instigador y el auxiliador un cierto señorío del 'hecho', pero sólo sobre su intervención. El hecho está sólo subordinado al dominio final del hecho del autor. La participación en él sólo es, por tanto, intervención en *hecho ajeno*. El instigador, en verdad, incita al hecho ajeno y el auxiliador lo favorece, pero el señorío o dominio final sobre la resolución y sobre la real ejecución de ella lo tiene sólo el autor». Aparte esta caracterización fundamental del dominio del hecho, suele citarse, entre las muchas que sería posible espigar en la bibliografía, principalmente alemana, sobre la materia, la propuesta por Maurach en su conocido Tratado: «Dominio del acto lo tiene todo cooperador que se encuentra en la situación real, por él percibida, de dejar correr, detener o interrumpir por su comportamiento, la realización del tipo», donde «todo cooperador» debe entenderse como «todo concurrente» (*Mitwirkender*). Estos enunciados, nos parece, permiten discernir si es este elemento del dominio del hecho el que puede hacer claro el deslinde entre autor y auxiliador, deslinde para el que, como se ha visto, no brinda criterios netos y firmes la teoría objetiva formal. Si ateniéndonos a la sucesión de nuestros ejemplos consideramos primeramente el simple caso del autor que obra con un auxiliador que despliega actos marginales de ayuda y, cabría decir, verdaderamente preparatorios de la acción, el hechor es quien fuera de toda duda posee el dominio del hecho: él es dueño de la resolución de matar y de la ejecución de tal resolución en el mundo real, en su ser y en su consistir; él tiene dolosamente las riendas del acontecimiento típico; él es quien se encuentra en la situación real de dejar correr, detener o interrumpir, por su comportamiento, la realización del tipo. Roxin, el gran teórico del dominio del hecho, distingue en este caso un dominio del hecho de acción, un señorío que está en la acción (*Handlungsherrschaft*). Nada de demasiado diverso podemos expresar del autor que recibe un auxilio que no es marginal, sino indispensable o necesario. Su indispensabilidad o necesidad no recae sobre si el hecho se ejecuta o no, esto es, sobre el sí del delito, ni tampoco sobre el *cuándo* y el *cómo*, pues al autor incumbe, en conformidad a la tesis del dominio o señorío del hecho, determinar lo uno y lo otro, precisamente por ser dueño o señor del hecho. Resuelto eso, el auxiliador necesario facilita un medio sin el cual, es cierto, el delito no podría efectuarse, pero ello está también dentro del contenido de decisión del autor y concierne a los extremos sobre los cuales ejerce él su dominio o señorío. El auxiliador, cabe siempre tenerlo presente, no interviene en el hecho con un acto de ejecución y, por tanto, en el momento ejecutivo, sino con un acto de cooperación. Mal podría, en consecuencia, resolver sobre el sí o el no de la ejecución. Y es esta carencia o deficiencia la que lo mantiene en la calidad de partícipe y no lo eleva a la de autor. Al pasar de estas formas de cooperación o auxilio a la coautoría, la situación cambia del todo. No es éste el lugar para desarrollar en toda su amplitud la descripción del plano subjetivo en que la coactuación de varios debe desplegarse para constituir, jurídicamente hablando, coautoría. Lo cierto es que todos los coautores, para ser tales, deben haber tomado parte en la decisión de ejecutar el hecho y, enseguida, haber intervenido con actos de ejecución en la perpetración del mismo, de modo que esas aportaciones objetivas que vienen a completar el hecho se requieran integradoramente las unas a las otras para constituir lo que el mismo Roxin ha

denominado el *dominio funcional del hecho*. Ese dominio funcional no lo posee, ciertamente, quien amén de no haber intervenido en la decisión, no ha realizado actos de ejecución o actos en conexión inmediata con ella. Los ejemplos antes ofrecidos de quien sujeta a la víctima y de quienes, en ciertas circunstancias expresivas del carácter claramente ejecutivo e integrador del respectivo aporte, hacen de chofer o de vigilante, parecen ilustrar claramente lo que aquí se trata de dejar sentado. Moisés MORENO HERNÁNDEZ (p. 285): Con el desarrollo de la dogmática jurídico-penal, sobre todo a partir de la aparición de la teoría de la acción finalista, surge también una propia concepción para delimitar autoría y participación *stricto sensu*; tal es el criterio final objetivo o del *dominio del hecho*, conforme al cual *autor* es el que tiene el dominio del hecho, es decir de la conducta descrita en el tipo, y partícipe el que determina dolosamente a otro (autor) a la comisión de un injusto doloso (instigador) o le presta ayuda o auxilio en la comisión del injusto doloso (cómplice), pero que no tiene el dominio del hecho. El dominio del hecho lo tiene quien retiene en sus manos el curso, el "sí" y el "como" del hecho, pudiendo decidir preponderantemente a su respecto (Zaffaroni, *Manual*, p. 496). La teoría del dominio del hecho, que se funda tanto en aspectos objetivos como subjetivos, viene a subsanar en gran medida los problemas que no resuelven los criterios anteriores y está acorde a los avances más recientes de la ciencia jurídico-penal. Pero se trata de un criterio que se plantea fundamentalmente en el ámbito de los delitos *dolosos*, ya que es en ellos donde se presenta el problema de delimitación entre autores y partícipes. Para ser autor, en la generalidad de los casos se requerirá esta característica: tener el dominio del hecho; pero hay tipos penales que, además, exigen ciertas calidades para ser autor, en tales casos tendrá que darse dicha calidad, como ser "funcionario", por ejemplo, o que en el sujeto tenga que concurrir un especial elemento subjetivo diverso al dolo (ánimo, propósito, etc.), en cuyo caso también debe darse. En tratándose de los delitos *culposos* no se plantea el problema de delimitación, porque no interesa saber quién tiene el dominio del hecho y quién no lo tiene; en los delitos *culposos* de acuerdo con esta postura, sólo hay autores o coautores. Autor en un delito *culposo*, es aquel que produce un resultado típico mediante la realización de una conducta violatoria de un deber de cuidado. Raúl GONZÁLEZ SALAS – CAMPOS (p. 155): *d) La teoría del dominio del hecho*. No resultan apropiadas, para dar un concepto de autor que sirva para diferenciarlo del concepto de partícipe, tomar teorías puramente objetivas ni subjetivas, sino que es necesario buscar una síntesis de ambas para lograr una correcta delimitación de la autoría y participación. Esta ha sido la meta de la teoría del dominio del hecho, la que cada día ha venido imponiéndose en la dogmática y en la jurisprudencia penal. Parte esta teoría de la necesidad de tomar en cuenta, tanto la voluntad de quien actúa (el ánimo que lo impulsa a realizar la acción, *propio o ajeno*), como el de tomar en cuenta la importancia material de la parte que cada interviniente asume en el hecho. Solamente será considerado autor quien contribuya a dominar el curso del hecho. Esta teoría surgió del finalismo en cuanto a que en los delitos *dolosos* es autor quien domina finalmente la ejecución del hecho. Lo decisivo para ser considerado autor es el control final del hecho. Maurach decía que será autor quien tenga dolosamente en sus manos el curso del suceso típico, es decir, quien tenga el dominio del hecho⁵³¹. Alicia Beatriz AZZOLINI BRINCAZ (pp. 135-137): En un intento por superar esta deficiencia la teoría objetivo material dice que el autor pone la causa del delito mientras que el partícipe aporta sólo una condición. Pero esta propuesta fue mayoritariamente rechazada por querer distinguir entre autor y partícipe con criterios tomados de las ciencias naturales y, al mismo tiempo, porque la distinción entre causa y condición no puede obtenerse en el terreno objetivo de la causalidad. Determinar si una aportación es causa o condición de un delito nos remite, finalmente, al terreno sin salida de la equivalencia de las condiciones. Frente a las deficiencias de las teorías anteriores fue ganando terreno el *dominio del hecho* como criterio delimitador entre el comportamiento del autor y el del partícipe. El avance de esta teoría hasta convertirse hoy día en el criterio casi dominante es obra de Welzel, aunque esta postura no sólo es defendida por finalistas. Roxin señala que el éxito de esta teoría se debe a que rescata la idea de que la autoría sólo puede consistir en la realización del tipo, pero en vez de quedarse en el aspecto formal de la realización de propia mano, recurre al criterio material del dominio del hecho. Pero la doctrina no es unánime al definir el alcance de este concepto. El dominio del hecho corresponde, según Welzel, al que lleva a cabo con finalidad consciente su decisión de voluntad, a quien configura el hecho mediante su voluntad, que rige la realización conforme a un plan. Gallas, por su parte, pone el acento en el aspecto objetivo, entiende que el dominio del hecho se da cuando el suceso es obra del interviniente, cuando éste lo tiene en sus manos. Maurach parte de la distribución real de fuerzas, señala que el dominio del hecho lo tiene todo interviniente que puede, con arreglo a su voluntad, impedir o hacer que llegue a su término la realización del resultado total. Pero Roxin da un paso más en la precisión del concepto al distinguir entre el dominio de la acción, que tiene el autor directo y que corresponde a la teoría formal objetiva; el dominio de la voluntad, que caracteriza al autor mediato, quien realiza el tipo no de propia mano sino mediante otra persona, y el dominio funcional que corresponde a la coautoría, en la que varios realizan distintas funciones basándose en la división del trabajo. A su vez, señala una distinción tajante entre lo que llama *delitos de dominio* y *delitos de infracción de un deber*, en los que la autoría depende de la lesión de un deber extrapenal como, por ejemplo, los delitos de servidores públicos. En estos últimos el autor es el titular del deber, la lesión del deber fundamenta por sí sola la autoría. Resumiendo, mientras que en los delitos de

⁵³¹ <<El tipo de...>>, p. 155.

dominio, el dominio del hecho es el criterio delimitador de la autoría, en los delitos de infracción de deber, el criterio de deber reemplaza al de dominio. La distinción entre los delitos de dominio y los de infracción al deber ha sido mayoritariamente aceptada ya que permite solucionar problemas de la autoría en los delitos especiales. Pero recientemente Bottke ha intentado superar esa dicotomía caracterizando a todas las formas de autoría a través de la dirección actual –*aktuelle Machthabe*– sobre el hecho causado: la autoría del autor inmediato es el dominio de configuración a través de la actuación corporal; la autoría del autor mediato es el dominio de configuración superior y relevante; la autoría del coautor es el dominio de configuración equivalente y concertado; la autoría del autor de un delito especial comisivo es el dominio de configuración predominante por el hecho positivo, y la autoría del autor de un delito impropio de omisión es el dominio de configuración asumido y relevante. La teoría del dominio del hecho ha sido criticada porque permite una ampliación del tipo que atenta contra la seguridad jurídica –se han llegado a considerar coautores a quienes participan en la fase preparatoria– y porque no proporciona una propuesta única de autoría sino que recurre a la distinción entre delitos de dominio y delitos de infracción al deber. El intento de Bottke pretende, precisamente, solucionar esa dicotomía. *Octavio Alberto ORELLANA WIARCO* (p. 381): La teoría del “dominio del hecho” es la solución que propone el finalismo para distinguir a los autores del partícipe. Welzel considera que es *autor* el que tiene el *dominio del hecho*, partiendo de la concepción de la acción finalista donde el proceso del nexo causal no es un mero acontecer naturalístico, sino un proceso bajo el dominio del sujeto activo. *Gustavo MALO CAMACHO* (pp. 489 y 490):

3. *Teoría final objetiva del dominio del hecho*. Ante la insuficiencia de las posiciones señaladas [*se refiere a las <<teoría objetiva del autor>> y <<teoría subjetiva del autor>>*] y el riesgo de la última, para determinar la figura del autor ha resultado decisivo tener en cuenta el criterio objetivo de la producción del hecho típico, que respeta la legalidad, pero asimismo, atendiendo al concepto de la acción en un sentido final. Es decir, para definir quién interviene en la comisión y, en este sentido, reconocer que autor es quien tiene el dominio del acto. Así, se ha observado, con razón, que autor es quien tiene el dominio final del hecho; es quien manifiesta tener el “señorío sobre el acto”, con lo que se superan las inconveniencias que plantea el conceptuar al autor a partir de la causalidad. Si autor es únicamente quien causa un ilícito, conforme a la equivalencia de las condiciones, naturalmente la participación implica una forma de autoría, por lo que no hay armonía cuando de acuerdo con la ley se previene una disminución en la penalidad, para la participación; en cambio, cuando, con más precisión, se observa que el autor de un injusto doloso, más que ser el que causa el resultado, es quien tiene el dominio del hecho, se superan las dificultades. En el injusto doloso la autoría se limita por la finalidad que da el dominio del hecho, en tanto que en la autoría culposa se determina por la causalidad, a su vez limitada por las normas que individualizan el deber de cuidado. Esta orientación aparece reconocida como teoría final objetiva. *Raúl PLASCENCIA VILLANUEVA* (p. 212): D. *La teoría del dominio del hecho*. En virtud de las deficiencias planteadas por las posturas restrictivas, extensivas y unitarias, la teoría del dominio del hecho trata de sintetizar a estas teorías pues cada una de ellas enfrenta sólo parcialmente el problema sin lograr resolverlo. *José Arturo GONZÁLEZ QUINTANILLA* (p. 473) [*con apoyo en una cita de Gimbernat Ordeig, señala*]: Por otra parte, y tratando de establecer las diferencias, tenemos “el dominio del hecho a favor de todo cooperador que se halla en la situación real, de la que es consciente, de dejar correr, detener o interrumpir, según sea su comportamiento, la realización del tipo. El dominio del hecho es la realización final del acontecimiento típico. *Carlos Juan Manuel DAZA GÓMEZ* (1998, pp. 359 y 360): G) **Teoría del Dominio del Hecho**. Hans Welzel propuso el concepto de la Teoría del Dominio del Hecho, que consiste, en síntesis, que el autor del delito es la persona que consciente y dolosamente controla el desarrollo del hecho, que tiene el dominio sobre el curso del mismo, dominio que se manifiesta en lo subjetivo porque lo orienta a la lesión de un bien jurídico y, en lo objetivo, porque goza del poder de interrumpir en cuanto quiera el desarrollo del hecho. Pensamos, que esta doctrina utiliza elementos objetivos y subjetivos, lo que conlleva a una mejor determinación del autor mediato⁵³². [*Y en 2002, p. 27 agrega*]: **TEORÍA DEL DOMINIO DEL HECHO**. Pertenece a la clase de posturas que distinguen entre autoría y participación y, en este sentido, la teoría del dominio del hecho puede ser calificada como una *teoría restrictiva*; pero, además, dicha teoría es una *teoría objetivo-material*, porque trata de localizar los elementos objetivo-materiales de dominio (funcional) del hecho, conforme a los cuales pueda acreditar la autoría o la participación de alguna persona concurrente en la comisión de algún ilícito. De conformidad con esta teoría, es autor el sujeto que tenga el control directo del acaecimiento del ilícito; es coautor el individuo que posea el dominio funcional del hecho; y es autor mediato el que, teniendo el *dominio de la voluntad* de otro sujeto, ocupe a éste como instrumento para la comisión de un delito. Por otra parte, la persona que no obstante concurre en la realización del hecho es ajena tanto al control de la acción causante del resultado, así como al dominio funcional del mismo, y que ni siquiera –en un momento dado– tiene el dominio sobre la voluntad de quien o quienes lo causaron, es considerada partícipe, puesto que su aporte fue concurrente para el alcance del delito. En menos palabras, el sujeto que habiendo concurrido a la realización del hecho no lo hizo con algún tipo de dominio

⁵³² Este autor, además, se refiere a la teoría del *dominio del hecho* en otros apartados y con otras denominaciones (<<teoría formal – objetiva>>, <<teoría objetiva – subjetiva o del dominio del hecho>>), lo que genera confusión, pues la primera es una explicación diferente de la del *dominio del hecho*.

funcional (tales como pudieran ser la autoría directa, la coautoría o, en su caso, autoría mediata) entonces es calificado como partícipe. De lo anterior se deduce que cualquier imputación a título de partícipe confirma la falta de dominio del hecho. *Rodolfo MONARQUE UREÑA* (pp. 133 y 134) D Teoría del dominio del hecho. Este criterio, elaborado por Welzel, es producto de la teoría finalista de la acción. Para este esquema, tiene el carácter de autor de manera consciente y dolosa, el que controla objetiva y subjetivamente el desarrollo y curso de la conducta delictiva; subjetivamente, en la medida en que de manera mediata o inmediata, orienta finalísticamente su comportamiento hacia la producción del resultado o de la puesta en peligro del bien; y, objetivamente, porque goza de poder para interrumpir cuando quiera la acción realizada. Para esta teoría, son autores los que realizan el delito por sí, los que instigan a otros a cometerlo, y los que planean y ordenan la realización del delito⁵³³. Por otra parte, merecen ser considerados partícipes, quienes cooperan de forma secundaria, de tal suerte que, su conducta, se convierte en relevante exclusivamente por la unión que posee respecto del hecho criminal, haciendo referencia a los cómplices, es decir, a quienes cometen actos preparatorios y a los que ocultan a los delincuentes con acuerdo *a priori*. *José Moisés VERGARA TEJADA* (p. 431) Teoría del dominio del hecho. Esta teoría (que actualmente es la dominante), más que nada es una postura meramente ecléctica ante la teoría objetiva y subjetiva antes indicadas, adoptada por la mayoría de los juristas modernos que consideran como autor de un hecho típico, a todo aquel que haya tenido “el dominio del hecho”, o sea, a aquel que en el transcurso del *iter-criminis*, ha podido detener la realización del delito, mas sin embargo actúa en el sentido de realizarlo; mientras que por “partícipe” del delito, se tiene a aquel que bajo el dolo induce o auxilia a otro a cometer el delito. En efecto, en los términos de esta teoría, formulada inicialmente por el alemán HANZ [sic; ¿HANS?] WELZEL, “Autor es quien mantiene en sus manos *el transcurso del hecho* y que puede, de acuerdo a su voluntad, dejar avanzar o detener el transcurso de los hechos”. Bajo esta postura, tenemos entonces que si bien por un lado debe existir una voluntad del agente para querer el resultado típico, por otro lado se requiere que domine el hecho, o en otras palabras, que *controle las aportaciones* necesarias para obtener finalmente ese resultado típico, todo lo cual redundará en el autor y que, como ya se dijo, proviene de las teorías subjetiva y objetiva antes dichas. Por tanto, bajo la teoría del dominio del hecho, todo aquel que solamente reúna alguno de ambos requisitos no podrá considerarse autor, sino sólo partícipe bajo alguna de las siguientes formas: inductor o cómplice; calidades estas que aparecerán según el análisis de la conducta objetiva desplegada por el sujeto en el desenvolvimiento del hecho típico, y de lo cual adelante nos ocuparemos. *Carlos A. MADRAZO* (p. 233): (...) Con el desarrollo de la dogmática y aparición de la teoría de la acción finalista, también se elaboró una teoría para explicar este problema, que es la teoría del “dominio del hecho”, según la cual “autor es el que tiene el dominio del hecho y partícipe el que determina dolosamente a otro (autor) a la comisión de un injusto doloso (instigador) o le presta ayuda o auxilio en la comisión del injusto (cómplice), pero que no tiene el dominio del hecho”. *Rodrigo QUIJADA* (p. 113): Autoría y participación han dado lugar a diversos planteamientos. Predomina en el nuevo Derecho Penal la posición de considerar ambos temas por separado, visualizando dos áreas perfectamente delimitadas: por un lado, la de los autores, coautores y autores mediatos; y, por la otra, la de los inductores y cómplices. En el proceso teórico evolutivo para separar tales áreas, está imponiéndose gradualmente, no sin algunas resistencias, la *teoría del dominio del hecho*, por sobre las precedentes teorías objetiva y subjetiva relacionados con un concepto restrictivo o extensivo de autor. De acuerdo con esta teoría, autor del delito es aquel que, en principal o menor medida, tiene dominio del curso del delito. La precisión permite incluir en el concepto tanto a los autores mediatos como a los coautores, puesto que unos y otros hacen un aporte objetivo que es determinante para el resultado. *Javier JIMÉNEZ MARTÍNEZ* (pp. 296 y 297): 3.2.2. Moderna Teoría objetivo – material (teoría del dominio del hecho). La teoría del dominio del hecho es también una teoría restrictiva, suele identificársele como “dominio final del acto”, hoy –dice el profesor CLAUS ROXIN– “ya casi no quedan autores que no trabajen de una forma u otra con la idea del dominio del hecho”. De acuerdo con esta teoría, autor es quien tiene el dominio del hecho, mientras que los partícipes carecen de ese dominio. *Antonio BERCHELMANN ARIZPE* (pp. 731 y 732): Según Roxin y Edgardo Alberto Donna los antecedentes de la teoría del dominio del hecho se remontan a 1915 con Hegler, aunque el mismo Donna anota lo que también advirtió Díaz y García Conlledo, en el sentido de que la idea del dominio del hecho campeó desde antes con expresiones diferentes a esa. Sin embargo, la doctrina es coincidente que la teoría del dominio del hecho se conforma como tal con Welzel con relación a los delitos dolosos. Así, “autor” es aquél que conciente del fin tiene el dominio del hecho porque configura su existencia y su forma de ser, en tanto que los determinadores y los cómplices tienen dominio sobre su participación pero no sobre el hecho mismo. Lo que no cambia en los coautores, porque entre otros cosustentan el hecho de tal modo que el mismo no se podría ejecutar o consumir sin el apoyo esencial que le da cada cual. Tal postura con matices importantes según se verá, la desarrolla luego Roxin

⁵³³ La clasificación del instigador y del planificador como autores directos no se corresponde con la *teoría del dominio del hecho*; tampoco la del que da las órdenes, pues si se trata de un caso de grupo de poder, existe discusión en la doctrina en cuanto a ser considerado un supuesto de autoría mediata (Roxin) o un supuesto de coautoría (Jescheck, Jakobs).

con gran éxito en su obra *Autoría y Dominio del Hecho en Derecho Penal*⁵³⁴, en la cual él permea tres manifestaciones básicas del dominio del hecho como formas materiales de "autoría": 1) La idea del "dominio de la acción" por parte de quien sin depender de otro realiza los elementos del tipo. 2) La idea de que también es "autor" aquel que ejerce "dominio sobre la voluntad" de otro. Y 3) la idea de que por igual es "autor" quien junto con otro (s) ejerzan entre sí un "co-dominio funcional" absoluto del hecho. Miguel Angel MANCERA ESPINOSA (2000, pp. 215): 3.4.3. *Teoría del dominio del hecho*. Nace con Welzel (dominio final sobre el hecho), autor es quien realiza el hecho finalmente de acuerdo a su voluntad. Su desarrollo posterior y profundidad es realizada por Roxin. Esta teoría es un argumento más a favor de incluir el dolo en el tipo (por tratarse de un suceso finalmente dominado, aun cuando no requiere de la teoría final de la acción). Se dice que se trata de una teoría material objetiva, esto es, que se requiere el control del suceso típico por parte del autor. Es relevante en esta teoría el valor de igualdad que dan a dicha parte objetiva con la subjetiva en donde esta última se traduce en la voluntad de dominar el hecho, para que haya dolo el sujeto debe saber que domina el hecho, es decir que él es el que orienta los factores causales. En esta posición se puede dominar el hecho sin necesidad de realizar la posición descrita como núcleo rector, sólo se requiere, que sea el sujeto quien cause y domine el hecho que conduce finalmente al resultado. Arturo ZAMORA JIMENEZ (2001, p. 111): Autor en sentido estricto (frente a otras formas de realizar o intervenir en el delito), es aquel que quiere y realiza el tipo de injusto por sí mismo y por lo tanto mantiene el dominio final del hecho, y dirige su conducta con conocimiento y voluntad final de producir un resultado tipificado como delito. Este concepto no ofrece ninguna problemática a la luz de la norma penal o de la jurisprudencia, porque surge del campo semántico a que pertenece y del cual se puede deducir con toda claridad frente a los conceptos de otras formas de autoría que estudiaremos más adelante. Mario Alberto GONZÁLEZ LLANES (pp. 189 y 190): Teorías mixtas, entre estas existe una, desarrollada precisamente por el sistema finalista que se llama teoría final objetiva, teoría material subjetiva, teoría del dominio del hecho que afirma que "autor es aquel que en el caso concreto tiene el dominio del hecho", y dominio del hecho, es todo aquello que esta [sic; ¿está?] vinculado con la acción que esta [sic; ¿está?] descrita en el tipo penal, por lo tanto esta teoría reviste características de mixta porque toma en consideración lo formal, lo material, lo objetivo y lo subjetivo. Autor, es el que, en el caso concreto, esta [sic; ¿está?] en la posibilidad de romper en cualquier momento el proceso causal o esta [sic; ¿está?] en posibilidad de prolongar el proceso causal, eso significa tener el dominio del hecho y quien no tenga el dominio del hecho en el caso concreto porque no se ha dado en él todo esto que implica la realización de la acción será un partícipe, ya sea un cómplice o ya sea un instigador, entonces estos últimos no tienen el dominio del hecho y de acuerdo con esto "autor es el que tiene dominio del hecho, partícipe es el que no tiene el dominio del hecho, no está en posibilidad de prolongar o interrumpir el proceso causal pero de alguna manera interviene ya sea determinando o auxiliando al que sí tiene ese dominio del hecho", a partir de estos criterios, ahora habrá que ver cómo se tratan los distintos problemas de intervención y como [sic; ¿cómo?] se solucionaría el problema de la coautoría, de la autoría mediata, de la complicidad, de la instigación, si aplicáramos cada uno de estos criterios. De acuerdo con la teoría del dominio del hecho, "autor es aquel que en el caso concreto tiene el dominio del hecho, y partícipe es aquel que no tiene el dominio del hecho pero que de alguna o de otra manera interviene en la realización del hecho por parte del autor ya sea determinando al autor o bien auxiliando o cooperando con el autor"; esto plantea por una parte el precisar cuál es la naturaleza de la participación en sentido estricto, es decir, la participación que abarca la instigación y la complicidad. [El autor René GONZÁLEZ DE LA VEGA, después de hacer una explicación sobre el pensamiento de Claus Roxin (pp. 108-111), concluye con una crítica sobre la teoría del dominio del hecho (pp. 111-112): Se ha esforzado pues, esta Escuela, en encontrar diferencias "de grado" en la participación y autoría delictiva, y reniega de la "forma plástica" para concebir la comisión criminal, acogiendo a asideras ontológicas e incluso empíricas y espirituales, pero sin éxito, sobre todo clarificador. En efecto, toda la construcción del "dominio del hecho" no descansa, como debería ser, según estos autores, en la "figura central" del autor material, pues inmediatamente se vuelve a caer en el ya rebasado y espantoso casuismo de los códigos decimonónicos. Los prolongados y complejos argumentos para tratar de distinguir en la teoría el llamado "dominio de la acción", el "dominio de la voluntad", el "dominio del hecho funcional", no son sino formas expresivas para admitir el fracaso e inviabilidad de esta teoría, que ha logrado adeptos entre nosotros y se han dejado seducir por lo novedoso, más que por reflexionar sobre su practicidad. Finalmente, Roxin acaba reconociendo la pluriparticipación y, según la mecánica o dinámica de "cada caso" individualmente considerado, invita a realizar y detectar dónde y quién mantuvo las riendas sobre el evento. Recientemente (2001), una fracción partidista en el Congreso de la Unión mexicana preparó y pretendía darle forma de iniciativa a un anteproyecto de Código Penal Federal a partir de estas nociones, tan ajenas y confusas. Propone ese anteproyecto –y confío que en eso quede– desaparecer de nuestra legislación penal la noción y sistema tan depurado, explorado y ameritado en doctrina y jurisprudencia, de la autoría y participación, tal como lo conocemos en este gigante normativo que es el artículo 13, para llevar a la parte especial, figuras delictivas de "novedosa" factura, dedicadas a sancionar –por cierto con pena

⁵³⁴ [Ignora] Antonio BERCHELMANN ARIZPE que el título que él dice es el de la traducción castellana, pues, el nombre original de la obra es sólo *Autoría y dominio del hecho*.

privilegiada– a los “que determinen a...”; “auxilien a...”, para que la figura típica consumada tan sólo se le reproche y se sancione a quien mantuvo ese llamado “dominio del hecho”, y a aquéllos, a partir de esos tipos subordinados, hacerlos responder por una conducta diversa. Por más que no guste a los “funcionalistas” mirar el drama criminal como un hecho plástico, eso es, para el mundo fenomenológico, más allá de cualquier concepción tramontana, acogida a un dogma jurídico inadmisibles. Si dejamos de observar al delito, el del mundo real, no el delito formal, como un hecho de simplista estructura, y asumimos que en estos días las comisiones delictuosas que más nos afectan se estructuran por complejas vías y mecanismos causales para llegar a sus fines, podremos comprender que una solución como la propuesta por Roxin dejaría al juzgador en una incómoda posición para discernir todas esas diversas formas de “dominar el hecho”.

3.2.4. Nuestra opinión

La decisión por alguna de las teorías que explican el concepto de autor del delito está relacionada y determinada por la regulación que de este tema exista en el *Cp* que se analiza⁵³⁵. Esta exigencia no queda al albedrío del intérprete porque sin dogmática jurídico penal no existe trabajo científico. En México, la toma de postura con alguna de las teorías que hoy se reconocen se dificultan más que en otros países en los que existe un solo *Cp*⁵³⁶, por la diferencia de contenido de los *Cps* y otros códigos⁵³⁷ en los que se regula la autoría y la participación.

Por ello, la decisión deberá estar informada, por: (1) el conocimiento de las teorías que existen para decidir el concepto de autor; (2) el análisis de los problemas que presentan y las soluciones que propone; (3) si su explicación es posible aplicarla con los contenidos del texto legal. De esta manera, el uso de cualesquiera de las teorías dejará de lado la *intuición*, el *estar de moda*, la

⁵³⁵ Por ejemplo. Si en el *Cp* Veracruz – Llave, se dice: Art. 37.- El autor de un delito puede ser material o intelectual. El primero es quien físicamente lo ejecuta; el segundo, quien lo planea, induce o compele a otro a cometerlo. [Y en el] *Cp* Estado de México, se dice: Art. 11. La responsabilidad penal se produce bajo las siguientes formas de intervención en el hecho delictuoso: I. La autoría; y II. La participación. Son autores: a) los que conciben el hecho delictuoso; b) los que ordenan su realización; c) los que lo ejecutan materialmente; d) los que en conjunto y, con dominio del hecho delictuoso intervengan en su realización; e) los que se aprovechen de otro que actúa sin determinación propia, conciencia o conocimiento del hecho. Son partícipes (...). [En estos arts. el legislador incluye supuestos que no con todas las teorías son considerados autores. Esto obliga al intérprete a encontrar cuál teoría sobre el concepto de autor le permite darles este reconocimiento. En este caso, las teorías que estos supuestos las reconocen como casos de participación, tienen dificultades para ser aplicadas].

⁵³⁶ Los cuales son mayoría; como ejemplo: Alemania, Argentina, Colombia, Costa Rica, Chile, Ecuador, El Salvador, España, Guatemala, Honduras, Italia, Nicaragua, Panamá, Perú, Venezuela, etc.

⁵³⁷ Código de Justicia Militar, Código Fiscal de la Federación.

imitación o la *mera repetición*. Así, la descalificación de alguna teoría no se hace por ser *antigua* o *tradicional* sino porque el contenido del texto legal no es compatible con sus fundamentos.

Si hoy se acepta que la *teoría del dominio del hecho* es con la que mayormente se decide el *concepto de autor del delito*, no sólo por ser la opinión dominante debe excluir a los otros planteamientos teóricos, porque, como se ha visto, aún las ideas de *Claus ROXIN* y *Günther JAKOBS* que son las que están orientando la discusión, presentan dificultades y cuestionamientos.

Esta situación nos está diciendo que la determinación del *concepto de autor del delito* con el que exista *pax dogmática* no se ha encontrado. Y si mañana se lograra resolver esta pregunta, la situación no cambia porque dicha solución será para el *Cp* con el cual se hizo la propuesta, en tanto que para los demás *Cps* si se quieren orientar con dicha idea deberán ser reformados para posibilitar su aplicación. Es decir, al final, *la decisión por alguna teoría no está sólo en manos del intérprete*.

CAPÍTULO 4

CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES PARA SU TRATAMIENTO FUTURO

SUMARIO: 4.1. Conclusiones. 4.2. Recomendaciones.

BIBLIOGRAFÍA: Antolisei, Francesco, *Manual de derecho penal, parte general*, 1988. Del Rosal, Juan, *Tratado de derecho penal (parte general)*, v. II, 1972. Fernández Doblado, Luis, <<La participación y el encubrimiento>>, 1959. Franco Guzmán, Ricardo, <<El concurso de personas en el delito>>, 1962. Madrazo, Carlos A., *La reforma penal (1983-1985)*, 1989. Mezger, Edmund, *Derecho penal, parte general. Libro de estudio*, 1985. Pavón Vasconcelos, Francisco, *Derecho penal mexicano*, 1994. Pérez Alonso, Esteban Juan, *La coautoría y la complicidad (necesaria) en derecho penal*, 1998. Rivacoba y Rivacoba, Manuel de, <<La dosimetría en la determinación legal de las penas>>, 1997. Valle Muñoz, José Manuel, <<Artículo 73>>, 1996.

4.1. Conclusiones

El análisis realizado de la *legis*, la *jurispr* y la *doc jur pen* mexicanas en el desarrollo de este trabajo y su comparación con la *legis* y la *doc jur pen* extranjeras, posibilitan plantear las siguientes conclusiones.

Cuando en la realización de un delito existen varios intervinientes, en este supuesto no existe opinión común cómo debiera denominársele. En la *legis* esta situación se presenta en algunos *Cps* mexicanos, como el *Cp* Federal (art. 13) y el *Cp* Sinaloa (art. 18):

Capítulo III

Personas responsables de los delitos

Artículo 13.- Son autores o partícipes del delito:

I. Los que acuerden o preparen su realización;

II. Los que lo realicen por sí;

III. Los que lo realicen conjuntamente;

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

V. Los que determinen dolosamente a otro a cometerlo;

VI. Los que dolosamente presten ayuda o auxiliien a otro para su comisión;

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

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

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

Para los sujetos a que se refieren las fracciones VI, VII y VIII, se aplicará la punibilidad dispuesta por el artículo 64 Bis de este Código.

Capítulo III

AUTORÍA Y PARTICIPACIÓN

Artículo 18.- Son responsables del delito cometido:

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 como instrumento;

V.- Los que induzcan dolosamente a otro a cometerlo;

VI.- Los que dolosamente presten ayuda o auxilio a otro para su comisión;

VII.- Los que por acuerdo previo auxilién al delincuente con posterioridad a la ejecución del delito; y

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

Como se lee, la denominación utilizada en el nombre del capítulo y en el artículo no coinciden: «personas responsables» – «autores o partícipes» y «autoría y participación» – «responsables del delito». En el *Cp* Federal esta falta de correspondencia fue producto de la reforma del art. 13 porque, inicialmente, decía: «Artículo 13. Son responsables (...)», la cual cambió a: «Artículo 13. Son responsables del delito», siendo sustituida en el año de 1994 por la de «Artículo 13. Son autores o partícipes del delito». Esto explica que el legislador sólo reformó el art. 13 y dejó el nombre del capítulo que se utilizó desde 1931.

En el *Cp* Sinaloa la falta de coincidencia se produjo de forma inversa. El legislador cuando reguló la forma de cómo se puede intervenir en la realización de un delito utilizó, para la denominación del capítulo, la expresión «autoría y participación» que se había utilizado en otros *Cps* mexicanos, y al no tener una idea clara de lo que esta expresión significaba, en

el art. 18 utilizó la expresión «son responsables del delito» que era la fórmula que los *Cps* venían utilizando a partir del *Cp* Federal desde 1931.

Esta falta de precisión en el lenguaje que el legislador utiliza se ve reflejada en el momento que el intérprete analiza los *Cps*, lo que genera falta de certeza y de seguridad jurídicas, porque, de inicio, no son expresiones equivalentes «autores o partícipes» y «personas responsables» o «autoría y participación» y «son responsables del delito».

Esta ambivalencia de las denominaciones también existe en los criterios de *jurispr* como se demostró en el capítulo 1 de este trabajo; como ejemplo:

ASOCIACIÓN DELICTUOSA Y PARTICIPACIÓN MÚLTIPLE O COPARTICIPACIÓN. DIFERENCIAS. La asociación delictuosa difiere de la *participación múltiple* o *coparticipación* en la realización de un hecho antijurídico, porque en este último supuesto, aunque las infracciones se repiten, surgen de momento a momento pero quedan aisladas unas de otras, y en el caso de la asociación el propósito de delinquir indeterminadamente persiste en los miembros de la banda que se pliegan a las decisiones del jefe.

TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA PENAL DEL SÉPTIMO CIRCUITO.

Amparo en revisión 174/92. Laurentino Barradas Yépez. 9 de diciembre de 1992. Unanimidad de votos. Ponente: Luis Alfonso Pérez y Pérez. Secretario: Lucio Marín Rodríguez.

Amparo en revisión 180/92. Alfonso Juárez Castillo. 9 de diciembre de 1992. Unanimidad de votos. Ponente: Luis Alfonso Pérez y Pérez. Secretario: Lucio Marín Rodríguez.

Amparo en revisión 211/92. Gabino López Gómez. 9 de diciembre de 1992. Unanimidad de votos. Ponente: Luis Alfonso Pérez y Pérez. Secretario: Lucio Marín Rodríguez.

Amparo directo 404/93. Benito Reyes Fernández o Hernández. 27 de enero de 1994. Unanimidad de votos. Ponente: Gilberto González Bozziere. Secretaria: Aída García Franco.

Amparo directo 405/93. Sergio Juárez Quiroz. 27 de enero de 1994. Unanimidad de votos. Ponente: Gilberto González Bozziere. Secretaria: Aída García Franco.

SALUD, DELITO CONTRA LA PARTICIPACIÓN EN LA POSESIÓN. Así como se reconoce que el hombre con su conducta, puede vulnerar varias normas, dando origen al concurso de delitos, igualmente se acepta que varios hombres, con sus actividades, pueden infringir una sola norma: en el primer caso, hay pluralidad de delitos; en el segundo, unidad en el delito con *concurso de sujetos*. Hecha tal distinción, debe separarse el concurso necesario, en virtud de que la exigencia el tipo precisa la participación de varias personas, sin cuyo presupuesto el delito no existe, del llamado *concurso eventual*, en donde sin existir la exigencia aludida, la intervención de varios sujetos hace nacer el concurso en el delito, al cual se le denomina “eventual” o *participación propia*. Normalmente se identifica a la participación con el problema de la causalidad, pues la intervención de

varios sujetos, sea directa o indirecta, en la producción del delito, colocan su particular actuar en el rango de condiciones que, en conjunto, producen el resultado típico. El contenido del artículo 13 del Código Penal Federal, nos lleva a considerar que en él la participación no encuentra fundamento en la teoría estricta de la causalidad, pues es evidente que la estimación delictiva del hecho no depende de la especial culpabilidad del autor material, sino de la apreciación culpable tanto de esa particular conducta como de las convergentes a la producción del delito, contribución que será punible cuando exista, en quien la produce, conciencia de la ilicitud del acto ejecutado, respecto al hecho único que en cooperación realiza, y voluntad en su ejecución. En la especie, fue ilegal que se considerara al quejoso partícipe en la posesión de heroína, pues si bien es cierto tuvo conciencia de que cooperaba con su coacusado al presentarlo con otros sujetos, para que aquél les transfiriera a éstos la droga recogida, sin embargo, su conducta no puede estimarse como un auxilio en la posesión del estupefaciente porque no la tuvo dentro del radio de acción de su disponibilidad, ni realizó una conducta tendiente a favorecer la posesión por parte de su coacusado y, en todo caso, su proceder ilícito constituiría una colaboración para la transferencia de la heroína o auxilio para su venta, modalidad por la cual no fue acusado ni condenado.

Amparo directo 833/86. David Francisco Lugo López. 25 de mayo de 1986. 5 votos. Ponente: Francisco Pavón Vasconcelos.

La falta de precisión de la denominación para esta figura jurídica también existe en la *doc jur pen* como puede verse en el apartado 1.1.1.1.3. de este trabajo. El cuestionamiento no es en cuanto al uso de una u otra denominación, sino que, la utilizada no se corresponda con el *Cp* que se explica. Por ejemplo:

CARLOS A. MADRAZO, *La reforma...*, p. 221: Al hablar en este capítulo de “autoría y participación”, estamos adoptando la nomenclatura más aceptada actualmente en la doctrina penal.

FRANCISCO PAVÓN VASCONCELOS, *Derecho penal...*, p. 528: (...) Por el contrario, si en el homicidio intervienen varias personas, tanto en su preparación como en su ejecución, tocando a cada una de ellas diversa actividad dentro de la unidad del propósito concebido, el conjunto de sus conductas, *convergentes* a la producción del resultado, da origen al *concurso eventual* o *participación delictuosa*.

RICARDO FRANCO GUZMÁN, <<El concurso de personas en el delito>>, p. 401: Como fenómeno jurídico, el delito puede realizarse por uno o más

sujetos, surgiendo de este modo la institución denominada concurso de personas en el delito⁵³⁸.

LUIS FERNÁNDEZ DOBLADO, «La participación...», p. 311: (...) Nos parece más adecuada la denominación de unidad y pluralidad de sujetos en el delito por comprender tanto las formas singulares como múltiples de intervenir las personas en el ilícito penal.

Estos autores cuando desarrollaron el tema, por lo que dicen, el capítulo III y el art. 13 del *Cp* Federal no les interesó y tal vez algunos se decidieron porque era la expresión de moda o porque era la expresión utilizada en el ámbito de cultura de su formación o por el autor en el que sustentaban su propuesta.

Ante esta situación que se presenta en la *legis*, la *jurispr* y la *doc jur pen* creemos que la decisión del intérprete por cualesquiera denominación debe estar en correspondencia con la regulación que de esta materia exista en el *Cp* que se analiza, porque no es lo mismo el *concepto unitario de autor* que el *concepto diferenciador de autor*, pues, con ésta, la denominación más apropiada sería la de *autoría y participación*, que es la que mayormente se utiliza en la *doc jur pen* moderna no porque esté de moda sino porque los *Cps*, en su mayoría, están orientados hacia un *concepto diferenciador de autor*.

En los *Cps* mexicanos no se regula –porque no debe hacerlo el legislador– un concepto para explicar cuándo se presenta la intervención de varias personas en la realización de un delito. Esta situación no presenta dificultad en la *jurispr* y en la *doc jur pen* porque en las opiniones que se dicen para explicar la existencia de esta figura jurídica hay coincidencia en los requisitos esenciales para que se presente.

⁵³⁸ Por su formación en Italia utiliza la denominación del *Cp* italiano.

El conocimiento que se tiene de la *participación necesaria, delitos plurisubjetivos*, figuras que llamamos *autoría necesaria* y *autoría necesaria aparente*, está relacionado, básicamente, con la *pluralidad de sujetos activos*. Esta idea debe complementarse con la que se refiere a la estructura de estos tipos penales para lograr desarrollar las propuestas vinculadas con los fundamentos para la sanción o no del *autor necesario aparente* y los efectos jurídicos que se producen.

La ubicación sistemática de la autoría y participación tampoco cuenta con opinión común en la *legis*, la *jurispr* y la *doc jur pen* mexicanas.

Si bien, el lugar en el que el legislador haya ubicado alguna institución, se dice, no es mayormente importante⁵³⁹ y no obliga al intérprete⁵⁴⁰, cuando éste realiza el estudio, debe, por lo menos, explicar el porqué no acepta lo que se dice en el *Cp*. Esta ausencia de razonamientos prevalece en la mayoría de la *doc jur pen* mexicana, con lo que se genera la idea que el contenido del *Cp* no es obligatorio para decir «cosas» sobre el derecho penal.

La explicación teórica en sentido estricto del *concepto unitario de autor* es casi desconocida en la *jurispr* y en la *doc jur pen* mexicanas. Esta situación

⁵³⁹ Así opina Esteban JUAN PÉREZ ALONSO, *La coautoría y la complicidad (necesaria) en derecho penal*, 1998, p. 24: (...) Para cualquier doctrina sobre la autoría lo importante es *quién* es el autor y no *dónde* está. Las teorías objetivo-formales determinan el quien por la realización de acciones ejecutivas o de acciones típicas (criterio formal principal), siendo de importante ayuda argumentativa su ubicación legal (criterio complementario). Por ello, lo decisivo para diferenciar ambas variantes y clasificar las opiniones será el criterio principal y no el complementario, siquiera sea porque podemos encontrar autores que realicen una combinación distinta a la mayoritaria de ambos criterios.

⁵⁴⁰ José Manuel VALLE MUÑIZ, «Artículo 73», en *Comentarios al nuevo código penal*, 1996, pp. 405 y 406: El Código Penal de 1995 mantiene la tradición española de regular las hipótesis de pluralidad de delitos en el seno de las reglas especiales para la aplicación de las penas. Con ello, el legislador no está tomando partida por alguno de los polos doctrinales enderezados a asentar la naturaleza jurídica de la institución en la teoría jurídica del delito o en la teoría de la pena. Sencillamente, se limita a dar respuesta punitiva a las hipótesis en que concurren dos o más infracciones penales.

debe ser superada porque existen *Cps* mexicanos como los de Tabasco, Jalisco, Michoacán, Sonora, entre otros, que mantienen una regulación orientada con esta clase de concepto. Y si ello es así, entonces, la aplicación de la norma al caso concreto debe hacerse con esta idea, pues no hacerlo, se traduce en una resolución contraria al texto legal.

Parecida situación se presenta con el *concepto diferenciador de autor* que es el que en la mayoría de los *Cps* mexicanos está regulado. Este desconocimiento se origina porque cuando el tema relacionado con el concepto de autor se explica, por lo general, se hace con ejemplos referidos a qué es lo que hace cada uno de los intervinientes en el delito o a sólo repetir lo que dice el *Cp*; esto último es muy socorrido en las resoluciones que se dicen, como ejemplo:

(...) por lo tanto relacionando todos estos indicios, y en base a los razonamientos expuestos, en la presente resolución, se considera a todos y cada uno de los indiciados como probables responsables del hecho ilícito que nos ocupa; por lo que en consecuencia resulta posible ubicar la forma de intervención del indiciado (...), de acuerdo a como lo establece el artículo 18 fracción I del Código Penal vigente en el Estado de Sinaloa, ya que acordó o preparó la realización de los actos tendientes a privar de la vida a (...); y los inculcados (...), su forma de intervención se ubica en términos del artículo 18 fracción III de dicha codificación ya que estos realizaron los hechos conjuntamente, como coautores en su comisión⁵⁴¹.-----

Con ello queda acreditado el cuerpo del delito de Violación calificada, en los términos establecidos en el artículo 180 en relación con el 184 fracción I del Código Penal, así como la plena responsabilidad penal que le resulta a (...). Conducta antijurídica que se tiene acreditada, en los términos del **artículo 20 primera parte, en relación con el 13 del Código Penal**, además de que se encuentra demostrada la relación de causalidad entre su ilícito proceder y los daños ocasionados en perjuicio de la parte lesa, en los términos del **artículo 9 del mismo Ordenamiento Penal**, ya señalado⁵⁴².-----

⁵⁴¹ Resolución de auto de formal prisión dictada en el juzgado segundo de primera instancia del ramo penal del distrito judicial de Guasave, Sinaloa, en el expediente núm. 35/2002.

⁵⁴² Resolución de sentencia dictada en el juzgado de primera instancia del ramo penal de Acámbaro, Guanajuato, en el expediente núm. 63/2003-C.

En los criterios de *jurispr* se han reconocido las orientaciones dadas por las distintas teorías para la determinación del concepto de autor. Lo criticable de ello es que, su aplicación, ha permitido la coexistencia de orientaciones teóricas distantes en su origen y en su aceptación como opinión dominante⁵⁴³, lo que demuestra que la búsqueda de un concepto de autor a partir del contenido del *Cp* y de las orientaciones de una determinada teoría no ha sido el principal objetivo de la *jurispr* penal mexicana.

En los últimos tiempos, en nuestro país, la *legis*, la *jurispr* y la *doc jur pen* se están decidiendo para la determinación del concepto de autor por la explicación de la *teoría del dominio del hecho*. Lo criticable es que cuando se hace uso de ella se demuestra que no existe un conocimiento exacto de la misma, con lo que, pareciera, es más un «*estar de moda*» que una aplicación científica. En el texto de este trabajo señalamos ejemplos de *legis*, *jurispr* y *doc jur pen* relacionados con esta afirmación, por lo que remitimos a lo dicho allí. La demostración de que esto que decimos no es sólo una intuición de nuestra parte, los siguientes ejemplos:

En lo referente al grado de participación del acusado es de autor, como se refiere el artículo 20 (veinte) del código penal, porque el inculpado aparece como un *protagonista, único con dominio funcional del hecho*⁵⁴⁴.

Esto es, el indiciado (...) protagonizó directa y materialmente los hechos que se aprecian en constancias reseñadas en el considerando tercero de esta resolución, al actuar por sí mismo al hacer uso de un bien propiedad de la nación, sin autorización, *situación que le proveyó un dominio funcional del hecho* sobre el cual pudo disponer su comisión o abstención, lo que desde

⁵⁴³ Manuel de RIVACOBÁ y RIVACOBÁ, «La dosimetría en la determinación legal de las penas», 1997, p. 159, cita 1: Al respecto, hemos dicho en otras ocasiones: “Se podría hablar de las valoraciones dominantes, no siempre en el sentido de las más extendidas, sino en el de contar con el poder para imponerse e imponerlas y hacerlas efectivas –sea por el simple empleo de la fuerza, por el temor, el respeto o la convicción que infundan o por reflejar realmente estados de opinión mayoritarios– dentro del grupo, es decir, de la colectividad.

⁵⁴⁴ Sentencia condenatoria dictada en el juzgado penal de partido de San José Iturbide, Guanajuato, en el expediente penal núm. 42/2002. [*Sin cursivas en el texto original*].

luego actualiza la figura de autoría material, prevista por el numeral 13, fracción II, del Código Sustantivo de la materia⁵⁴⁵.

Ignora el juez o la jueza (*¿o secretario?*) que hizo esta resolución que el *dominio funcional del hecho* es aplicable a los supuestos de coautoría y, que para el autor único, *Claus ROXIN* utilizó el *dominio de la acción* y *Günther JAKOBS*, en su postura inicial, habló de *dominio formal, relacionado con el tipo penal*.

CUARTO.- PUNIBILIDAD.- Habiéndose demostrado que la conducta del acusado (...) es típica y antijurídica, siendo además imputable, pues como ha quedado establecido ninguna causa de inimputabilidad quedó acreditada en su favor, así como acreditada la imputabilidad y culpabilidad del mismo a título de dolo y su responsabilidad penal a *título de cómplice* en el hecho delictuoso que se le imputa, se afirma en consecuencia que la responsabilidad penal ha nacido, *pues ha quedado evidenciado que tuvo en todo momento el dominio del hecho* y, pudiendo comportarse conforme a Derecho, se decidió por la realización del injusto penal al prestar dolosamente a otro sujeto la ayuda necesaria para (...) ⁵⁴⁶.

Si para el agente del ministerio público el partícipe (*cómplice*) también tiene el *dominio del hecho*, la ignorancia sobre la *teoría del dominio del hecho* queda más de manifiesto en esta resolución, lo que demuestra la falta de preparación en este servidor público.

4.2. Recomendaciones

El desarrollo de este trabajo permitió confirmar que lo dicho por *Hermann KANTOROWICZ* en 1910 es aplicable en México después de casi un siglo. Si la vigencia de esta afirmación puede hacerse con sólo referirnos al *concepto de autor*, ¿cuál será la confusión y oscuridad que existe cuando debe decidirse si

⁵⁴⁵ Sentencia dictada en el juzgado cuarto de distrito en el Estado de Guanajuato, en el expediente núm. 140/2003. [Sin cursivas en el texto original].

⁵⁴⁶ Resolución de conclusiones acusatorias presentadas por el agente del ministerio público adscrito al juzgado de primera instancia del ramo penal de San Francisco del Rincón, Guanajuato, en el expediente núm. 58/2003. [Sin cursivas en el texto original].

el que intervino en el hecho es un autor o un partícipe? Esta situación debe preocuparnos porque no es explicable que en el siglo XXI la aplicación de la ley en el caso concreto, en esta materia, se haga más *por intuición* o *por imitación* que con *bases científicas*. Por ello, *recomendamos*:

Cada uno de los *Cps* de los estados, el del Distrito Federal, el *Cp* Federal, el Código de Justicia Militar, el Código Fiscal de la Federación deben ser revisados para decidir, de acuerdo con la opinión dominante, qué clase de concepto de autor debe orientarlo (*unitario o diferenciador*). Una vez tomada la decisión la regulación deberá ser clara, precisa para permitir certeza y seguridad jurídicas. Esta regulación deberá, además, evitar encorsetar al intérprete con un planteamiento teórico determinado para que sea la *doc jur pen* y las *decisiones de los tribunales* quienes decidan cuál es, para ese *Cp*, la teoría más razonable para determinar el concepto de autor.

El descuido que existe en los tribunales originadores de la *jurispr* en relación con el contenido y su vinculación con orientaciones teóricas que han sido abandonadas o que no pueden tener sustento en el *Cp* para el cual se elaboraron también se presenta en la actualización de dichos criterios toda vez que si en el *Cp* se presenta una reforma que elimine el contenido que sirvió de base, o se deroga el *Cp*, los criterios de *jurispr* se mantienen sin anotación alguna sobre este cambio lo que puede ocasionar confusión en su aplicación. Como ejemplo, los *Cps* de Coahuila (2000), Guerrero (1986), Tabasco (1997) vigentes contienen disposiciones sobre autoría y participación muy diferentes a las de los *Cps* abrogados, que fueron con las que se originaron diferentes criterios de *jurispr*, entre otros:

PARTICIPACIÓN DELICTUOSA (LEGISLACIÓN DE COAHUILA). Si el reo fue la persona que presentó a uno de los agentes del delito con los demás, para llevar a término la realización de la conducta criminosa, ello hace evidente la cooperación prestada a quienes integraron la codelincuencia; siendo incuestionable *que aportó una condición del resultado habido*, y es de explorado derecho *que la cocausación del resultado* constituye el fundamento de la responsabilidad jurídica penal en los términos del artículo 10 del Código Penal aplicable y, por lo tanto, tal comportamiento le es reprochable a *título de culpabilidad*.

Amparo penal directo 1209/53. Por acuerdo de la Primera Sala, de fecha 8 de junio de 1953, no se menciona el nombre del promovente. 21 de enero de 1955. Unanimidad de cuatro votos. Ausente: Luis Chico Goerne. Ponente: Teófilo Olea y Leyva.

Con el texto vigente del *Cp* de Coahuila la *autoría y participación* no es un tema de culpabilidad sino de tipicidad por así haberlo dispuesto el legislador. Este cambio, sin duda, tiene efectos jurídicos penales y procesales importantes.

PARTICIPACIÓN DELICTUOSA (LEGISLACIÓN DE GUERRERO). Conforme al derecho penal, siempre es punible *el que ha puesto con su conducta una condición que es decisiva para la producción del resultado dañoso*, es decir, que la cocausación del resultado jurídico penal, dado que con arreglo al artículo 11 del Código Penal aplicable, son responsables de los delitos frente al Estado, los que tomen parte en la ejecución de los mismos, induzcan a otro a cometerlos y los que cooperen de cualquier modo a realizarlos; es decir, que el interés jurídico tutelado comprende no sólo el acto de concepción del tipo incriminable, sino además, los actos de ejecución del mismo. Esto es, que frente a la ley son responsables no sólo quienes conciben la acción criminosa, *sino quienes aportan con su condición del resultado*, ya que con ello hace suyo el dolo que preside la acción lesiva.

Amparo penal directo 401/51. Por acuerdo de la Primera Sala, de fecha 8 de junio de 1953, no se menciona el nombre del promovente. 2 de agosto de 1954. Unanimidad de cinco votos. Relator: Teófilo Olea y Leyva.

Este criterio de *jurispr* puede identificarse con un *concepto unitario de autor* y con un *concepto extensivo de autor* por su vinculación con la teoría de la equivalencia de las condiciones, y el art. 17 del *Cp* Guerrero con vigencia del año 1986, se identifica mejor con un *concepto diferenciador de autor* cuando hace la separación entre autores y partícipes:

Artículo 17.- Son responsables penalmente, los que intervengan en la comisión del delito en carácter de *autor* o de *partícipe* y pueden tener ese carácter los siguientes:

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 induzcan dolosamente a otro a cometerlo;

VI.- Los que dolosamente presten ayuda o auxilio a otro para su comisión;

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

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

PARTICIPACIÓN DELICTUOSA (LEGISLACIÓN DE TABASCO). El artículo 10 del Código Penal de Tabasco consagra en sus cuarto fracciones la teoría de la coparticipación, según sea el grado de intervención de los partícipes, para el efecto de graduar la penalidad que corresponda a cada uno de ellos, *sin que esto signifique que hubiese roto con la antigua clasificación de autores, cómplices y encubridores*, que se mantiene sin el casuismo consignado en las leyes penales que lo antecedieron.

Amparo penal directo 9365/53. Méndez Cerino Fernando. 16 de junio de 1955. Unanimidad de cinco votos. Ponente: Juan José González Bustamante.

En el *Cp* de Tabasco vigente no existe regulación de la autoría y participación en la parte general porque el legislador *se orientó por una de las técnicas de regulación del concepto unitario de autor* al establecer en la parte especial tipos especiales de autor. Además, este criterio de *jurispr* está refiriéndose a un *concepto diferenciador de autor*, el cual tiene efectos jurídico penales y procesales distintos a la regulación actual.

Otro ejemplo de esta falta de actualización de la *jurispr* se ve en la figura del encubrimiento; entre otros:

ENCUBRIMIENTO. QUERRELLA NECESARIA SI EL DELITO PRINCIPAL EXIGE ESE REQUISITO DE PROCEDIBILIDAD. El derecho penal mexicano reconoce *grados de participación*, como son el de autoría, complicidad y encubrimiento. Por lo tanto, si el delito principal es el previsto y sancionado por el artículo 111 de la Ley de Instituciones de Crédito y para su persecución es necesario que se presente querrela en contra del presunto responsable de ese ilícito, tal requisito también es necesario para poder

proceder en contra del presunto encubridor, pues no debe perderse de vista, que si la persecución del delito principal requiere querrela de parte ofendida, y el encubrimiento no viene a ser más que un *grado de participación* en relación con ese delito, porque lo accesorio debe seguir a lo principal, es de concluirse que también por el ilícito de encubrimiento en ese tipo de casos, debe presentarse la querrela correspondiente, a fin de cumplir con el requisito de procedibilidad.

TRIBUNAL COLEGIADO DEL DECIMO CIRCUITO.

Amparo en revisión 286/92. Enrique Castro Lozano. 13 de septiembre de 1992. Unanimidad de votos. Ponente: Gilberto Pérez Herrera. Secretaria: Mercedes Montealegre López.

Como se dijo en el capítulo 3 de este trabajo (3.2.1.1.1.), el encubrimiento como forma de participación desapareció del *Cp* Federal en el año de 1984 y este criterio es de 1992, lo que demuestra que quien lo originó o no está actualizado de los cambios de la *legis* o estándolo, cuando dice «su» resolución sólo reproduce lo dicho en criterios de *jurispr* anteriores en los que *sí* era válido decir que el encubrimiento era un «grado de participación».

Esta situación debe superarse realizando la sistematización de los criterios de *jurispr* para decidir cuáles de ellos tienen sustento con los contenidos de la *legis penal vigente*. Con esto se logrará claridad para el intérprete y el aplicador de la *legis penal* y certeza y seguridad jurídicas en la aplicación de la ley en el caso concreto.

La etapa de oscuridad y confusión que existe en el tema de la *autoría* y *participación* en México puede aclararse y diluirse cuando los trabajos de *doc jur pen* expliquen los contenidos de la *legis* y los criterios de *jurispr* se apoyen en ellos para la resolución del caso concreto. Así, la *teoría de la autoría* y *participación* como «una de las materias más espinosas del derecho penal» según palabras de *Francesco ANTOLISEI*⁵⁴⁷, o «una teoría difícil, pero también

⁵⁴⁷ *Manual...*, p. 387: **178. Generalidades.**- La comisión del delito puede hacerse por obra de una sola persona o de varias personas. En el segundo caso se da la que los prácticos medievales denominaban *societas scelerisy*

especialmente importante e interesante» como la califica *Edmund MEZGER*⁵⁴⁸, será materia de estudio e investigación permanente y, con ello, un tema en revisión constante para su comprensión y explicación cierta. Entonces, con la *teoría de la autoría y participación* se dará certeza y seguridad jurídicas y se evitará la impunidad.

que ahora, generalmente denominada *coparticipación en el delito* o *coparticipación delictuosa*, es designada por nuestro Código con la locución de “concurso de personas en el delito”. Es esta, indudablemente, una de las materias más espinosas del derecho penal.

⁵⁴⁸ *Derecho penal...*, p. 297: 1. *En un hecho punible pueden haber participado varias personas*. Este concepto, simple e inteligible para todos, contiene una teoría difícil, pero también especialmente importante e interesante de la Parte general – *la teoría de la participación*. [También] Juan DEL ROSAL, Tratado de derecho penal (parte general), v. II, Madrid, 1972, p. 332: La teoría de la participación se considera por los monografistas de ella, entre otros, RANIERI (año 1949) y PEDRAZZI (año 1952), como una de las más difíciles del Derecho penal, pero a la par de las más interesantes, juicio que asume la mayoría de los autores (MEZGER, ANTOLISEI, BAUMANN, WELZEL, etc.).

BIBLIOGRAFÍA

AAVV, en Emilio Eiranova Encinas (coord.), *Código penal alemán StGB. Código procesal penal alemán StPO*, Madrid/Barcelona, 2000.

ABANTO Vásquez, Manuel A., «Delitos especiales y participación necesaria: dos contribuciones de la ciencia penal alemana», en *La influencia de la ciencia penal alemana en Iberoamérica, t. I*, México, 2003.

ADATO Green, Victoria/GARCÍA Ramírez, Sergio/ISLAS de González Mariscal, Olga, *Código penal y código de procedimientos penales modelo*, México, 2004.

AGUILAR López, Miguel Angel, «Autoría y participación en el proceso penal», en *Reflexiones en torno de la justicia penal*, México, 2003.

————— *El delito y la responsabilidad penal*. Teoría, jurisprudencia y práctica, México, 2006.

ÁLCACER Guirao, Rafael, «Cómo cometer delitos con el silencio. Notas para un análisis del lenguaje de la responsabilidad», en Emilio Octavio de Toledo y Ubieto/Manuel Gurdíel Sierra/Emilio Cortés Bechiarelli, (coords.) *Estudios penales en recuerdo del profesor Ruiz Antón*, Valencia, 2004.

AMAYA García, Victor Manuel, *Coautoría y complicidad: estudio histórico y jurisprudencial*, Madrid, 1993.

AMUCHATEGUI Requena, Irma Griselda, *Derecho penal*, México, 2001.

ANTOLISEI, Francesco, *Manual de derecho penal, parte general*, trds. Jorge Guerrero/Mariano Ayerra Redín, Bogotá, 1988.

ARÁNGUZ Sánchez, Carlos/ALARCÓN Navío, Esperanza, *El código penal francés*, Madrid, 2000.

ARILLA Bas, Fernando, *Derecho penal, parte general*, México, 2001.

ÁVALOS, Sandoval, Salvador, «Comentario sobre autoría y participación en el proyecto del código penal para el Distrito Federal», en *Análisis del Nuevo Código Penal para el Distrito Federal*, México, 2003.

AZZOLINI Brincaz, Alicia Beatriz, «La autoría en el sistema penal mexicano», en *Criminalia*, año LXVII, núm. 3, septiembre – diciembre, 2001, México.

————— «La autoría en el sistema penal mexicano», en *Estudios en homenaje a la Academia Mexicana de Ciencias Penales*, México, 2001.

BACIGALUPO, Silvina, «Algunas cuestiones de participación en el delito fiscal y en el delito de administración desleal», en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, núm. extraordinario 1º., 2000, Madrid.

BACIGALUPO Zapater, Enrique, *La noción de autor en el código penal*, Buenos Aires, 1965.

————— *Estudios de derecho penal y política criminal*, México, 1989.

————— *Principios de derecho penal, parte general*, Madrid, 1998.

BALLVÉ, Faustino, «El problema de la participación en el delito», en *Revista de la Facultad de Derecho de México*, t. IV, núm. 13, enero – marzo, 1954, Universidad Nacional Autónoma de México, México.

BELING, Ernst, *Esquema de derecho penal*, trad. Sebastián Soler, Buenos Aires, 1944.

BERCHELMANN Arizpe, Antonio, *Derecho penal mexicano, parte general*, México, 2004.

BERDUGO Gómez de la Torre, Ignacio, «Algunos problemas dogmáticos y su solución en el nuevo código penal español», en *Criminalia*, año LXIII, núm 1, enero – abril, 1997, México.

BERDUGO Gómez de la Torre, Ignacio/ARROYO Zapatero, Luis/GARCÍA Rivas, Nicolás/FERRÉ Olivé, Juan Carlos/SERRANO Piedecabras, José Ramón, *Lecciones de derecho penal, parte general*, Barcelona, 1999.

BOCKELMANN, Paúl, *Relaciones entre autoría y participación*, trds. Carlos Fontán Balestra/Eduardo Friker, Buenos Aires, 1960.

BOLEA Bardon, Carolina, *Autoría mediata en derecho penal*, Valencia, 2000.

BOTTKE, Wilfried, «Estructura de la autoría en la comisión y en la omisión como requisito para la construcción de un sistema de derecho penal de la comunidad europea», en B. Schünemann/ J. de Figueiredo Días (coords.), J. M. Silva Sánchez (ed. española), *Fundamentos de un sistema europeo del derecho penal*, Barcelona, 1995.

BÚNSTER Briceño, Álvaro, *Escritos de derecho penal y política criminal*, Culiacán Rosales, Sinaloa, México, 1994.

BUSTOS Ramírez, Juan, *Manual de derecho penal español*, Barcelona, 1984.

BUSTOS Ramírez, Juan J./HORMAZÁBAL Malarée, Hernán, *Lecciones de derecho penal, v. II*, Madrid, 1999.

CAGLIARI, José Francisco, «Do concurso de pessoas», en *Justitia*, Órgão do Ministério Público de São Paulo, núms. 185, 186, 187, 188, São Paulo, Brasil, 1999.

CALDERÓN Cerezo, A./CHOCLÁN Montalvo, J. Antonio, *Derecho penal, parte general*, t. I, Barcelona, 2001.

CÁRDENAS, Raúl F. «El Código de Martínez de Castro», en *Revista de Investigaciones Jurídicas*, año 3, núm. 3, 1979, Escuela Libre de Derecho, México.

CARDONA Arizmendi, Enrique/OJEDA Rodríguez, Cuauhtémoc, *Código penal comentado del Estado de Guanajuato*, Irapuato, Guanajuato, México, 1985.

CARNELUTTI, Francesco, *Teoría general del delito*, trd. Arturo Rodríguez Muñoz, s.l., s.f.

————— *Lecciones de derecho penal. El delito*, trd. Santiago Sentís Melendo, Buenos Aires, 1952.

CARRANCÁ y Rivas, Raúl, *La participación delictuosa. Doctrina y ley penal*, México, 1957.

CARRANCÁ y Trujillo, Raúl, *Derecho penal mexicano, parte general*, México, 1937.

CARRANCÁ y Trujillo, Raúl/CARRANCÁ y Rivas, Raúl, *Derecho penal mexicano, parte general*, México, 1999.

CARRASCO Andrino, María del Mar, *Los delitos plurisubjetivos y la participación necesaria*, Granada, 2002.

CASTELLANOS Tena, Fernando, *Lineamientos elementales de derecho penal*, México, 2000.

CASTILLO González, Francisco, *La participación criminal en el derecho penal costarricense*, San José, 1993.

————— *La autoría mediata*, San José, 1996.

CENICEROS, José Angel/GARRIDO, Luis, *La ley penal mexicana*, México, 1934.

CEREZO Mir, José, «La polémica en torno al concepto finalista de autor en la ciencia del derecho penal española» en *Problemas fundamentales del derecho penal*, Madrid, 1982.

————— *Derecho penal, parte general – lecciones*, Madrid, 2000.

CRESPO, Eduardo Demetrio, *La tentativa en la autoría mediata y en la actio libera in causa*, Peligros (Granada), 2002.

COBO del Rosal, Manuel, «Prólogo», en Roxin Claus, *Autoría y dominio del hecho en derecho penal*, Madrid, 1998.

COBO del Rosal, Manuel/VIVES Antón, Tomás Salvador, *Derecho penal, parte general*, Valencia, 1999.

COLMENARES Olivar, Ricardo, «Deslinde teórico de la autoría y la participación criminal», en *Capítulo Criminológico*, núm. 20, 1992, Maracaibo, Venezuela.

CONDE – PUMPIDO Ferreiro, Cándido, *Contestaciones de derecho penal al programa de judicatura, parte general*, 3ª. ed. Madrid, 2004.

CORTÉS Ibarra, Miguel Angel, *Derecho penal mexicano, parte general*, México, 1971.

CREUS, Carlos, *Derecho penal, parte general*, Buenos Aires, 1988.

CURY Urzúa, Enrique, *Derecho penal, parte general*, Santiago, 2005.

CHAMPO Sánchez, Nimrod Mihael, *El dominio del hecho. Formas de autoría en el delito*, México, 2005.

DAZA Gómez, Carlos Juan Manuel, *Teoría general del delito*, México, 1998.
————— «Autoría y participación», en *Revista Mexicana de Justicia*, núm. 2, 2002, México.

DEL ROSAL, Juan, *Tratado de derecho penal (parte general)*, v. II, Madrid, 1972.

DÍAZ Aranda, Enrique, *Enriquecimiento ilícito de servidores públicos*, México, 1999.
————— *Teoría del delito. (Doctrina, jurisprudencia y casos prácticos)*, México, 2006.

DÍAZ de León, Marco Antonio, *Código Federal de Procedimientos Penales comentado*, México, 2003.
————— *Código Penal Federal con comentarios, t.I*, México, 2001.

DÍAZ y García Conlledo, Miguel, *La autoría en derecho penal*, Madrid, 1991.
————— «Dominio funcional, determinación positiva y objetiva del hecho y coautoría (comunicación) », en B. Schünemann/ J. de Figueiredo Días (coords.), J. M. Silva Sánchez (ed. española), *Fundamentos de un sistema europeo del derecho penal*, Barcelona, 1995.

DIEZ Ripollés, José Luis, «Una interpretación provisional del concepto de autor en el nuevo código penal», en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, núm. 1, 1998, Madrid.

DONNA, Edgardo Alberto, «El concepto de autoría y la teoría de los aparatos de poder de Roxin», en *Nuevas formulaciones en las ciencias penales. Homenaje al profesor Claus Roxin*, Córdoba, 2001.
————— *La autoría y la participación criminal*, Buenos Aires, 2002.

ESPÍNOLA, Julio César, *Código penal alemán, parte general*, Buenos Aires, 1976.

FERNÁNDEZ Carrasquilla, Juan, *Derecho penal fundamental. Introducción. Teoría del delito*, Bogotá, 1982.

FERNÁNDEZ Doblado, Luis, «La participación y el encubrimiento», en *Criminalia*, año XXV, núm 6, junio, 1959, México.

FERNÁNDEZ Madrazo, Alberto, *Derecho penal, parte general, (teoría del delito). Tema: acción*, México, 1997.

FEUERBACH, Paul Johann Anselm Ritter von, *Tratado de derecho penal común vigente en Alemania*, trd. de la 14ª. edición alemana (Giessen, 1847), Eugenio Raúl Zaffaroni/Irma Hagemeyer, Buenos Aires, 1989.

FIERRO, Guillermo Julio, *Teoría de la participación criminal*, Buenos Aires, 2001.

————— «La autoría mediata en el Código Penal Tipo para Latinoamérica», en *Revista Mexicana de Derecho Penal*, núm. 11, enero – marzo, 1974, México.

FONTÁN Balestra, Carlos, *Derecho penal, introducción y parte general*, 3ª. ed. Buenos Aires, s.f.

FRANCO Guzmán, Ricardo, «El concurso de personas en el delito», en *Revista de la Facultad de Derecho de México*, t. XII, núm. 47, julio – septiembre, 1962, Universidad Nacional Autónoma de México, México.

FRIAS, Caballero, Jorge/CODINO, Diego/CODINO, Rodrigo, *Teoría del delito*, Buenos Aires, 1993.

GARCÍA García, Rodolfo, *Tratado sobre la tentativa. La tentativa de delito imposible*. México, 2001.

GARCÍA Ramírez, Sergio, *Derecho penal*, México, 1998.

GARCÍA Ramírez, Sergio/ISLAS de González Mariscal, Olga/VARGAS Casillas, Leticia A., (coords.), *Nuevo Código Penal para el Distrito Federal comentado*. Libro primero (artículos 1º. al 122), t. I, México, 2006.

GEERDS, Friedrich, «Berthold Freudenthal (1872-1929)», en Berthold Freudenthal, *Culpabilidad y reproche en el derecho penal*, trd. José Luis Guzmán Dalbora, Montevideo, 2003.

GIMBERNAT Ordeig, Enrique, *Autor y cómplice en derecho penal*, Madrid, 1966.

————— *Concepto y método de la ciencia del derecho penal*, Madrid, 1999.

GOLDSCHMIDT, James, *La concepción normativa de la culpabilidad*, (trds.) Margarethe de Goldschmidt/Ricardo C. Núñez, Buenos Aires, 1943.

GOLDSTEIN, Raúl, *Diccionario de derecho penal y criminología*, Buenos Aires, 1993.

GÓMEZ Benitez, José Manuel, *Teoría jurídica del delito. Derecho penal, parte general*, Madrid, 1992.

GÓMEZ González, Orlando T., *Participación criminal: análisis doctrinal y jurisprudencial*, Madrid, 2001.

————— *Participación criminal*, México, 2001.

————— «El derecho penal y la política criminal en Cuba», en *Cuadernos de Política Criminal*, núm. 81, 2003, Madrid.

GOMEZ Rivero, Ma. del Carmen, «Regulación de las formas de participación intentada y de la autoría y participación», en *Investigaciones Jurídicas*, vol. V, núm. 63, julio – diciembre, 1997, Guanajuato, México.

GONZÁLEZ de la Vega, Francisco, *El código penal comentado*, México, 2002.

GONZÁLEZ de la Vega, René, *Tratado sobre la ley penal mexicana, t. I*, México, 2003.

GONZÁLEZ Llanes, Mario Alberto, *Teoría general del delito. Importancia y trascendencia de su estudio en el México moderno*, México, 2005.

GONZÁLEZ Quintanilla, Arturo, *Derecho penal mexicano*, México, 1999.

GONZÁLEZ – Salas Campos, Raúl, «El tipo de autor y el tipo de participación», en *Criminalia*, año LXIV, núm. 1, enero – abril, 1998, México.

————— «El tipo de autor y el tipo de participación», en *Criminalia*, año LXV, núm. 3, septiembre – diciembre, 1999, México.

GRAF zu Dohna, Alexander, *La estructura de la teoría del delito*, trads. Carlos Fontán Balestra/Eduardo Friker, Buenos Aires, 1958.

GRACIA Martín, Luis, *Prolegómenos para la lucha por la modernización y expansión del derecho penal y para la crítica del discurso de resistencia. A la vez, una hipótesis de trabajo sobre el concepto de derecho moderno en el materialismo histórico del orden del discurso de criminalidad*, Valencia, 2003.

GUERRERO Agripino, Luis Felipe, *La delincuencia organizada. Algunos aspectos penales, criminológicos y político criminales*, Guanajuato, México, 2001.

GÜNTHER Klaus, «De la vulneración de un derecho a la infracción de deber. ¿Un «cambio de paradigma» en el derecho penal?», en Instituto de Ciencias Criminales de Frankfurt/Área de Derecho Penal de la Universidad Pompeu Fabra (eds.), *La insostenible situación del derecho penal*, Granada, 2000.

GUTIÉRREZ Rodríguez, María, *La responsabilidad penal del coautor. Fundamento y límites*, Valencia, 2001.

HERNÁNDEZ Esquivel, Jorge Alberto, «Concurso de personas en el delito», en *Derecho penal y criminología*, v. XV, núm. 49, enero – abril, 1993, Bogotá.

HRUSCKA, Joachim, «Prohibición de regreso y concepto de inducción. Consecuencias», en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, núm 5, enero, 2000, Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Educación a Distancia, Madrid.

HURTADO Pozo, José, *Manual de derecho penal, parte general*, Lima, 1987.

————— *Manual de derecho penal, parte general I*, Lima, 2005.

ISLAS de González Mariscal, Olga, *Análisis lógico de los delitos contra la vida*, México, 2000.

————— «Comentarios sobre el proyecto de Código Penal para el Distrito Federal elaborado en el Instituto de Investigaciones Jurídicas», en *Proyectos legislativos y otros temas penales. Segundas jornadas sobre justicia penal*, México, 2003.

————— *Análisis lógico de los delitos contra la vida*, México, 2004.

ISLAS de González Mariscal, Olga/RAMÍREZ Hernández Elpidio/KARP S., Lian/ZAFFARONI, Eugenio Raúl, «Notas preliminares sobre un modelo lógico matemático del derecho penal», en *Derecho Penal Contemporáneo*, núm. 14, mayo – junio, 1966, Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México, México.

JAKOBS, Günther, *Derecho penal, parte general. Fundamentos y teoría de la imputación*, trds. Joaquín Cuello Contreras/José Luis Serrano González de Murillo, Madrid, 1995.

————— «Criminalización en el estadio previo a la lesión de un bien jurídico», en *Estudios de derecho penal*, Madrid, 1997.

————— «Criminalización en el estadio previo a la lesión de un bien jurídico», en *Moderna dogmática penal. Estudios compilados*, México, 2002.

————— «El ocaso del dominio del hecho. Una contribución a la normativización de los conceptos jurídicos», Buenos Aires, 2000.

————— «La normativización del derecho penal en el ejemplo de la participación», en *Fundamentos de la dogmática penal y de la política criminal (ontologismo y normativismo)*, México, 2002.

————— «La ciencia del derecho penal ante las exigencias del presente», en *Moderna dogmática penal. Estudios compilados*, México, 2002.

————— «Derecho penal del ciudadano y derecho penal del enemigo», en *Derecho penal del enemigo*, Madrid, 2003.

————— «La intervención delictiva», en *Cuadernos de Política Criminal*, número 85-I, 2005, Madrid.

JESCHECK, Hans – Heinrich, *Tratado de derecho penal, parte general, vol. segundo*, trds. Santiago Mir Puig/Francisco Muñoz Conde, Barcelona, 1981.

JESCHECK, Hans – Heinrich/WEIGEND, Thomas, *Tratado de derecho penal, parte general*, trd. Miguel Olmedo Cardenete, Granada, 2002.

JIMÉNEZ de Asúa, Luis, *La unificación del derecho penal en Suiza*, Madrid, 1916.

————— *Tratado de derecho penal, Tomo VII, El delito y su exteriorización*, 3^a ed., Buenos Aires, 1970.

————— *La ley y el delito*, Caracas, 1978.

————— *El criminalista*, t. VIII, México, 1988.

JIMÉNEZ de Asúa, Luis/ANTÓN Oneca, José, *Derecho penal conforme al código de 1928*, Madrid, 1929.

JIMÉNEZ Huerta, Mariano, *Derecho penal mexicano, t. I*, México, 1985.

JIMÉNEZ Martínez Javier, *La estructura del delito en el derecho penal mexicano*, México, 2004.

LATAGLIATA, Angelo Raffaele, *El concurso de personas en el delito*, trd. Carlos A. Tozzini, Buenos Aires, 1967.

LISZT, Franz von, *Tratado de derecho penal, t. II*, trd. Luis Jiménez de Asúa, Madrid, s/f;

————— *Tratado de derecho penal, t. III*, trd. Luis Jiménez de Asúa, Madrid, s/f.

LÓPEZ Barja de Quiroga, Jacobo, *Autoría y participación*, Madrid, 1996.

LÓPEZ Betancourt, Eduardo, *Introducción al derecho penal*, México, 1995.

————— *Teoría del delito*, México, 1994.

LÓPEZ Peregrín, María del Carmen, *La complicidad en el delito*, Valencia, 1997.

LOZANO, José María, *Derecho penal comparado o el código penal del Distrito Federal y territorio de la Baja California*, México, 1874.

LUZÓN Peña, Diego – Manuel, «La «determinación objetiva del hecho». Observaciones sobre la autoría en delitos dolosos e imprudentes de resultado», en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, t. XLII, fasc. III, septiembre-diciembre, 1989, Madrid.

————— *Curso de derecho penal, parte general I*, Madrid, 1999.

MADRAZO, Carlos A., *La reforma penal (1983-1985)*, México, 1989.

MAGGIORE, Giuseppe, *Derecho penal, vol. I: El derecho penal – el delito*, trad. José J. Ortega Torres, Santa Fe de Bogotá, 2000.

————— *Derecho penal, vol. II: El delito. La pena. Medidas de seguridad y sanciones civiles*, trad. José J. Ortega Torres, Santa Fe de Bogotá, 2000.

MALO Camacho, Gustavo, *Derecho penal mexicano*, México, 1997.

MANCERA Espinosa, Miguel Angel, «Tópicos sobre la autoría y participación, repercusiones en el delito de violación previsto en el Código Penal del D.F.», en *Criminalia*, año LXVI, núm. 3, septiembre – diciembre, 2000, México.

————— «Autoría y participación en el Nuevo Código Penal para el Distrito Federal», en *Comentarios en torno al Nuevo Código Penal para el Distrito Federal*, México, 2003.

————— «Autoría mediata, una manera de resolver el concurso de personas en las desapariciones forzadas y las ejecuciones del Estado», en *La influencia de la ciencia penal alemana en Iberoamérica, t. I*, México, 2003.

MAURACH, Reinhart, *Tratado de derecho penal, t. II*, Barcelona, 1962.

————— «Los problemas de la autoría», en *Derecho Penal Contemporáneo*, núm. 14, mayo – junio, 1966, Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1966.

MAURACH, Reinhart/HEINZ Gössel, Karl/HEINZ, Zipf, *Derecho penal, parte general, 2. Formas de aparición del delito y las consecuencias jurídicas del hecho*, trd. Jorge Bofill Genzsch, Buenos Aires, 1995.

MATUS Escobedo, Rafael, *La responsabilidad penal de las personas morales (legislación mexicana y doctrina)*, México, 1956.

MERKEL, Adolfo, *Derecho penal, tomo primero*, trd. Pedro Dorado Montero, Madrid, s.f.

MEZGER, Edmundo, *Tratado de derecho penal*, trd. José Arturo Rodríguez Muñoz, Madrid, 1957.

————— *Derecho penal, parte general. Libro de estudio*, trd. Conrado A. Finzi, México, 1985.

MIR Puig, Santiago, *Derecho penal, parte general*, Barcelona, 1996.

MOMMSEN, Teodoro, *Derecho penal romano*, trd. Pedro Dorado Montero, Bogotá, 1991.

MONARQUE Ureña, Rodolfo, *Lineamientos elementales de la teoría general del delito*, México, 2002.

MONTOYA Aguado, J. Alberto/MONTOYA Aguado, Benjamín, *Códigos de Justicia Militar en México 1882-2000*, México, 2000.

MORENO Hernández, Moisés, «Participación criminal», en *Diccionario jurídico mexicano*, México, 1993.

————— «Autor del delito», en *Diccionario jurídico mexicano*, México, 1994.

————— «Complicidad», en *Diccionario jurídico mexicano*, México, 1994.

————— «Comentarios en torno a la legislación penal del Estado de Veracruz», en *Código penal Veracruz, 1835*, Xalapa, Veracruz, México, 1997.

————— «Hans Welzel», en *Rostro y personajes de las ciencias penales*, México, 2003.

————— «Algunos comentarios sobre el proyecto de Código Penal para el Distrito Federal elaborado por el Instituto de Investigaciones Jurídicas (2001)», en *Proyectos legislativos y otros temas penales. Segundas jornadas sobre justicia penal*, México, 2003.

MORILLAS Cueva, Lorenzo, *Metodología y ciencia penal*, Granada, 1991.

MUÑOZ, Luis, *Comentarios al Código Penal para el Distrito y Territorios Federales y el anteproyecto elaborado para reemplazarlo*, México, 1951.

MUÑOZ Conde, Francisco, *Introducción al derecho penal*, Barcelona, 1975.

————— *Derecho penal del enemigo*, México, 2003.

————— «Las reformas de la parte especial del derecho penal español en el 2003: de la “tolerancia cero” al “derecho penal del enemigo”», en Efraín Montes Flores/Alonso R. Peña Cabrera Freyre/Miguel Angel Sánchez Mercado, *El derecho penal contemporáneo. Libro homenaje al profesor Raúl Peña Cabrera*, t. II, Lima, 2006.

MUÑOZ Conde, Francisco/GARCÍA Arán, Mercedes, *Derecho penal, parte general*, Valencia, 1996.

NOVOA Monreal, Eduardo, «Algunas consideraciones acerca del concurso de personas en un hecho punible», en *Revista Michoacana de Derecho Penal*, núms. 7-8, Morelia, Michoacán, México, 1968.

————— *Curso de derecho penal chileno, parte general*, t. II, 3ª. ed., Santiago, 2005.

OJEDA Velázquez, Jorge, «Hacia una nueva concepción de la teoría del delito», en *Pensamiento Penal*, año 1, núm. 2, abril – junio 1988, Universidad Autónoma de Sinaloa, Culiacán Rosales, Sinaloa, México.

————— «Tesis para una teoría pura del delito y de las sanciones», en *Criminalia*, año LXXI, núm. 2, mayo – agosto, 2005, México.

ONECA, José Antón, *Derecho penal*, 2ª. ed., Madrid, 1986.

ORELLANA Wiarco, Octavio Alberto, *Curso de derecho penal, parte general*, México, 1999.

OSORIO y Nieto, César Augusto, *Síntesis de derecho penal, parte general*, México, 1996.

PACHECO y GUTIÉRREZ Calderón, Joaquín Francisco, *El código penal. Concordado y comentado*, Madrid, 2000.

PAVÓN Vasconcelos, Francisco, *Las reformas penales (análisis crítico de la parte general)*, México, 1987.

————— *Derecho penal mexicano*, México, 1994.

————— *Diccionario de derecho penal*, México, 1999.

PAVÓN Vasconcelos, Francisco/VARGAS López, Gilberto, *Código penal de Michoacán comentado (parte general)*, México, 1976.

PEÑARANDA Ramos, Enrique, *La participación en el delito y el principio de accesoriedad*, Madrid, 1990.

PÉREZ Alonso, Juan Esteban, *La coautoría y la complicidad (necesaria) en derecho penal*, Granada, 1998.

PÉREZ del Valle, Carlos, «Sobre los orígenes del <derecho penal del enemigo>. Algunas reflexiones en torno a Hobbes y Rosseau», en *Cuadernos de Política Criminal*, núm. 75, 2001, Madrid.

PESSINA, Enrique, *Elementos de derecho penal*, 2ª. ed., trad. Hilarión González del Castillo, Madrid, 1913.

PLASCENCIA Villanueva, Raúl, *Teoría del delito*, México, 1998.

POLAINO Navarrete, Miguel, *Derecho penal, parte general, t. II, v. I. Teoría jurídica del delito*, Barcelona, 2000.

POLAINO – Orts, Miguel, «Notas sobre la vida y la obra científica del profesor Eberhard Schmidhäuser (1920-2002)», en *Cuadernos de política criminal*, núm. 81, 2003, Madrid.

————— *Derecho penal del enemigo. Desmitificación de un concepto*, Lima, 2006.

PORTE Petit Candaudap, Celestino, *Programa de derecho penal, parte general*, México, 1990.

————— *Apuntamientos de la parte general de derecho penal*, México, 1999.

PRITTWITZ, Cornelius, «Derecho penal del enemigo: ¿Análisis crítico o programa del derecho penal?», en Santiago Mir Puig/Mirentxu Corcoy Bidasolo (dirs.) Víctor Gómez Martín (coord.), *La política criminal en Europa*, Barcelona, 2004.

QUIJADA, Rodrigo, *Nuevo Código Penal para el Distrito Federal comentado y anotado*, México, 2003.

QUINTANO Ripollés, Antonio, *Curso de derecho penal, t. I*, Madrid, 1963.

QUINTERO Olivares, Gonzalo, *Manual de derecho penal, parte general*, Elcano Navarra, 2000.

RAMÍREZ Hernández, Elpidio, «Autoría y participación», en *Revista Mexicana de Justicia*, vol. VIII, núm. 2, abril – junio, 1985, México.

RAMOS Mejía, Enrique, «La participación criminal en el derecho penal argentino», en *Revista Mexicana de Derecho Penal*, 4ª. Época, núms. 5-6, mayo – agosto, 1972, México, 1972.

RANIERI, Silvio, *Manual de derecho penal, parte general, t. II. El delito. Los sujetos. Los medios de defensa del derecho*, Bogotá, 2000.

REAÑO Peschiera, José Leandro, «Autoría y participación delictiva: el sistema del injusto único de intervención», en AAVV, *Estudios de derecho penal*, Lima, 2005.

REYES Calderón, José Adolfo, *Tratado de la teoría del delito*, México, 2002.

REYES Echandía, Alfonso, «La complicidad en los delitos de sujeto activo cualificado», en *Revista Mexicana de Derecho Penal*, 4ª. Época, núm. 2, noviembre – diciembre, 1971, México.

————— *Derecho penal, parte general*, Bogotá, 1990.

REYNOSO Dávila, Roberto, *Teoría general del delito*, México, 1995.

RIGHI, Esteban/FERNÁNDEZ, Alberto A., *Derecho penal. La ley. El delito. El proceso y la pena*, Buenos Aires, 1996.

RIVACOBA y Rivacoba, Manuel, «La dosimetría en la determinación legal de las penas», en *De las penas. Homenaje al profesor Isidoro de Benedetti*, Buenos Aires, 1997.

————— «Pensamiento penal y criminológico del Código Penal Tipo para Iberoamérica», en *Doctrina penal*, Buenos Aires, 1987.

RODRÍGUEZ Barillas, Alejandro, «Autoría y participación», en José Luis Díez Ripollés/Esther Jiménez–Salinas i Colomer (coords.), *Manual de derecho penal guatemalteco, parte general*, Guatemala, 2001.

RODRÍGUEZ Manzanera, Luis, «El concurso de personas en el delito, en el derecho penal italiano», en *Derecho Penal Contemporáneo*, núm. 26, mayo – junio, 1968, Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México, México.

RODRÍGUEZ Mourullo, Gonzalo, «El autor mediato en derecho penal español», en *Problemas actuales de las ciencias penales y la filosofía del derecho. Libro homenaje al profesor Luis Jiménez de Asúa*, Buenos Aires, 1970.

RODRÍGUEZ Muñoz, Arturo, «Nota del traductor» en Edmundo Mezger, *Tratado de derecho penal*, trd. Arturo Rodríguez Muñoz, Madrid, 1957.

ROXIN, Claus, «Infracción del deber y resultado en los delitos imprudentes», en *Problemas básicos del derecho penal*, trd. Diego – Manuel Luzón Peña, Madrid, 1976.

————— *Dogmática penal y política criminal*, trd. Manuel A. Abanto Vásquez, Lima, 1998.

————— *Autoría y dominio del hecho en derecho penal*, trds. Joaquín Cuello Contreras/José Luis Serrano González de Murillo, Madrid, 1998.

————— «Las formas de intervención en el delito: estado de la cuestión», en AAVV, *Sobre el estado de la teoría del delito (Seminario en la Universitat Pompeu Fabra)*, Madrid, 2000.

————— «Las formas de participación en el delito: el estado actual de la discusión», en *Problemas actuales de dogmática penal* (trd. Manuel A. Abanto Vásquez), Lima, 2004.

SAINZ Cantero, José Antonio, *La ciencia del derecho penal y su evolución*, Barcelona, 1969.

————— *Lecciones de derecho penal, parte general, t. III. Culpabilidad, punibilidad, formas de aparición*, Barcelona, 1983.

SALAZAR Marín, Mario, «Autoría y participación», en *Libro homenaje a Alfonso Reyes Echandía*, Bogotá, 1987.

SÁNCHEZ – Vera Gómez – Trelles, Javier, *Delito de infracción de deber y participación delictiva*, Madrid, 2002.

————— «Sobre la figura de la autoría mediata y su tan sólo fenomenológica «trascendencia»», en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, v. LI, 2001, Madrid.

————— «Günther Jakobs, profesor emérito en la Universidad de Bonn», en *Cuadernos de Política Criminal*, núm. 78, 2002, Madrid.

SAUER, Guillermo, *Derecho penal, parte general*, trds. Juan del Rosal/José Cerezo Mir, Barcelona, 1956.

SCHÜNEMANN, Bernd, «Del descubrimiento de Welzel del dominio social del hecho al desarrollo del “dominio sobre el fundamento del resultado” como principio general de la autoría. A su vez, un análisis de la estructura de la autoría mediata, de la teoría de las estructuras lógico – objetivas y de la relación entre ontologismo y normativismo», en Moisés Moreno Hernández/Eberhard Struensee/José Cerezo Mir/Wolfgang Schöne (Coords.) *Problemas capitales del moderno derecho penal. “Lo permanente y lo transitorio del pensamiento de Hans Welzel en la política criminal y la dogmática penal del siglo XXI”. Libro homenaje a Hans Welzel con motivo del 100 aniversario de su natalicio (1904-2004)*, México, 2005.

SERRANO Butragueño, Ignacio, «Le nouveau code penal (El nuevo código penal)», en *Boletín de Información*, Ministerio de Justicia e Interior, año XLVIII, núm. 1707, 15 de mayo de 1994, Madrid.

SERRANO Maíllo, Alfonso, *Ensayo sobre el derecho penal como ciencia. Acerca de su construcción*, Madrid, 1999¹.

SOLER, Sebastián, «Prefacio», en Giuseppe Maggiore, *Derecho penal, volumen I. El derecho penal – del delito*, trd. José J. Ortega Torres, Santa Fe de Bogotá, 2000.

STRATENWERT, Günter, *Derecho penal, parte general, I. El hecho punible*, trd. Gladys Romero, Madrid, 1982.

VALLE Muñiz, José Manuel, «Artículo 73», en *Comentarios al nuevo código penal*, Pamplona, 1996.

VEGA, Dante Marcelo, *El exceso en la participación criminal. Alcance de la responsabilidad en la intervención criminal*, Buenos Aires, 2003.

VELÁSQUEZ Velásquez, Fernando, *Manual de derecho penal, parte general*, Bogotá, 2002.

VERGARA Tejada, José Moisés, *Manual de derecho penal, parte general*, México, 2002.

VIADA y Vilaseca, Salvador, *Código penal reformado de 1870*, t. I, 4ª. ed., Madrid, 1890.

VILLALOBOS, Ignacio, *Derecho penal mexicano, parte general*, México, 1983.

WEBER, Hellmuth von, «Para la estructuración del sistema del derecho penal» (trd.) Eugenio Raúl Zaffaroni, en *Nuevo Foro Penal*, núm. 13, enero – marzo, 1982, Bogotá.

WELZEL, Hans, *Derecho penal alemán, parte general*, trds. Juan Bustos Ramírez/Sergio Yáñez Pérez, Santiago, 1987.

————— «Estudios sobre el sistema del derecho penal», en *Estudios de derecho penal*, trad. Gustavo Eduardo Aboso y Tea Löw, Montevideo – Buenos Aires, 2002.

WESSELS, Johannes, *Derecho penal, parte general*, trd. Conrado A. Finzi, Buenos Aires, 1980.

YÁÑEZ Román, P. L., «La teoría final de la acción», en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, núm. 33, 1968, Madrid.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl, *Tratado de derecho penal, parte general, t. III*, Buenos Aires, 1981.

————— *Tratado de derecho penal, parte general, t. IV*, Buenos Aires, 1988.

————— «Ensayo preliminar», en Paul Johann Anselm Ritter von Feuerbach, *Tratado de derecho penal común vigente en Alemania*, trds. Eugenio Raúl Zaffaroni/Irma Hagemeyer, Buenos Aires, 1989.

————— *Eugenio Raúl Zaffaroni en México* (Francisco Galván González comp.), Culiacán Rosales, Sinaloa, México, 1993.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl/ALAGIA, Alejandro/SLOKAR, Alejandro, *Derecho penal, parte general*, Buenos Aires, 2000.

————— *Derecho penal, parte general*, México, 2001.

ZAMORA Jiménez, Arturo, «Autoría y participación en el código penal de Jalisco», en *Jure*, año 1, v. I, núm. 4, julio – septiembre, 1997, Guadalajara, Jalisco, México.

————— *Cuerpo del delito y tipo penal*, México, 2001.