

453
29

UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO

FACULTAD DE DERECHO



ALGUNAS CONSIDERACIONES SOBRE LA AUTORIA Y PARTICIPACION

T E S I S
QUE PARA OBTENER EL TITULO DE
LICENCIADO EN DERECHO
P R E S E N T A
HECTOR LARA GONZALEZ

MEXICO, D. F.

1992

FALLA DE ORIGEN



UNAM – Dirección General de Bibliotecas Tesis Digitales Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS © PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

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

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

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

Todo hombre, por el sólo hecho de serlo, tiene derecho a ser feliz. Para alcanzar la felicidad, cada uno de nosotros proponemos metas; los medios de que nos valgamos para su realización, han de estar matizados de valores, de virtudes como la justicia, la templanza, la fortaleza y la prudencia. El logro de los fines propuestos a través de la virtud, sólo es posible si el hombre es libre; libre en el pensar, libre en el actuar. Cuán hermosa es la libertad psíquica, pues no conoce restricción alguna. La segunda se ve limitada por la misma naturaleza social del hombre; una libertad objetiva sin frenos, conduciría al caos social. El Derecho nace precisamente, como freno a la libertad de acción del hombre, para una mejor convivencia social. Qué torpeza de los Estados totalitarios que ocupan al Derecho no para limitar la libertad del hombre, sino para aniquilarla.

El derecho frena la libertad de acción del hombre, prohibiéndole ciertas conductas, o imponiéndole otras más. El cumplimiento de las normas jurídicas, no queda

al arbitrio del hombre; éste debe respetarlas y si no lo hiciere se le sancionará. De acuerdo a la naturaleza de la violación, será la gravedad de la sanción. Cuando el incumplimiento de una obligación jurídica es tolerada socialmente, la sanción podrá consistir en hacer cumplir forzosamente esa obligación; en ocasiones implicará además una indemnización y pago de daños y perjuicios. Pero en ocasiones, la violación tiene tanta gravedad, que no es posible tolerarla socialmente, de tal suerte que resulta insuficiente una indemnización o el pago de daños y perjuicios. En estos supuestos, no se tratará ya de corregir un daño causado, pues ésto es insuficiente. Es necesario imponer al violador una pena, un castigo por su conducta socialmente intolerable. Entramos con esto al campo del Derecho Penal.

El Ius Puniendi, se ocupa de velar por los valores más preciados del hombre, y por ello es toda la sociedad quien se interesa en que se aplique una pena al sujeto que los viole. La aplicación efectiva de una pena, a un sujeto determinado, tiene como presupuesto, por seguridad jurídica, la sentencia dictada en un proceso en que se le haya encontrado plenamente responsable de la violación a la norma de índole penal. Es aquí donde cabría preguntarnos, ¿Y quién es responsable de la

comisión de un hecho punible? De acuerdo al principio de legalidad, la respuesta habremos de encontrarla en el Código Punitivo, por ser la única fuente de cognición del Derecho Penal. Este cuerpo de leyes en forma general, nos dice que son responsables del delito quienes lo hayan cometido y quienes hayan participado en su comisión. Nuestro trabajo trata de esto: De los responsables del delito.

"Algunas Consideraciones sobre la Autoría y Participación" es el título que he dado a este trabajo. La importancia del tema resulta de singular importancia por los ásperos problemas que presenta en relación con toda la Teoría del Delito. La doctrina, lejos de limpiar el camino, parece ser que se empeña en dejar hundido en un mar de confusión al estudiante; ello sin embargo, no es obstáculo para dejar en el aire su estudio.

No pretendemos estudiar al autor del delito, desde un punto de vista criminológico, sino como sujeto activo del hecho punible, como creador del injusto penal. Buscamos estudiar la autoría y participación, no sólo desde un punto de vista teórico, sino también tocando los problemas que la práctica diaria nos ofrece. No

pasará inadvertido el análisis de nuestra legislación penal al respecto, y las tesis jurisprudenciales que han establecidos los órganos jurisdiccionales correspondientes.

Nuestro trabajo lo hemos dividido en cuatro capítulos: En el primero habremos de analizar los antecedentes sobre el autor y partícipe del delito. El capítulo segundo está destinado al estudio de aspectos generales de la autoría y la participación. Corresponde al capítulo tercero el tema de las clases de autoría; en él se analizará la autoría material, mediata y coautoría; los elementos propios de cada una de ellas, la problemática que presentan y el criterio seguido al respecto por nuestro legislador. El último capítulo está reservado al análisis de las formas de participar en el delito, sea como instigador o como cómplice, y al igual que en la coautoría, veremos los elementos que integran cada figura, la problemática que presentan y su regulación en la legislación penal mexicana. De esta manera pretendemos cubrir las distintas formas de ser autor del hecho ilícito, y las formas de participar en el mismo.

CAPITULO PRIMERO

"NOCIONES DE AUTOR DEL DELITO"

I.- AMBITO HISTORICO.

A.- Derecho Romano.

Siendo Gigantes en el Derecho Civil, pero pigmeos en el Derecho Penal, como dijo Carrara, los romanos no concibieron una sistemática de la autoría y participación; pese a ello, sus ideas al respecto tienen una importancia considerable por su gran influencia sobre legislaciones posteriores.

El lúcido pensamiento jurídico romano distinguió dos clases de delitos: los públicos (crimina) y los privados (dilicta); la concurrencia de personas en su comisión la denominaron codelinquencia, misma que se manifestaba "en forma de coparticipación igual a la de otros individuos que cooperasen en el delito (socii), en forma de instigación (auctor) y en forma de ayuda antes o después del hecho." (1).

Esta distinción sin embargo, carecía de relevancia alguna, pues los grados de participación en un hecho

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

delictuoso carecía de una determinación precisa y una aplicación judicial; "la complicidad, era ordinariamente castigada como la autoría" (1), pues "entre el hecho mismo o delito y el auxilio no se establecía diferencia alguna desde el punto de vista de la punición, ni tampoco en la fórmula. Este principio parece que hubo ser aplicado a todos los delitos" (2). Verbigracia, en tratándose del robo, al encontrarse el objeto material en casa de alguien, "éste respondía de una multa privada de tres veces el valor del objeto, sin que el propietario del bien robado tuviese que comprobar que el detentador del objeto era el ladrón o un cómplice" (3).

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

B.- Derecho Español.

La cuna de nuestro derecho punitivo la encontramos

- (1) Jiménez de Asúa L., Tratado de Derecho Penal, T. I. Ed. Lozada, 2a. edición, Bns. Aires, 1956, p. 276.
- (2) Mommsen, Op. cit., p. 108.
- (3) Floris Margadan G., Derecho Romano, Ed. Esfinge, 11a. edición, Méx., 1982, p. 434.

en las raíces de las leyes españolas; de ahí pues la importancia que representa hacer mención, aun en forma pasajera, de los principales Ordenamientos que rigieron la Península Ibérica.

Corría el año 672 cuando apareció el Fuero Juzgo o Lex Visigothorum. Sus leyes penales carecieron de preceptos generales que constituyeran lo que hoy conocemos como la parte general de un código punitivo; las figuras de autor y cómplice se encontraban reguladas en cada caso concreto y ordinariamente se castigaba a ambos, e incluso al encubridor, con la misma pena. Valga citar como ejemplo la Ley VII, del Título II, del Libro VII, que dice: "De los que son sabidores del furto.- No No deven seer dichos ladrones tan solamiente los que fazen el furto; mas lo que lo saben, ó lo consienten, e los que reciben la cosa del furto sabiéndolo. E por ende mandamos que estos reciban otra tal pena cuemo los ladrones" (1).

Con el propósito de sepultar la anarquía legislativa que señoriaba su reino, Alfonso X, "El Sabio", decretó hacia el año 1255, el Fuero Real, Ordenamiento este que respecto a la concurrencia de personas en un hecho delictuoso siguió la misma línea que el Fuero Juzgo,

(1) Los Códigos Españoles, Tomo del Fuero Juzgo, Ed. La Publicidad, Madrid, 1848, p. 159.

regulando en forma rudimentaria en cada caso particular, las figuras del autor y del partícipe. Verbigracia, en la Ley XXI del Título IV, relativo al Libro IV, encontramos el texto siguiente: "Que pena ha el que ficiere ó aconsejare moneda falsa.-Siervo ó vasallo, ó otro home qualquier que esté a mandado de otro, é si por mandado de aquel su señor ficiere falsa moneda, ó fuere en consejo de la facer, ó fuere encubridor dello; otro si, si ficiere, ó aconsejare ó encubriere algún fecho, malo seÑoria del Rey, ó para traher la villa en que morare, ó el pueblo en poder de sus amigos, muera por ello" (1).

Al igual que sus similares textos legislativos, Las Siete Partidas fueron parcas en regular la coparticipación delictuosa con fórmulas generales que fueran válidas para todos los hechos punibles. El grado de responsabilidad de los hechores de un injusto se regia por las normas aplicables al caso concreto, coincidiendo la pena para todos; baste citar el siguiente texto: "a quien fuere provado que fizo furto en alguna de estas maneras, deve morir por ende e quantos dieren ayuda, é consejo a tales ladrones, para fazer el furto, o los encubrieren en sus casas, ó en otros lugares, deven aver aquella mesma pena" [Ley (1) Idem., p. 405.

XVIII, Título X, Séptima Partida] (1). En este Ordenamiento encontramos también una forma de autoría mediata, pues se castigaba con pena del homicidio al que presta a un furioso o a un irresponsable los medios de matarse asimismo o a otro (2).

La efímera vigencia del Código Penal Español de 1822, no le resta mérito alguno en su consagración como modelo de un Ordenamiento moderno. En efecto, en su estructura encontramos una Parte General, que contiene reglas aplicables a todos los delitos previstos en una Parte Especial. En relación a la coparticipación, sujetó a responsabilidad penal a los autores, cómplices, auxiliadores, fautores, receptores y encubridores (art. 12); señalando en forma por demás casuística, qué debería entenderse por cada figura (arts. 13, 14 y 16), dando lugar a que Joaquín Francisco Pacheco, comentarista español del siglo pasado, expresara: "La definición de la complicidad es muy diversa, según los diferentes códigos. Algunos dan el nombre de cómplices á muchos de los que se llaman autores en el nuestro: otros se lo dan á los que éste llama encubridores. Las ideas, ó no son claras ó no son iguales, sobre este

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

(2) Jiménez de Asúa L., Op. cit., T. I., p. 673.

punto, en todos ellos" (1). El cómplice era sancionado, en algunos casos, con la misma pena que el autor, y en otras ésta era disminuida de la cuarta a la tercera parte (art. 15), y a los auxiliadores y fuatores se les aplicaba de la mitad a las dos terceras partes de la pena aplicable a los autores (art. 16).

C.- Derecho Precolonial y Colonial.

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

Globalmente podemos afirmar que el autor, el participe y el encubridor, se les consideró con el mismo grado de responsabilidad en la comisión de un delito, pues todos, al fin, eran causantes del mismo, y por ende, les era aplicada la misma pena. De las Ordenanzas de Nezahualcóyotl, Alba Ixtlixochitl, nos recuerda el precepto siguiente: "Al adultero si le cogía el marido de la mujer en adulterio con ella, morían ambos

(1) Joaquín Francisco Pacheco, Código Penal Concordado y Comentado, T. I., 2a edición, Madrid, 1856, p. 266.

apedrados; y si era por indicios o sospechas del marido y se venía a averiguar la verdad del caso, morirán ambos ahorcados y después los arrastraban hasta el templo que fuera de la Ciudad estaba, aunque no los acusase el marido, sino por la nota y mal ejemplo de la vecindad; el mismo castigo se hacía a los que servían de terceros o terceras" (1).

Entre los aztecas, se siguió el mismo criterio de considerar al encubridor en el mismo plano que al autor y por ende le correspondía la misma pena con que se castigaba el hecho delictuoso cometido o que iba a cometerse (2).

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

(1) Citado por Carranca y Trujillo R., Derecho Penal Mexicano, Ed. Porrúa, 13a. ed., Méx., 1980, p. 113.

(2) Sobre ello trata Carranca y Rivas R., Derecho Penitenciario, Editorial Porrúa, Mex., 1981, p. 27.

Recopilación (1). Analizar cada uno de estos ordenamientos en relación con nuestro tema a estudio, rebasaría los objetivos de nuestra exposición, bástenos decir que al aplicarse las leyes españolas, rigieron los mismos principios que hemos indicado al hacer el estudio de éstas.

Carranca y Rivas nos dice, que en tratándose de complicidad y encubrimiento en el delito de asalto, la pena a imponer era la de azotes, diferente a la correspondiente al autor material que era la muerte en la horca, dislumbrándose así un chispazo de lo que más tarde se plasmaría en el Código de Martínez de Castro: dar al partícipe una pena distinta a la del autor (2).

II.- CODIGOS PENALES FEDERALES NACIONALES.

A.- Código Penal de 1871.

"No admite duda, decía Martínez de Castro, que para castigar a los delincuentes debe atenderse, no sólo a las circunstancias personales de aquellos y a las del hecho en que consiste en delito, sino también a la participación que en este hayan tenido; y sería hoy

(1) Castellanos Tena F., Lineamientos Elementales de Derecho Penal, Ed. Porrúa, 9a. edición, Méx., 1975, p. 44.

(2) Carranca y Rivas R., Op. cit., p. 186.

inadmisible que se impusiera al autor del delito la misma pena que á sus cómplices y á sus encubridores"(1).

En este primogénito Código Represor Federal, la sombra de responsabilidad cubrió no sólo a los autores del delito y quienes ayudaban a cometerlo, sino también a quienes encubrían a éstos. En su articulado, correspondiente al capítulo VI, del Título Segundo, hace una exhausta y defectuosa enumeración de partícipes del delito, tropezando con un casuismo que rompió con los fines de la Comisión Redactora, de "procurar la sencillez en las leyes, cuando esto no resultara inconveniente". Llega a confundir en ocasiones la complicidad con la autoría. La pena prevista para el autor, era reducida en una mitad para el cómplice, y para el encubridor previa un arresto.

B.- Código Penal de 1929.

En opinión de Chico Goerne, miembro de la Comisión Redactora, "este Código era una obra referente al delincuente, pues no le interesaban los actos, sino los hombres" (2). Lo anterior sin embargo, no influyó en el tratamiento dado a la participación delictiva, y

(1) Leyes Penales Mexicanas, T. I, INACIPE, Méx., 1980, p. 336

(2) Ceniceros J. y Garrido L., La Ley Penal Mexicana, Ed. Botas, Méx., 1934, p. 16.

siguiendo las huellas de su predecesor, consideró personas responsables del delito a los autores, cómplices y encubridores, pormenorizando las hipótesis de cada uno de ellos. Al cómplice y al encubridor ordenaba se les impusiera de un décimo a una tercera parte de la sanción correspondiente al autor del delito.

C.- Código Penal de 1931.

El Legislador de 31, con el afán 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 participación eran punibles, y en concepto de la Comisión redactora, "esto no quería decir que para el Código vigente ya no existan grados de participación en la empresa delictuosa, sino que toca al Juez precisar ese grado" (1). El encubrimiento fue fraccionado, pues por una parte se le mantuvo como grado de participación, y por otra se le instituyó como delito autónomo en los casos previstos en el artículo 400 del Código. Rompiendo con el sistema adoptado por las Legislaciones anteriores, la sanción aplicable al autor del delito, cómplice y encubridor (cuando fuere considerado forma de

(1) Idem., p. 56 Y 57.

participación), se equiparó, correspondiendo al Juzgador aplicar las reglas de individualización de la pena contenidas en los artículos 51 y 52 del Código que se comenta.

III.- PROYECTOS DE CODIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL.

A.- Proyecto de 1949.

Los autores de este Proyecto de Código Penal concretaron aun más la fórmula empleada por el Legislador de 1931. Consideraron como responsables del delito a quienes tomaban parte en su ejecución, los que determinaban a otro a cometerlo y los que cooperaban a su comisión. De esta manera se pretendió comprender al autor material, al coautor, al instigador y al cómplice, aplicando un perpetuo ostracismo al encubrimiento como forma de participación. Conservó el criterio de establecer la misma pena para los responsables de los hechos punibles, y al ser individualizada en el caso concreto, serian tomadas las circunstancias exteriores de ejecución y las peculiares del delincuente.

B.- Proyecto de 1958.

Bajo el rubro "De la Participación" el artículo 17

de este Código, consideró como responsables de la comisión de un delito a los que tomaran parte directa en su concertación, preparación o ejecución (frac. I); a los que aconsejaran, provocaran, instigaran o compelieran a su ejecución (frac. II); a los que cooperaran o auxiliaran a su ejecución, ya sea por conducta anterior o simultánea (frac. III), y, a los que por acuerdo previo, auxiliaran a los delincuentes después de que éstos efectuaran su conducta delictuosa (frac. IV).

La fracción I, se refería primordialmente a los autores, dada la introducción de la palabra "directa"; la fracción II matizaba algunas formas de instigación; la fracción III se refería a los cómplices previos y concomitantes; y, por último, la fracción IV comprendía a la complicidad subsecuente. En cuanto a la sanción, mantiene la equiparación de ésta para los concurrentes.

C.- Proyecto de 1963.

En el artículo 28 de este Código se consideró responsables del delito: En la fracción I, a los que intervinieran en el acuerdo, preparación o ejecución; abarcando con ello a los autores materiales y coautores, y bien podían quedar comprendidos los cómplices previos. En la fracción II se ocupaba de quienes

instigaran o compelieran en su ejecución, sancionando así al instigador. La fracción III regulaba dos hipótesis de autoría mediata, pues responsabilizaba a los que se sirvieran para cometer el delito de una persona inculpable o inimputable; la fracción IV previa a los que a sabiendas prestaran auxilio o cooperación de cualquier especie para su ejecución, sancionando así a los cómplices; en la fracción V estableció una innecesaria complicidad por omisión, al prescribir que eran responsables del delito los que sabiendo que se estuviera cometiendo o se fuera a cometer, y teniendo el deber legal de impedir su ejecución, no lo impidiera pudiéndolo hacer; del cómplice subsequens se ocupó la fracción VI al responsabilizar del ilícito a quienes prestaren ayuda posterior al inculpado cumpliendo un acuerdo anterior a la comisión del delito. Conserva el criterio de fijación de la pena impuesta por el legislador de 31, que antes hemos comentado.

CAPITULO SEGUNDO
"AUTORIA Y PARTICIPACION"

I.- ASPECTOS GENERALES.

A.- Ubicación de la Participación en la Teoría del Delito.

La teoría causal de la acción, dominante hasta los años cincuentas de este siglo, estructura al injusto como una mera lesión del bien jurídicamente tutelado. El autor de este daño, asume el carácter de causante objetivo; es quien desata las condiciones que producen el resultado típico, sin importar el grado de responsabilidad que en el mismo tenga. Su conducta interesa exclusivamente como manifestación externa sin considerar su contenido, y por ende, su estudio carece de toda relevancia en este nivel de la teoría del delito; el hechor del resultado es sólo, un elemento del tipo; el sujeto activo.

Los partidarios de la teoría causalista, al desterrar al autor del elemento tipicidad, ubican su estudio en las llamadas "formas de aparición del hecho". Al final de la Teoría del Delito. Argumentan que el hecho punible puede ser obra de una persona o de una pluralidad de ellas, y deducen que, una u otra forma, son maneras de aparecerse o manifestarse el delito. Mezger, entre ellos, alega que la teoría de la participación, constituye una forma especial de aparición del hecho

punible, por cuanto éste, considerado desde el punto de vista de sus características fundamentales, puede manifestarse en una forma reducida o amplia, ya que se presenta en lugar de un sólo autor, una pluralidad de personas, tratándose por consiguiente, de una contraposición entre autoría de un solo autor y pluralidad de partícipes (1).

Con la aparición de la Teoría Finalista de la Acción, el injusto tuvo una nueva fisonomía; el disvalor del resultado no es ya su único elemento, requiere además el disvalor de la acción. "La materia de lo ilícito, dice Bacigalupo, requiere que se tomen en consideración elementos que pertenecen a la persona que realiza la acción. Para la teoría de la acción finalista esos elementos son la dirección de la acción a un fin prohibido en los delitos dolosos y la infracción del deber de diligencia en los delitos culposos" (2). Así, al considerar a los elementos personales del comportamiento como parte del ilícito, da lugar al nacimiento del llamado "injusto personal"; lo que acarrea que el autor tenga una relevancia en este nivel y por ende, es en el injusto donde tiene cabida su estudio, pues al decir de Welzel, "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, agrega el escritor

(1) Mezger E., Derecho Penal, Libro de Estudio, Ed. Cárdenas Editores, Méx., 1985, p. 275.

(2) Bacigalupo E., Manual de Derecho Penal, Ed. Temis, Bogotá Col., 1989, p. 75.

alemán, tiene por objeto establecer el centro personal de acción del injusto." (1).

Sin embargo, debemos preguntarnos respecto de esta teoría, ¿En qué parte del injusto cabría el estudio de la autoría y participación? Esto no representa un capricho meramente teórico, sino por el contrario, se le aparejan consecuencias prácticas. Así, de ubicarse nuestro tema en lo que corresponde al disvalor del resultado, sería autor quien para los causalistas es sujeto activo, pues lo que importaría, en todo caso, sería la destrucción del bien jurídico, sin tomar en cuenta el disvalor de la acción, lo cual desnaturalizaría la esencia de la teoría finalista de la acción. Ahora bien, de ubicarse en el disvalor de la acción, daría lugar a la aceptación de una accesoriidad mínima; así quien instiga a otro a cometer una conducta típica, pero lícita, sería responsable del hecho cometido, lo cual sería absurdo. Para quienes sustenten la teoría finalista de la acción, el lugar apropiado para el estudio de la autoría, será, como lo propone Welzel, al final del estudio del injusto, lo cual estará de acuerdo con la teoría de la accesoriidad limitada imperante hoy en día.

Sea en el lugar que fuere del injusto, donde se localizara el estudio de la autoría y participación, es objetable tal sustento en cuanto pretende solucionar el problema de la autoría a raíz de un hecho típico y

(1) Welzel H., Derecho Penal Alemán, Ed. Jurídica de Chile, 11a edición, Santiago de Chile, 1976, p. 142.

antijurídico, olvidando que el autor perpetra un delito y no un mero injusto; sólo es autor quien actúa típica, antijurídica y culpablemente, resultando por ende defectuosa la teoría que pretende implantar Hans Welzel.

Por otra parte, nos recuerda Ignacio Aguilar: "sujeto activo y autor deben diferenciarse", agregando; que ya Rodríguez Mourullo afirmó: "<<Conceptualmente deben distinguirse entre sujeto activo y autor. Según el artículo 12 del Código Penal - 13 de nuestro Texto Represivo de 1931 -, los autores son una de las categorías de los responsables criminalmente de los delitos y faltas. En cambio, cuando hablamos de sujeto activo nos referimos al sujeto de la acción, con independencia de que sea o no responsable del delito, - y ejemplifica - Un inimputable (un enajenado, un menor de dieciséis años, etc,) puede ser sujeto activo de un hecho típicamente antijurídico, pero no podrá nunca ser autor de un delito, - agrega - El desconocimiento de esta distinción condujo a algunos penalistas a considerar incorrectamente los problemas de autoría y participación en el marco de la teoría de la acción; - esclareciendo - Incorrectamente porque el concepto del autor, tal como lo configura nuestro Código, presupone la existencia plena de todas las características esenciales del delito, pues sólo la total presencia de las mismas origina una responsabilidad criminal >>" (1).

(1) Aguilar Romero Ignacio, Sujetos y Objetos del Delito, Trabajo con el cual obtuvo la Oposición para la

Dedúcese de lo anterior pues, que atendiendo a la postura doctrinal que se adopte, será la ubicación que se de a la teoría de la participación, bien sea como forma de aparición del delito, siguiendo a la Teoría causal, o bien sea como parte del injusto si se es partidario de la Teoría Finalista de la Acción. En nuestro concepto, es aceptable la primera en razón de la objeción hecha anteriormente a la segunda.

B.- Participación Eventual y Participación Necesaria.

En doctrina suele distinguirse los delitos monosubjetivos de los plurisubjetivos. En los primeros, dice Porte Petit, "el tipo puede realizarse por uno o más sujetos" en tanto que en los segundos " el tipo requiere la intervención de dos o más personas" (1). La participación eventual delictiva tiene nacimiento en los delitos mencionados en primer término, la necesaria en los plurisubjetivos.

Así pues, hay concurso eventual cuando el tipo, siendo monosubjetivo, es acuñado por una pluralidad de

Cátedra de Derecho Penal I, en la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México, Obra Inédita, 1989, p. 11.

(1) Porte Petit Candaudap C., Apuntamientos de la Parte General de Derecho Penal, Ed. Porrúa, Méx., 1990, p. 348.

personas. Hábese de participación, en virtud de no bastar la obra del autor, sino que deben concurrir a su lado, el comportamiento de otro autor o de un partícipe (instigador o cómplice) o ambos. Es eventual en razón de que el tipo normalmente es colmado por un sujeto activo, pero dada su naturaleza no impide que en ocasiones (de ahí el adjetivo de eventual) sea perpetrado por dos o más de ellos; vr. gr. un solo individuo puede privar de la vida a otro, pero eventualmente puede ser dos personas las causantes materiales del resultado letal, en cumplimiento a la paga recibida de un tercero. Sólo puede hablarse de concurso eventual cuando, junto al autor, concurre una persona más en la comisión del delito. El grado de responsabilidad que cada concurrente guarda respecto del hecho cometido, dependerá del título a que responda: autor o partícipe (instigación o cómplice).

Sin embargo, no todos los tipos son monosubjetivos, algunos los hay que "exigen para su integración una dualidad o pluralidad de sujetos primarios" (1), surgiendo los delitos de concurso necesario.

La uniformidad doctrinal seguida en el concurso eventual, se ve seriamente afectada tratándose de la participación necesaria. Algunos autores estiman que la concurrencia delictiva, sólo se presenta en los delitos monosubjetivos y la excluyen de los plurisubjetivos,

(1) Jiménez Huerta M., Derecho Penal Mexicano, T.I., Ed. Porrúa, 5a edición, Méx. 1985 p. 99.

aludiendo, que en estos últimos la participación es de por sí un requisito sine qua non para la integración del tipo, ya que exige una pluralidad de comportamientos, y no conciben por ende, una participación delictiva dentro de una participación necesaria.

"En todos estos casos, afirma Soler, la cooperación hace la existencia misma del delito y por eso, aquellas no están comprendidas dentro de la teoría de la participación pues ésta tiene por objeto exponer los principios que se aplican a la producción de un delito cualquiera por más de una persona, sin que esta intervención plural sea un elemento constitutivo de la figura delictiva" (1). Su compatriota Eusebio Gómez es del mismo parecer al expresar: "cuando en la comisión de un delito determinado intervienen dos o más personas, se dice que existe participación criminal, salvo el caso de que la pluralidad de agentes esté impuesta por la propia naturaleza del hecho" (2). En la literatura penal mexicana, guardan este criterio Porte Petit (3), Pavón Vasconcelos (4), Villalobos (5) y Castellanos Tena (6).

- (1) Soler Sebastian., Derecho Penal Argentino, T.II., Ed. Argentina, 6a. edición, Bns. Aires, 1973, p. 237.
- (2) Gómez Eusebio., Tratado de Derecho Penal, T.I., Ed. Cia. Argentina Editores, Arg., 1939, p. 484.
- (3) Porte Petit C., Programa de Derecho Penal, Ed. Trillas, 3a. edición, México, 1990, p. 860.
- (4) Pavón Vasconcelos F., Manual de Derecho Penal, Ed. Porrúa, 7a edición, México, 1985 p. 494.
- (5) Villalobos Ignacio., Derecho Penal Mexicano, Ed. Porrúa, 3a. edición, México, 1975, p. 481
- (6) Op. cit., p. 283

En nuestro parecer resulta desacertada esta postura. El error reside en que dan demasiada importancia al título de "participación necesaria", cuando del análisis de la estructura de los delitos plurisubjetivos, se advierte que no exigen, en verdad, una participación (sea que el término se use en sentido amplio o estricto), sino más bien una pluralidad de autores que lleven a cabo la conducta antijurídica tipificada; dos o más personas activas primarias, como bien los denomina Jiménez Huerta. Con gran acierto Fontán Balestra manifiesta que "los autores, más de uno, exigidos por el tipo para que se configure el delito, es la impropia llamada participación necesaria. Su característica más propia es la pluralidad de autores" (1). En este mismo sentido Zaffaroni, cuando comenta que la participación necesaria "es una expresión incorrecta, porque se trata de supuestos en que conceptualmente se requiere una coautoría" (2). Encarando el problema, Filippo Grispigni manifiesta: "la expresión concurso necesario se debe evitar porque es equívoca, en cuanto induce a pensar que se trata de un instituto análogo o próximo al concurso eventual de varias personas, mientras que aquel es netamente distinto de este por presentar conceptualmente una profunda diversidad" (3).

- (1) Fontán Balestra C., Derecho Penal, Ed. Abeledo Perrot 10a. edición. Arg., 1979, p. 422.
- (2) Zaffaroni Eugenio R., Manual de Derecho Penal, Ed. Cárdenas Editores, México., 1986, p. 624.
- (3) Grispigni Filippo., El Delito Plurisubjetivo, Traducción de Celestino Porte Petit, Revista Jurídica Veracruzana, No. 3, Tomo X, 1959, p. 214.

Ciertamente, el título "participación necesaria" encierra un imposible, y por ello es equivoco. De usarse el término "participación" en sentido amplio (autoria, instigador y cómplice) y agregársele el calificativo de necesario, llegaríamos a la aberrante conclusión de que el tipo exige necesariamente para su integración, la concurrencia a lado del autor, de otro autor, de un instigador y de un cómplice. En otro sentido, si se usa la palabra "participación" en sentido estricto (instigación y complicidad) y se le suma el calificativo de necesaria, el resultado sería que el tipo exige para su configuración además del autor, un instigador o un cómplice, o ambos.

Creemos que las expresiones participación necesaria, o concurso necesario, debe ser sustituidas por el título de "Autoria necesaria" o bien "concurso Necesario de Autores", que es realmente lo que exigen los delitos plurisubjetivos.

Así pues, si en el mal llamado concurso necesario, el tipo exige una pluralidad de autores para su integración, no vemos inconveniente alguno para que tenga cabida a su vez una participación eventual en sentido estricto; esto es, que junto a los autores que necesariamente deben concurrir, en ocasiones (eventualmente) contribuyan a la ejecución del delito otras personas con el carácter de instigadores o bien de cómplices. Así en el incesto, por citar un ejemplo, junto a los autores exigidos por el tipo (ascendiente y descendiente), pueden haber otros

sujetos que ayuden o determinen el desarrollo de las desaprobadas actividades sexuales.

Cabe aclarar que cuando el tipo exige la actividad del sujeto pasivo, (vr. gr. raptó consensual, art. 268), no estamos frente a una autoría necesaria, pues como ya se indicó, ésta requiere una pluralidad de sujetos activos que atenten contra el bien jurídico de la víctima. Siendo absurdo pensar, que se penara al sujeto contra quien se ha cometido el delito.

C.- Teoría de la Participación y Teoría de la Causalidad.

Tema de suma importancia, sin duda alguna, resulta ser el estudio de la relación que guardan la Teoría de la Participación y la Teoría de la Causalidad.

Los lazos que unen ambas teorías se deducen atendiendo al ángulo de donde se les aborde. Si se parte del estudio de la codeincuencia, diremos que sólo son partícipes en el delito, quienes han aportado una causa para su comisión (1), tomando el término partícipes en sentido amplio. En cambio, si se aborda a raíz de la

(1) Este principio, fue desconocido por el legislador del Código de 31, pues como forma de participación introdujo al encubrimiento, argumentando los integrantes de la Comisión Redactora "que 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 declarara la responsabilidad de los partícipes en el delito encubierto. Esta

causalidad, diremos que el resultado típico es imputable a los sujetos si entre su conducta y aquél hay un nexo de causalidad.

De esta guisa, resulta que las conductas de los partícipes, deben tener necesariamente un nexo de causalidad con el resultado acaecido. Al contrario, resulta falso estimar que todo sujeto, cuya conducta tenga un nexo causal con el resultado típico, es ya partícipe del delito.

Debido a la gran influencia de la causalidad sobre la teoría de la participación, algunos autores han querido encontrar solución a la problemática que presenta esta última partiendo de los principios que rigen aquella. Maurach se lamenta de esta posición, al expresar: "El desgraciado mantenimiento del concepto causal de acción, no se limita meramente al hacer, sino que intenta aprehender también el fenómeno del autor" (1); y con gran certeza, Fontán Balestra afirma: "Sería equivocado suponer que la concurrencia causal resuelve por sí sola el

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 Código." (J. Angel Ceniceros y Luis Garridos, La Ley Penal Mexicana, op. cit., p. 57).

(1) Maurach R., Tratado de Derecho Penal, Traduc. de Juan Córdoba, T. II, Ed. Ariel, Barcelona, 1962, p. 300.

problema de la participación y aun el de la diferencia entre autores y cómplices... por el contrario, el principio es: las normas que rigen la causalidad son las mismas para el autor y para el partícipe" (1).

Mezger considera a la teoría causal, el punto de arranque científico de toda teoría jurídico penal de la participación, y agrega: "el pensamiento de la causalidad despliega en la teoría de la participación en el delito una función doble, negativa y positiva: con arreglo a la primera, excluye del ámbito de las acciones punibles de participación todo lo que no ha sido causal en la producción del resultado, la segunda proporciona el punto de arranque seguro para la determinación del concepto de autor" (2).

Ciertamente, demostrada la relación causal, en los delitos que así lo requieren, habremos demarcado "objetivamente" la teoría de la participación, y desde este punto de vista es posible encontrar una similitud entre los temas que nos ocupan. Sin embargo, el concurso de personas no se conforma con una mera relación causal, Requiere además, que los concurrentes integren en su totalidad el injusto culpable y no sólo el resultado, pues son hechos de un resultado típico, antijurídico y culpable; (este último elemento atribuible en forma

(1) Op. cit., p. 439.

(2) Mezger E., Tratado de Derecho Penal, Traducc. José A. Rodríguez, T. II, Ed. Revista de Derecho Privado, 3a. edición, Madrid Esp., 1957, p. 286.

personal) y, por otra parte, se exigen determinadas características que los harán responsables a título de autores o partícipes. Es oportuno el comentario de Maurach en el sentido de que "el reparo decisivo frente al concepto extensivo de autor estriba en su entronque directo con el concepto causal de acción, si la acción se agota sin atender a la dirección volitiva del autor, en una simple causación del resultado típico, de todo ser causal para el resultado típico se derivará necesariamente la propia autoría" (1). Dice Soler: "... dentro de la participación, está comprendida no sólo la contribución objetiva a producir el resultado, sino también la contribución subjetiva. Participar no quiere decir sólo producir, sino producir típica, antijurídica y culpablemente. El problema de la causación es sólo un fragmento de la participación, y por tanto, no pueden identificarse" (2).

Es oportuno detenernos y analizar qué obstáculos enfrentaríamos si se aceptase la teoría de la causalidad, como fundamento para determinar la teoría de la participación.

Primeramente, cabría preguntarnos ¿Cuál teoría causal sería la correcta para determinar la participación? De aceptarse la teoría de la equivalencia de las condiciones todo sujeto que aportara una causa en el resultado sería

(1) Op. cit., p. 304.

(1) Op. cit., p. 240

considerado autor del mismo, dado que todas las condiciones puestas en relación poseen igual valor causal; con ello se estaría en presencia de la teoría unitaria de autor, sumamente criticada por la doctrina. "Si se acoge el criterio de la equivalencia de las condiciones causales, afirma Pavón Vasconcelos, siendo todas del mismo valor causal, cada una de ellas resulta a su vez causa del delito, y será en consecuencia autor todo quien haya puesto una condición en él." (1). Al respecto, Maggiore expresa: "Formulada por Von Buri a mediados del siglo XIX, esta teoría es verdaderamente unitaria, en cuanto abrevia, si no es que destruye de una vez, la distancia entre delincuentes principales y delincuentes accesorios. Se llega a este resultado, partiendo del principio de la equivalencia de las causas. Todo resultado criminal es el producto de un conjunto de fuerzas o causas igualmente necesarias y suficientes para producirlo" (2). Las consecuencias a que llevaría la aplicación de esta teoría, serían incalculables. Se consideraría autor en el adulterio, usando el ejemplo de Binding, no sólo a la mujer que cohabita con varón que no es su marido y que yace con ella, sino al carpintero que hizo la cama. En efecto, esta teoría borra el esquema de autores y cómplices, de delincuentes primarios y secundarios de los que habló Carrara. No cabe en ella

(1) Pavón Vasconcelos F., Las Reformas Penales, Ed. Porrúa, 2a edición, México, 1987, p. 53.

(2) Maggiore Giuseppe, Derecho Penal, Vol. II, Ed. Temis, Bogotá Col., 1972, p. 99.

hablar de grados de responsabilidad, de la teoría de la accesoriadad, en fin que se desnaturaliza el espinoso pero interesantisimo tema de la autoría y participación.

Ahora bien, algunos autores quieren encontrar la diferencia entre autor y cómplice, recurriendo a la teoría de la condición más eficaz, formulada por Birkmayer, o la de la causalidad adecuada, de Von Bar. Dicen los seguidores de esta posición que autor será aquel que aporte una condición eficaz o adecuada para la producción del resultado, y será participe en sentido estricto, quien aporte una causa que no tenga esta jerarquía. "Si se parte de la teoría de la adecuación o de la causalidad eficiente ellas importan distinguir objetivamente varias formas de participación, pues no se identifican, conforme con las mismas, el hecho de poner la causa con el de poner una simple condición del resultado" (1). Pero cabría preguntarse: ¿Cuándo estamos en presencia de una causa eficiente y cuándo de una simple condición?

Pero, por otra parte, fracasa la teoría de la causalidad tratándose de delitos de comisión por omisión, puesto que en ellos no hay una relación física propiamente dicha; el hecho de que el sujeto tenga la calidad de garante, y que de él se espere una acción que le es exigible, no determina una relación causal en sentido estricto.

(1) Soler Sebastian, Op. cit., p. 238.

En otra hipótesis: ¿Cómo resolver la problemática de la participación delictuosa a partir de la causalidad en los delitos de mera conducta, o en los de omisión simple, en los cuales no hay resultado material y por ende tampoco nexo causal? Con ello se derriba, cual castillo de naipes al leve soplo, la idea de que la teoría de la causalidad es la ratio essendi de la participación delictuosa.

Cabe examinar también, ¿Qué relevancia tendría la teoría de la causalidad tratándose de delitos culposos, dado que lo hasta ahora dicho rige para los delitos dolosos? Como veremos posteriormente, en nuestro parecer la participación criminal no se presenta en los delitos culposos, de ahí que, utilizando la terminología legal, quien incumpla un deber de cuidado que las circunstancias y condiciones personales le imponían produzca un resultado prohibido por la ley, será autor del mismo; con toda certeza Welzel expresa: "Todo grado de concausación respecto del resultado típico producido no dolosamente, mediante una acción que no observa el cuidado requerido en el ámbito de relación, fundamenta la autoría del respectivo delito culposo." (1).

Así pues, quienes con su comportamiento lesivo del grado de cuidado requerido en el ámbito de relación, aporta una causa en la producción del resultado, serán autores del mismo; por ello tiene aquí gran aceptación, la teoría de la causalidad, pero faltaría determinar

(1) Op. cit., p. 143

faltaría determinar cuál tesis que explica el nexo causal sería el aplicable. Cabe aclarar sin embargo, que la teoría de la causalidad fracasa en delitos culposos de acción y en los de omisión simple, en los que no hay resultado material; es ineficaz también, si se trata de delitos culposos de resultado material por omisión, pues en éstos quien tenga el deber de obrar y no lo hace en razón del incumplimiento del deber de cuidado, es autor del resultado producido, no en razón por cierto, de que su proceder sea una causa física del resultado, sino que por culpa no desplegó la conducta que de él se esperaba y que además le era exigida.

Podemos concluir este punto afirmando, que la teoría de la causalidad es sólo un punto de arranque objetivo, para entrar al estudio de la autoría y participación, esto siempre que se trate de delitos dolosos o culposos de resultado material mediante un hacer o un no hacer; y carece de toda relevancia en los delitos dolosos o culposos de mera conducta, de omisión simple, y de comisión por omisión; de ahí que el estudio de ambas teorías, deberá afrontarse con suma prudencia.

D.- Participación Strictu Sensu y Latus Sensu.

Se ha dicho que el delito puede ser obra de una pluralidad de personas. Esta concurrencia es llamada participación, dado que participan en la ejecución del hecho punible. Algunos lo hacen como autores, otros como

instigadores y algunos más como cómplices. En este caso se habla de participación en sentido amplio, ya que comprende a todos los concurrentes. En cambio, se habla de participación en sentido estricto, cuando se comprende sólo al instigador y al cómplice, esto es, los que participan sin ser autores.

"Son formas de participación en el delito: 1.- La autoría que a su vez comprende según el uso corriente del lenguaje: a.- la autoría de una sola persona; b.- la coautoría; c.- la autoría mediata. 2.- La participación, que a su vez comprende: a.- La instigación; b.- El auxilio (complicidad)" (1). "La participación en sentido estricto sólo comprende la instigación y la complicidad; en sentido amplio también la autoría" (2).

"Este doble sentido de la palabra participación, expresa Zaffaroni, obedece a que puede haber participación de personas en el delito, pero también participación de personas en la conducta del autor del delito" (3), en el primer caso se habla de participación en sentido amplio, y en el segundo en sentido estricto.

(1) Mezger E., Tratado, Op. cit., p. 290.

(2) Welzel H., Op. cit., p. 160.

(3) Zaffaroni E. R., Op. cit., p. 601.

CAPITULO TERCERO

"FORMAS DE AUTORIA"

I.- AUTORIA DIRECTA.

Hemos asentado que la autoría puede presentarse en tres maneras, inmediata, mediata y coautoría. En la primera el autor comete el hecho punible personalmente, en la segunda valiéndose de otra persona, y en la última mediante la colaboración de otros autores. En este punto habremos de referirnos a la autoría inmediata.

A.- Denominación.

El término "autor" no es un producto del derecho penal; sino que éste lo toma, como acertadamente lo explica Zaffaroni, de la vida real, de lo óntico. Así comúnmente se habla de autor de un libro, de una pintura, de cualquier obra; partiendo de esta idea, y en el plano meramente jurídico penal, diremos que es autor del delito quien constituye los elementos de éste; es decir, es autor quien ejecuta una conducta típica, antijurídica y culpable.

Por técnica legislativa, los tipos penales se describen como consumados y acuñados por una sola persona; esta persona es el autor del delito y que generalmente se enuncia con las palabras "El que". Al ser el autor

material el que prevée el legislador como causante de los delitos, resulta ser la forma de participación por excelencia, y la que menos problemática presenta, pues al decir de Jiménez de Asúa "El autor no constituye la codelinuencia, al contrario es su negación." (1)

Con reducida fórmula, Wessels dice que "Es autor directo quien comete el hecho punible personalmente" (2). Como veremos posteriormente, para ser autor material de un delito, no basta con ejecutarlo personalmente, requiere además tener el dominio final del hecho; por lo tanto, autor inmediato es aquel que teniendo el dominio final del hecho, ejecuta personalmente el injusto, siéndole reprochable tal proceder.

B.- Concepto amplio y restrictivo de autor.

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

"No cabe duda, de que el antecedente de este sistema se halla en las ideas de Von Buri, que al defender la teoría de la equivalencia de las condiciones no podía admitir, conforme a la causalidad, diferencia entre actos

(1) Op. cit., p. 502

(2) Wessels H., Derecho Penal, Ed. Depalma, Arg., 1980, p. 156.

de autor y los del cómplice" (1). "La teoría extensiva de autor, manifiesta Welzel, fue un fruto tardío de la doctrina de la causalidad de la acción, que trasladó el concepto de autor válido en los delitos culposos a los tipos dolosos" (2).

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

Contra el concepto amplio de autor se han levantado severas críticas. Zaffaroni entre otros, considera que este criterio falla "cuando se trata de delitos de propia mano, en que no basta la causación, sino que se requiere que el autor realice el verbo típico... cuando la forma típica de autoría es una autoría mediata, puesto que quien directamente causa no es el autor... en delitos propios, la punición del partícipe, en lugar de ser una forma de restringir la punibilidad del autor, es una clara forma de extenderla... que ser autor y causante son dos cosas distintas, la extensión del concepto de autor hasta abarcar a cualquier causante resulta violatoria del principio de legalidad" (3).

(1) Jiménez de Asúa L., El Criminalista, T. IV, Ed. Victor P. de Zavalia, 2a serie, Arg., 1960, p. 153.

(2) Op. cit., p. 144.

(3) Zaffaroni Eugenio R., Tratado de Derecho Penal, T. IV, Ed. Ediar, Argentina, 1987, p. 299.

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

Descartado el concepto extensivo de autor, nos adherimos al criterio opuesto, es decir, a un concepto restrictivo, según el cual "autor es el que reúne los caracteres típicos para serlo" (1). En un inicio, el concepto restrictivo de autor resultó muy estrecho, pues redujo la autoría a quien ejecutaba directamente la conducta típica, por lo que no comprendía la autoría mediata; esta irregularidad se ha visto subsanada con la teoría del dominio del hecho, de la que más adelante nos ocuparemos.

"Se podría decir, opina Porte Petit, 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" (2).

(1) Zaffaroni, Manual, Op. cit., p. 605.

(2) Programa, Op. cit., p. 875.

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

C.- Teorías para determinar la calidad de autor.

Para establecer la calidad de autor en una concurrencia delictiva, se han establecido diversas teorías, entre las que destacan la formal objetiva, la subjetiva y la del dominio final del hecho.

1.- Teoría Formal Objetiva.

Conforme a esta corriente, es autor quien realiza personalmente la acción prevista en el núcleo típico. Es autor de homicidio quien priva de la vida; de robo quien ejecuta el apoderamiento, etcétera.

Quienes simpatizan con esta idea, toman como punto de arranque la terminología adoptada por diversas legislaciones, que señalan como autor a quien toma parte en la ejecución del delito (1). Tal expresión es inadecuada pues como lo hace resaltar Bacigalupo "en verdad, todos toman parte en la ejecución: los autores y los partícipes" (2); "Es útil, dice Jiménez de Asúa, pero no basta por sí sola para caracterizar al autor. Los delitos de omisión escapan a esta fórmula" (3).

(1) Este criterio seguía el Código Penal Federal antes de ser reformado en 1984.

(2) Op. cit., p. 181.

(3) El Criminalista, Op. cit., p. 168.

Un sector doctrinal ha encarado la teoría que comentamos, diciendo que fracasa en la autoría mediata y en la coautoría, pues en la primera la acción típica la realiza un tercero y no el autor; y en la segunda hipótesis, sería participe quien sujeta a la víctima para que el autor objetivo aplique la mortal puñalada.

Para determinar la autoría inmediata, que es el punto que ahora nos ocupa, no es del todo satisfactoria la teoría formal objetiva, pues como hemos afirmado, no basta que el sujeto realice la parte externa de la conducta, es indispensable que él hechor tenga el dominio final del hecho, lo que acarrea la existencia de elementos de carácter volitivo, como lo veremos al explicar esta teoría. Por otra parte, fracasa la teoría objetiva cuando el tipo legal exige en el autor elementos subjetivos; así, en el cohecho no basta con solicitar o recibir la dádiva (elemento objetivo), sino que esto deberá hacerse (elemento subjetivo), para hacer o dejar de hacer algo justo o injusto relacionado con las funciones del servidor público; o en el delito de falsificación, en el que no es suficiente con realizar la conducta descrita en el tipo (art. 244), sino que el falsario debe hacerlo para sacar algún provecho o para causar algún perjuicio (art. 245, I.).

2.- Teoría Subjetiva.

Ante el evidente fracaso de la teoría objetiva, se consideró que el deslinde de la autoría con la

participación lo era la posición subjetiva que cada concurrente adopte al ejecutar el delito. Mezger, uno de los fervientes seguidores de esta postura, asevera que el autor es "el que comete el hecho con voluntad de autor... y no con mera voluntad de instigador o cómplice" (1).

El meollo de esta teoría inicia al preguntarse cómo identificar el animus auctoris. Para dar respuesta se han establecido dos corrientes: la teoría del interés y la teoría del dolo. Conforme a la primera "el animus auctoris coincide con el sujeto que tiene un interés en la causación del delito" (2), un interés propio y no ajeno. La flaqueza de la teoría es evidente; en un sinnúmero de disposiciones de la Parte Especial del Código Penal, la finalidad del autor, tiene un interés preponderantemente ajeno; virvigracia, en el abuso de confianza la disposición puede ser para otro (art. 382), en la extorsión el lucro obtenido puede ser para otro (art. 390), etcétera.

La teoría del dolo pretende encontrar la esencia de la autoría, en el ánimo que embargue al concurrente. Por tanto, autor será quien actúa con animus auctoris, y se distingue del cómplice y del instigador en razón de que éstos poseen un animus socii, y subordinan su actuar al ánimo del actor.

(1) Derecho Penal, Libro de Estudio, Op. cit., p. 305.

(2) Bacigalupo E., Op. cit., p. 183.

Este criterio fue puesto en práctica por los Tribunales Alemanes, y lo absurdo de sus resoluciones denotaron la flaqueza de la teoría. Así en el famoso caso de la bañera, la hermana de la madre que por indicación de ésta, ahogó al recién nacido en la bañera, no era autora, sino cómplice, porque no quería el hecho como suyo.

En su afán de conservar este criterio, Mezger pretende encontrar el ánimo de autor, a raíz de lo objetivamente realizado por éste, y alega que "el que quiere realizar y realiza todo el tipo personalmente, quiere, en realidad, el hecho como propio... por lo tanto, no es determinante saber cómo considera el autor su acción, sino qué es su acción... lo que decide es lo querido por el autor, pero lo querido en su significación objetivo" (1). En verdad, con ello el autor alemán rehusa al criterio subjetivo como fundamento de la teoría que sustenta, para tomar como base una teoría objetiva.

3.- Teoría del Dominio del Hecho.

Ante la unilateralidad extrema de las teorías objetivas y subjetivas, la doctrina ha encontrado una conciliación entre ambas en la llamada Teoría del Dominio del Hecho, que obtiene el carácter de autor tanto de criterios objetivos como subjetivos, pues "toda acción supone subjetivamente un querer, objetivamente un obrar, y sobre todo un ejecutar" (2).

(1) Derecho Penal, Libro de Estudio, Op. cit., p. 307.

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

Jiménez de Asúa, quien fue el introductor de esta teoría en la literatura hispanoparlante según da razón Bacigalupo, se acoge a ella al expresar que "es necesario superar el antagonismo entre las teorías subjetivas y las objetivas y hay que acudir a los elementos objetivos y subjetivos para diferenciar autores y partícipes" (1).

Para esta postura, autor es quien tiene el dominio del hecho, y partícipe quien no lo tenga. Pero, qué significa tener el dominio del hecho. Significa que el sujeto activo del delito voluntariamente dirige el curso del suceso y tiene por ello en sus manos, la potestad de detener o continuar con la ejecución del delito. Con sobrada razón Bacigalupo pone de manifiesto, que "el contenido del dominio del hecho implica la disponibilidad de la decisión sobre la consumación o desistimiento del delito" (2).

Con palabras breves pero sustanciosas, Maurach nos dice que dominio del hecho "es el doloso tener las riendas del acontecimiento típico" (3), y Latagliata por su parte expresa que éste "consiste en la disponibilidad de la acción plurisubjetiva íntegra, cuya comisión o abandono depende directamente de la decisión del concurrente" (4).

(1) El Criminalística, Op. cit., p. 172.

(2) La Noción de Autor en el Código Penal, Ed. Abeledo Perrot, Bns. Ars., 1965, p. 46.

(3) Op. cit., p. 309.

(4) Latagliata Raffaele A., El Concurso de Personas en el Delito, Ed. Depalma, Bns. Ars., 1967, p. 261.

Así, cuando en la comisión del hecho punible concurren varios sujetos, será o serán autores quienes tengan el dominio del hecho, y por exclusión, adquieren la calidad de partícipes, estrictu sensu, quienes carezcan de él. Welzel, a quien se atribuye la paternidad de la teoría que estudiamos, dice que "es autor solamente aquel que mediante una conducción consciente del fin, del acontecer causal en dirección al resultado típico, es señor sobre la realización del tipo" (1).

Sin embargo, debemos aclarar que no basta un dominio meramente objetivo, sino que además el sujeto debe tener conocimiento de que posee ese dominio del hecho, luego entonces para que el delincuente sea autor debe tener la "decisión del hecho", esto es, que sabiendo que tiene en sus manos el ejecutar o no el delito, decide hacerlo, y esto nos lleva a la ineludible conclusión de que no basta un dominio meramente objetivo, sino que además debe ser de índole subjetiva.

Claus Roxin sostiene este punto de vista, al considerar "que para ser sancionado como autor se requiere el conocimiento del dominio del hecho" (2), y arremete contra la postura que sustenta Armin Kaufmann, quien afirma que para ser autor basta un dominio objetivo, y la ridiculiza con un ejemplo que ahora reproducimos: "A y B, equipados para la caza caminan por el bosque. De pronto,

(1) Op. cit., p. 143.

(2) Roxin Claus, Teoría del Tipo Penal, Ed. Depalma, Bns. Ars., 1979, p. 114

A ve, en un lugar solitario y escondido, a C, que se odia a muerte con B. A recuerda que B le ha manifestado que si encuentra a C solo y con armas le haría algo malo. Sencillamente lo matará. A tampoco quiere bien a C, pero nunca se arriesgará a cometer un asesinato. Por lo tanto, él mismo no quiere disparar ahora sobre C, pero le presta con mucho gusto su arma a B para hacer el disparo. El presupone obviamente que B ha visto a C y deja en manos de B la decisión de dispararle o no. Al contrario, en ese momento B no se ha dado cuenta de que disparará sobre un hombre. B sólo piensa en la caza y cree ver en la figura oscura, que A le ha mostrado en la lejanía, un ciervo sobre el cual quiere disparar. B dispara y mata a C" (1).

Como lo hace notar el propio Roxin, en este caso, A tenía objetivamente el dominio del hecho, pero su dolo no se dirigía a tener este dominio; si los hechos hubieran ocurrido tal y como él se los representó, hubiera resultado ser cómplice de homicidio en la medida que careció del dominio del hecho. De esta guisa resulta, que de seguirse un criterio objetivo, absurdamente el cómplice sería autor.

Es conveniente aclarar que el dominio del hecho no es un elemento del dolo, según dice Roxin (2), sino más bien una característica que hace distinguir al autor del partícipe. Esto se aprecia con mayor claridad en la teoría del error; si el sujeto activo cree no tener el dominio del hecho por un error invencible, y piensa que este dominio lo tiene su compañero, esto hace que pierda el carácter de autor para caer en el ámbito de la participación (en sentido estricto), y no por cierto la anulación del dolo, que sería la trágica consecuencia a

(1) Idem., p. 113.

(2) Idem., p. 114.

que llegaríamos de seguir a Roxin. Los partícipes, a pesar de carecer del dominio del hecho, actúan con dolo.

Por otra parte, debemos decir que el dominio del hecho se manifiesta de diversas formas atendiendo a la autoría de se trate; "en la actividad directa como dominio de acción, en la autoría mediata como dominio de voluntad del mandante y en la coautoría como dominio funcional del hecho de los coautores que actúan dividiéndose la tarea" (1).

Tener dominio del hecho, propio en la autoría inmediata, significa realizar personalmente el resultado típico. Zaffaroni al respecto comenta: "No cabe duda de que hay dominio del hecho cuando un sujeto realiza personalmente la totalidad de la conducta descrita en el tipo" (2).

D.- Elementos de la Autoría.

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

1.- Generales.

Los escritores antes citados, coinciden en señalar que el elemento general que caracteriza a la autoría en todos los delitos, lo es el dominio del hecho; de ella nos hemos ocupado en el punto anterior.

(1) Wessels, Op. cit., p. 154.

(2) Manual, Op. cit., p. 607.

2.- Especiales.

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

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

b.- Calidades objetivas: En otros casos, para ser autor, además de contar con el dominio del hecho, deberán reunirse ciertas calidades, o bien que se ejecute el resultado típico en forma personal. En el primer caso estamos en presencia de los llamados delitos especiales o propios, y en el segundo ante los delitos de propia mano. De ambos nos ocuparemos en el siguiente apartado.

E.- Problemática de la Autoría Directa.

Toca ahora referirnos a la problemática que presenta la autoría directa tratándose de delitos especiales, de propia mano, culposos y de comisión por omisión.

1.- Delitos Especiales.

La mayoría de los tipos de la Parte Especial del Código Penal, describen hechos susceptibles de ser realizados por cualquier persona. Esta generalidad se rompe con los llamados delitos propios, especiales o exclusivos, en los que el autor no puede ser cualquiera,

sino sólo aquel que tenga las calidades exigidas por el tipo; esto es, "se circunscribe la posibilidad de la autoría a un círculo de personas" (1). En los delitos especiales, afirma Maurach, "la posibilidad de autoría se limita a la esfera de las llamadas personas cualificadas o autores idóneos. Ello tiene como consecuencia que los terceros no puedan ser autores de estos hechos punibles" (2).

Es oportuno el juicio que al respecto emite Jiménez Huerta, quien dice: "Para esclarecer si nos hallamos frente a un delito común, o frente a un delito propio, no basta fijarse en la expresión de la ley y considerar de la primera especie todos los delitos cuya enunciación se inicie con las palabras <<El que...>>, necesitase hacer un cuidadoso examen de la norma incriminadora para afirmar si el delito puede efectivamente ser cometido por cualquier persona o sólo por quien revista una correcta cualidad" (3).

Las características que los diferentes delitos especiales requieren en el autor, suelen ser divididos en naturales y jurídicos; los primeros "son aquellos que implican situaciones de hecho oriundas de la vida fisiológica, vr. gr. la de la madre (art. 327) y jurídicas aquellas otras que presuponen una situación social creada

(1) Mezger, Tratado, Op. cit., Nota 3, p. 296.

(2) Op. cit., p. 311.

(3) Op. cit., p. 97.

por el Derecho, vr. gr. la de servidor público (art. 212)"
(1).

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

Armin Kaufmann, es partidario de la segunda hipótesis. En efecto, afirma: Igual que como ocurre en la capacidad de acción, en que la conciencia actual o actualizable del individuo de su propia capacidad de acción no es requisito de ella, sucede también que el sujeto de la norma especial no necesita saber o poder saber que para él se han dado las circunstancias que fundamentan el puro elemento del deber. Para la concreción es suficiente con que el individuo de hecho esté caracterizado por los elementos que definen al sujeto de la norma. Su conciencia actual o actualizable respecto de la existencia de estas circunstancias es totalmente indiferente para la cuestión de la concreción del deber emergente de la norma. Si fuera de otra manera, entonces el conocimiento del deber sería ya presupuesto del deber mismo; una imposibilidad lógica" (2).

En nuestro concepto resulta desacertada esta postura, en cuanto que las calidades exigidas al sujeto

(1) Idem., p. 97.

(2) Kaufmann Armin, Teoría de las Normas. Fundamentos de la Dogmática Penal Moderno, Ed. Depalma, Buenos Aires 1977, p. 189.

activo del delito, pertenecen a los elementos del tipo, y por ende deben incluirse en el elemento intelectual del dolo, pues al decir de nuestra legislación, para obrar intencionalmente, el sujeto debe conocer las circunstancias del hecho típico; de tal suerte, que su desconocimiento por error esencial invencible (error de tipo), borra la comisión dolosa.

En ocasiones, junto al autor idóneo (intraneus), concurren en la comisión del delito propio, personas que carecen de la calidad exigida por el tipo (extraneus), bien sea ejecutando la conducta tipificada, o en su caso como instigador o como cómplices. Los reparos doctrinales inician cuando se pretende establecer el delito por el cuál responderán cada uno de los delincuentes. Esta problemática queda mejor planteada con el siguiente ejemplo:

El empresario A logró acaudalar una fortuna considerable; en agradecimiento a las labores de su gerente B le ha incluido en su testamento; este último, ansioso de poseer la herencia, determina a C, hijo de A, para que le prive de la vida. Para ello, C solicita a la secretaria D que seduzca al vigilante de su padre, mientras él lo ejecuta conjuntamente con el obrero E.

Es indudable que C deberá responder por el delito de parricidio, sin que en ello haya polémica. No obstante que E conjuntamente con C ha ejecutado el núcleo típico (privar de la vida), no podrá responder de coautoría de parricidio por no concurrir en él la calidad de descendiente, misma que por ser personal de C, no le es comunicable, y en tal tesitura deberá ser castigado por el

tipo básico de homicidio, dándose así el fenómeno de traslación del tipo.

Respecto a B y D, nadie objeta que sean instigador y cómplice respectivamente, la controversia inicia cuando se pretende establecer si son partícipes de parricidio (delito especial) o de homicidio (tipo básico). Como partidarios de la primera hipótesis encontramos a Reyes Echendia (1), y Fontán Balestra (2). Los tratadistas mencionados afirman que cuando en la comisión del delito especial concurren extraneus, éstos responden por el mismo delito imputable al autor (intraneus), condicionando que aquellos tengan conocimiento de la circunstancia personal que califica al autor idóneo. Como argumentos en favor de esta corriente se exclama: que es acorde con la teoría de la accesoriedad; que lo que la Ley se propone es la no realización del delito, ni por el cualificado a solas, ni por éste en colaboración de los no caulificados; que el resultado de la codelincuencia debe ser un delito único y no varios; que los tipos exigen una característica al autor pero no así a los partícipes; que las únicas circunstancias comunicables entre los hechores del delito lo son las personalísimas como la reincidencia, la habitualidad, etc.; que así no se corre el riesgo de dejar impunes las conductas de los partícipes.

(1) Reyes Echendia A., Tipicidad, Ed. Temis, 5a. edición, Bogotá, 1989, p. 195.

(2) Op. cit., p. 436.

La corriente que considera que los no calificados no responden por el delito imputable al sujeto idóneo (parricidio en el ejemplo dado), descansa en el principio de la incomunicabilidad de las circunstancias personales. Al respecto dice Puig Peña: "las circunstancias personales no se extienden de uno a otro de las codelincuentes, es decir, son marcadamente subjetivas e intransferibles" (1), y Welzel, al comentar el Código Penal Alemán, manifiesta que "si un no funcionario ayuda a un funcionario a cometer una defraudación (funcionaria), el funcionario es punible de acuerdo al artículo 350 y el no funcionario por complicidad en relación al artículo 246" (2). Este mismo criterio siguen Jiménez de Asúa (3), Cuello Calón (4) y Porte Petit (5).

En nuestro concepto esta es la postura correcta; pues además de lo dicho, es claro que las circunstancias personales requeridas en los delitos propios, hacen que en el autor calificado surja un deber especial, exclusivo de él; los no calificados no tienen ese deber especial atribuido al autor, porque es intransferible. Así, en el parricidio el deber especial para el descendiente es no matar a su ascendiente, y este deber no opera para quienes no sean descendientes de la víctima; para éstos rige el

(1) Puig Peña F., Derecho Penal, T. II., Ed. Nauta, Barcelona, 1959, p. 266.

(2) Op. cit., p. 173.

(3) La Ley y el Delito, Ed. Sudamericana, 10a. edición. Bnos. Ars, 1980, p. 506.

(4) Cuello Calón E., Derecho Penal, T. II, Ed. BOSCH, 18a. edición, Barcelona, 1981, p. 665.

(5) Programa, Op. cit., p. 934.

deber general de no privar de la vida a otro (homicidio). Lo mismo en el delito de peculado, el deber especial del servidor publico consiste en no disponer de los bienes que por lealtad el Estado le ha entregado para fines precisos; quien no sea servidor público, no tiene este deber especial frente al Estado; para ellos rige el deber general de no disponer de las cosas de las que se les haya transmitido la tenencia.

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

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

Este es el criterio que consideramos corre por las venas de nuestro Ordenamiento Punitivo. Aun cuando en su artículo 54 establece únicamente la incomunicabilidad de

las calidades y relaciones personales que tienen como objetivo aumentar o disminuir la pena, una integración analógica in bonam partem, nos indica que el mismo sentido debe seguirse en tratándose de calidades y relaciones personales que funden la pena. Así quien ha determinado al abogado para que abandone la causa del procesado (art. 232), no puede ser sancionado de ningún delito, dado que la calidad de "abogado" por disposición del artículo 54 del Código Penal, no es transferible a los sujetos que intervinieron en el delito. Cabe mencionar también, que el artículo 212 del Código Penal, corrobora la tesis que ahora sustentamos, pues determina que "se impondrán las mismas sanciones previstas para el delito de que se trate a cualquier persona que participe en la perpetración de alguno de los delitos previstos en este título o en el subsecuente"; esto es, si se trata de delitos cometidos por servidores públicos y de los cometidos contra la administración de justicia, las calidades de un participo son transferibles a los demás, pero exclusivamente en estos delitos.

A esta última conclusión lleva el Código Penal Italiano, no obstante que reconoce la comunicabilidad de las circunstancias personales. Ciertamente el artículo 117 de dicho Ordenamiento, establece que si en razón de las condiciones o calidades personales del responsable o de las relaciones personales entre éste y el ofendido cambia el título del delito para algunos de los que en él

han intervenido, también los demás responderán del mismo delito. Con ello el legislador italiano, reconoce, por un lado, la comunicabilidad de las circunstancias personales, y por otro, decreta la absolución de los partícipes no calificados cuando estas circunstancias no varían el título del delito, esto es, cuando el tipo especial no proviene de un tipo básico. Ranieri al comentar el precepto citado expresa que el extraño "responde del delito atribuido al intraneus, pero como debe tenerse, para que esto ocurra, un cambio del título del delito por la calidad del intraneus, responderá (el extraneus) por el mismo título sólo cuando la acción que haya cometido constituya de por sí un delito, cuyo título cambie por el concurso del intraneus. Por el contrario, si la acción del extraneus no constituye por sí misma un delito, como no se puede verificar el cambio del título exigido por el artículo 117, el precepto de este artículo no podrá encontrar aplicación, y no habrá concurso del extraneus en el delito atribuido al intraneus" (1).

Por último, debemos decir que si el autor es inidóneo (no calificado), no podrá integrarse el delito especial, pero sí en cambio el tipo fundamental, si aquél se compone a raíz de éste; o bien un tentativa imposible (no punible) si no se da la traslación de tipos; vr. gr., la madre que mata a un infante creyendo privar de la vida a su recién hijo, no comete tentativa de infanticidio, sino homicidio

(1) Ranieri Silvio, Manual de Derecho Penal, T. II, Ed. Temis, Bogota Colombia, 1975, p. 90.

(traslación de un tipo a otro). Pero el sujeto que sin ser servidor público recibe una dádiva, no comete cohecho, sino una tentativa imposible de este ilícito.

2.- Delitos de Propia Mano.

Parece ser, fue Binding quien acuñó el vocablo de delito de propia mano, para identificar aquellos hechos punibles que por su singular naturaleza, sólo son susceptibles de realizarse personalmente por el autor, quedando excluida en consecuencia, la autoría mediata; por ello afirma bien Zaffaroni que se llama delitos de propia mano, a los que sólo puede cometer el autor realizando personalmente la conducta típica (1). En México, Villalobos, pese a que pone en duda la existencia de estos ilícitos, los define como "los que sólo pueden cometerse por el autor en persona y no valiéndose de intermediarios" (2).

No debe confundirse en el sentido de que todo delito perpetrado personalmente, es de propia mano, sino que este título lo adquiere en razón de que por esencia sólo admite la autoría material. La doctrina cita como ejemplos el falso testimonio y los delitos carnales. Sólo admiten la autoría inmediata en razón de que en ellos "el injusto determinante no es la producción de un resultado, controlado por un actuar final, sino la ejecución corporal de un acto reprobable como tal. El acto como tal es

(1) Manual, Op. cit., p. 614.

(2) Op. cit., p. 492.

incorrecto o reprobable desde un punto de vista ético social" (1).

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

De esta guisa resulta pues, que todo delito de propia mano es de sujeto activo común o bien especial, más no todo delito de sujeto indiferente o especial, es de propia mano.

3.- Delitos culposos.

De singular importancia sin duda alguna resulta ser el tema de la participación en los delitos culposos. La doctrina al respecto se ve dividida en dos sectores; unos aseveran la posibilidad de participar en un hecho culposo y otros que niegan tal posibilidad.

(1) Welzel, Op. cit., p. 154.

Eusebio Gómez que es partidario de la primera postura, afirma que "la participación en los delitos culposos no puede ser negada. Si varias personas, procediendo en cualquiera de las hipótesis que definen a la culpa penal, intervienen en un acto al que concurre la voluntad de todas ellas, la circunstancia de que no hayan querido ni previsto el efecto dañoso que tal acto deriva, no borra la realidad del acuerdo para llevarlo a cabo; y esta realidad es la que conduce a sostener la afirmativa en cuestión propuesta" (1). En México, Villalobos, citando a autores como Ferri, Manzini, Maggiore, Stoppato, Ricardo C. Nuñez y al mencionado Eusebio Gómez, simpatiza con la tesis en cuestión al manifestar que "es posible la participación en los delitos culposos, para comprender lo cual basta recordar que no hay delitos de culpa sino delitos por culpa, lo que significa la posibilidad de participar subjetivamente, por culpa, en la comisión objetiva de un delito" (2).

Día a día gana terreno la postura que niega la participación en los hechos culposos, con la cual nosotros simpatizamos. Ciertamente, cuando varios individuos producen un hecho punible imprudente, no es posible encontrar en ellos autores y partícipes, sino que todos son autores materiales. La razón de que no se presenten grados de participación en los hechos culposos, es que los

(1) Op. cit., p. 494.

(2) Op. cit., p. 314.

causantes carecen de intención para producir el resultado, aunado a la circunstancia de que el partícipe (instigador o cómplice) debe representarse de que con su ayuda se comete un delito, y esto sólo se presenta en la comisión dolosa; quienes siguen la teoría del dominio del hecho, agregan que "el tipo culposo se integra con un resultado que no es perseguido por la finalidad, sino causado... no pudiéndose hablar de ningún dominio del hecho, puesto que no se condujo la causalidad finalmente hacia ese resultado, sino que sólo desembocó en él... por eso no puede haber autor ni partícipe sino sólo causante" (1).

Sin embargo, el punto definitivo que determina la imposibilidad de una participación culposa, reside en que el incumplimiento del deber de cuidado es a título personalísimo, esto es, cada concurrente tiene su deber que las circunstancias y condiciones personales le imponen, y en tal virtud, el disvalor de acción es individual, no se transmite de un causante a otro; el incumplimiento de deber de cuidado no es susceptible de división. Por ello, cuando el acompañante del conductor determina a éste a violar una regla de tránsito y a consecuencia de ello se produce un resultado típico, no hablamos de participación en un delito culposo, sino más bien un delito culposo del conductor y un delito culposo del acompañante. Conformes con Jescheck, concluimos que "autor del delito imprudente es todo aquel que, vulnerando

(1) Zaffaroni, Tratado, Op. cit., p. 351.

el cuidado exigible en el tráfico, contribuye a realizar el tipo" (1). Esta misma postura es defendida entre otros por Bacigalupo (2), Porte Petit (3), Welzel (4), Maurach (5), Wessels (6) y Fontán Balestra (7).

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

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

-
- (1) Jescheck Hans, Tratado de Derecho Penal, Part. General, Vol. II, Ed. BOSCH, Barcelona, 1978, p. 900.
 - (2) La Noción de Autor, Op. cit., p. 43.
 - (3) Programa, Op. cit., p. 918.
 - (4) Op. cit., p. 143.
 - (5) Op. cit., p. 308.
 - (6) Op. cit., p. 149.
 - (7) Op. cit., p. 427.

farmacéutico.

En estos casos, afirma bien Ranieri "cada uno de los sujetos responde no del mismo delito, sino de un delito distinto, según que su conducta sea dolosa o culposa" (1).

4.- Delitos de Comisión por Omisión.

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

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

a.- La Ley.

La posición de garante puede derivarse de algún precepto jurídico, el cual puede ser de índole penal o extrapenal. Dentro de este grupo cabe la posición del empleado de comunicaciones, prevista en el artículo 177 en (1) Op. cit., p. 77.

relación con el 176 ambos del Código Penal, en que conscientemente deja de transmitir un mensaje y a causa de ello produce algún daño. O bien, la posición de los padres que deben de proporcionar alimentos a su menor, según lo exige el Código Civil.

b.- El Contrato.

Cuando un sujeto a través de un convenio se obliga a cumplir con un deber de obrar, adquiere por ese hecho la posición de garante. "El contrato como fuente de la posición de garante, dice Zaffaroni, opera, por ejemplo, cuando se trata de un contrato que crea para una de las partes la obligación de garantía en forma muy particular: la enfermera que se obliga a cuidar al enfermo" (1).

c.- La Conducta Precedente del Sujeto Activo.

Cuando un sujeto con su actuar, crea una situación en que puede transgredir bienes jurídicos, está en la posición de garante, y de ahí que tenga la obligación de ejecutar cuanto sea necesario para evitar ese resultado. "La actividad o hacer precedente requiere, dice Pavón Vasconcelos, para fundamentar el deber jurídico de obrar, que pueda lesionar intereses jurídicos mediante la creación de una situación de peligro, pues sólo ante esa posibilidad tiene la obligación, el sujeto, de actuar para eludir la producción del resultado antijurídico" (2).

(1) Manual, Op. cit., p. 487.

(2) Manual, Op. cit., p. 203.

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

Es importante la aclaración que respecto a la posición de garante emite Wessels, en el sentido de que "antes se reconocía que su origen lo constituía la ley, el contrato, (y) una acción precedente... la doctrina más moderna se empeña en clasificar conforme a criterios materiales, reduciendo la situación de garante a dos posiciones fundamentales: deberes especiales de protección respecto de bienes jurídicos determinados y responsabilidad por causas determinantes de peligro." (1).

Bacigalupo, fiel a las teorías alemanas, explica respecto a la primera hipótesis que señala Wessels, que "el deber de acción para la defensa del bien jurídico puede emanar simultáneamente de una ley o de un contrato, y ello podrá serlo en forma expresa o tácita. Pero fundamentalmente lo que determina el deber de evitar el resultado, cuya infracción será adecuado al tipo de un delito de comisión, será el grado de intimidad de la relación del sujeto con el bien jurídico que le impondrá su tarea de defensa frente a cualquier amenaza de lesión." (2). Por lo que hace a la segunda hipótesis (a la que Bacigalupo llama Posición de garante para la vigilancia de una fuente determinada de peligro), señala este autor:

(1) Op. cit., p. 215.

(2) Bacigalupo Enrique, Delitos Impropios de Omisión, Ed. Temis, 2a. edición, Bogotá Col., 1983, p. 144-145.

"la posición de garante tiene aquí por contenido la dirección y el encauzamiento de algo que produce, por su utilización, peligro para bienes jurídicos en la vida social, por cuyo motivo un determinado sujeto o sujetos tienen como función el evitar y prevenir los daño" (1).

Con la nueva clasificación doctrinal relatada, lo único que ha variado es la nomenclatura y grupos de fuentes de la posición de garante, pues de tres las han reducido a dos; y dentro del rubro "defensa de un determinado bien jurídico" caben la ley y el contrato, y lo que antes era la conducta precedente del autor ahora se le llama "Vigilancia de una fuente determinada de peligro"

F.- Autoría Directa a la Luz de la Legislación Mexicana.

Los grados de participación en un hecho criminoso, se regulan en el artículo 13 del Código penal. En la fracción II de dicho precepto se consagra la autoría material, al tener como responsable del delito a quien lo realice por sí. La brevedad del concepto legal mencionado, lejos de acarrear confusiones como se podría pensar, refleja excelente técnica legislativa, lo que da lugar a una mayor seguridad jurídica al momento de aplicarse al caso concreto.

Es indudable que nuestro legislador recoge en el artículo 13 referido, un concepto restrictivo de autor, al

(1) Idem, p. 146.

distinguir plenamente la autoría (fracc. II, III Y IV) de la participación (fracc. I, V, VI, VII y VIII). Por ello el juzgador deberá tener sumo cuidado al encuadrar la responsabilidad de los causantes del delito y motivar debidamente su participación, sea a título de autor o de partícipe, so pena de que sus determinaciones sean violatorias de garantías. En efecto, ya Gimbernat Ordeig, citando a Roxin, ha sostenido: "Con la diferenciación de las formas de participación, el legislador, al igual que con la construcción de los tipos, persigue la meta de limitar, en base a los principios del Estado de Derecho, el poder punitivo: La causación de un resultado típico no debe ser castigado sin más ni más, sino sólo cuando se produzca bajo la forma de la autoría, de la inducción o de la complicidad" (1).

Para determinar la calidad de autor material, consideramos que nuestro Código Punitivo sigue a la Teoría del dominio del hecho, dado que quien ejecuta por sí el delito, tiene en sus manos su comisión, propio de la autoría inmediata. Con la regulación de la autoría mediata queda descartada la Teoría objetiva, pues la calidad de autor no se limita a la ejecución personal del delito, pues éste puede ser perpetrado valiéndose de otro. De igual forma, queda a un lado de nuestra Ley, la teoría subjetiva, pues no sujeta a que el ejecutor material tenga voluntad de autor.

(1) Gimbernat Ordeig E, Autor y Cómplice en Derecho Penal, Universidad de Madrid, Facultad de Derecho, 1966, p 25.

Por último, debemos también reconocer que nuestra Ley Penal prohíbe la participación culposa, pues para ser instigador o cómplice se debe actuar con "intención", según lo establecen las fracciones V y VI del artículo 13. De esta guisa resulta que la actividad de los partícipes en sentido estricto, queda limitada a los delitos dolosos, pues no se puede determinar o ayudar intencionalmente en forma culposa, sería una contraditio in terminis.

Así, con la reforma publicada en el Diario Oficial el 13 de enero de 1984, nuestro Ordenamiento Represivo logró un gran adelanto (por no decir excelente), en materia de autoría y participación. Al comentar la reforma aludida, dice Forte Petit: "con el nuevo artículo se reglamentan correctamente todas las hipótesis que se presentan en la autoría y participación" (1), y Pavón Vasconcelos afirma que "el nuevo artículo 13, al reestructurar las formas o grados de la participación delictiva, partiendo de la idea de autor, da un paso gigantesco con relación al texto del precepto modificado" (2).

G.- La Pena para el Autor Material.

En otro lugar hemos afirmado, que por técnica legislativa, los delitos se describen como consumados y ejecutados por un solo sujeto: el autor material. De tal suerte que la pena establecida en cada norma penal, está

(1) Programa, Op. cit. p., 929.

(2) Las Reformas Penales, Op. cit., p. 53.

de hecho prevista al autor inmediato. Corresponde al juzgador establecer la pena dentro de los límites fijados por la ley, teniendo en cuenta las circunstancias de ejecución y las peculiares del delincuente, según reza el artículo 51 del Código Penal, además de las particularidades a que hace referencia el artículo 52 de este Ordenamiento Punitivo.

Debemos aclarar, que si el sujeto activo material ha planeado el delito, y preparado su ejecución, no se le debe considerar autor y cómplice a la vez, pues lo que se presenta es un concurso aparente de normas, que deberá resolverse a través del principio de consunción, dado que la conducta principal absorbe a la conducta accesoria ejecutada por un mismo sujeto.

II.- COAUTORIA

A.- Denominación.

El concepto de coautor, gira en torno a la postura que se adopte de la autoría, sea objetiva, subjetiva o bien siguiendo a la teoría del dominio del hecho.

Conforme a la primera opinión, coautor será quien conjuntamente con otro u otros realiza la acción típica. Comenta al respecto Pavón Vasconcelos: "Coautor, al igual que el autor es quien realiza la actividad, conjuntamente con otro u otros descrita en la ley" (1).

Desde un punto de vista subjetivo, para ser coautor no es requisito cometer objetivamente el delito, sino actuar con voluntad de coautor, voluntad que se desprende del interés que se tenga la producción del delito o bien en quererlo como propio y no como ajeno.

A nuestro juicio, es la teoría del dominio del hecho la que mejor formula un concepto de coautor. Así, Welzel manifiesta que "coautor es quien en posesión de las cualidades personales de autor es portador de la decisión común respecto del hecho y en virtud de ello toma parte en la ejecución del delito" (2).

Nuestro Código Penal define a la coautoría en la fracción III del artículo 13, al poner de manifiesto que

(1) Manual, Op. cit., p. 508.

(2) Op. cit., p. 154.

son responsables del delito, los que lo realicen conjuntamente.

B.- Características Particulares del Coautor.

Es errada la opinión doctrinaria que pretende establecer a la coautoría como una plural autoría material; con ello en realidad tratan una autoría concomitante. El grado de participación que ahora tratamos, guarda sus características particulares que le alejan de una simple autoría material plural; estos elementos propios son: un acuerdo común, y una ejecución común del hecho.

1.- Acuerdo Común del Hecho.

La naturaleza misma de la coautoría, presupone un acuerdo común entre los sujetos que la integran, y este acuerdo, al decir de Jescheck, "constituye la única justificación de la posibilidad de imputar recíprocamente las contribuciones al hecho" (1).

Resulta indudable que el plan conjunto determina la responsabilidad de los coautores, de ahí que los hechos en exceso por parte de uno de ellos, sean irrelevantes para todos. Normalmente, el acuerdo común se da antes de la comisión del hecho planeado; sin embargo nada impide que ese acuerdo nazca en el momento mismo de la ejecución, esto es, cuando al autor o coautor tras haber realizado parte de la comisión del delito, se le suma la actividad

(1) Op. cit., p. 911.

de un tercero, dando lugar a lo que se ha llamado coautoría sucesiva. Pero cabe decir que bien puedan todos los concurrentes, durante la ejecución del hecho, ampliar el acuerdo común, caso en el cual su responsabilidad de los nuevos hechos cometidos recae en todos; así, cuando el acuerdo común consiste en un robo en casa habitación y los coautores en el momento de la comisión, deciden violar a la víctima. No podemos hablar de ampliación del acuerdo común, cuando los nuevos hechos ejecutados habían sido previstos por los coautores o cuando fueran consecuencia necesaria de los si planeados, pues en el primer caso, estaríamos en presencia de un delito con dolo eventual o bien culposos con previsión; y en el segundo supuesto de un delito con dolo de consecuencia necesaria.

La voluntad al acuerdo común, se pone de manifiesto en forma expresa o tácita; la segunda hipótesis se dará por comprobada desde el momento en que el coautor ejecuta actos que entrañen la realización de ese acuerdo común.

De singular importancia resulta establecer si el acuerdo común debe coincidir en todas sus partes con el hecho cometido. Mezger establece una solución al respecto, al decir que hay coautoría cuando entre el hecho planeado y el realmente cometido no hay diferencia esencial, y por consecuencia, el autor germano, niega la coautoría cuando la diferencia es esencial (1).

Para la existencia del acuerdo común del hecho, no

(1) Libro de Estudio, Op. cit., p. 311.

es requisito que los coautores se conozcan entre sí, pues basta que en el animus de cada uno de ellos, se tenga presente que en conjunto se dirigen a una misma meta.

Por último, debemos señalar que la falta del acuerdo común del hecho, trae como consecuencia lógica, una autoría concomitante o accesoria, pues si varios sujetos sin acuerdo recíproco producen un resultado punible, la conducta de cada uno se deberá apreciar y juzgar en sí misma.

2.- Ejecución Común del Hecho.

No basta para que se actualice la coautoría, el que sus protagonistas acuerden en común la comisión de un hecho criminoso; esta fase del iter criminis queda fuera del horizonte penal. Es imprescindible, por tanto, que los coautores lleven al plano objetivo lo acordado, y lo ejecuten en forma común.

¿En qué consiste ejecutar en común un delito? La doctrina para dar respuesta a esta interrogante, ha propuesto tres teorías, de las que ahora nos ocupamos.

a.- Teoría Objetiva.

Los seguidores de esta postura (hoy en día en desuso), interpretan el término "ejecución" en su sentido más estricto, y lo traducen como "acción típica"; de ahí que los codelincuentes para ser responsables a título de coautores deberán cubrir con su conducta el núcleo típico descrito en la ley, esto es, cada uno ejecutar material---

mente el delito. En otras palabras, habrá coautoría cuando de suprimirse in mente la actividad de alguno de los sujetos, el resultado se produce. Esta corriente es irrefutable en ciertas hipótesis, verbigracia, cuando tres sujetos descargan sus armas de fuego sobre el cuerpo de la víctima, quien perece por ello; o en el clásico ejemplo dado por el jurisconsulto romano Paulo, en que dos sujetos roban una viga cargándola de ambos extremos sobre sus hombros; en tales casos es obvia la coautoría, puesto que los codelincuentes en común actualizan el núcleo típico de privar de la vida o de apoderarse de una cosa ajena, en los ejemplos antes dados.

Sin embargo, la flaqueza de esta corriente dejó entreverse, cuando sujetos que por no haber "ejecutado objetivamente" el delito, eran considerados participes, cuando la lógica más elemental gritaba que se les castigara a título de coautores. Así, quien sujetaba al sujeto pasivo mientras su compañero le imponía la cópula, era considerado cómplice, puesto que con su conducta (sujetar) no copuló, como lo exige el verbo típico del delito de violación, sino que "ayudó" a que otro lo hiciera.

Antes de la reforma de 1984, parecía ser que el Código Penal de 1931, seguía la teoría objetiva, pues según la fracción I del artículo 13, eran responsables del delito los que intervinieran en su "ejecución". Acertado fue el criterio del legislador al sustituir la palabra

"ejecución" por el término "realizar", pues con ello despejó de toda duda que la teoría objetiva no tiene cabida en nuestro sistema.

b.- Teoría Subjetiva.

Otro sector doctrinal, creyó oportuno considerar a la ejecución común del hecho desde un plano subjetivo; se apartaron de la teoría objetiva criticando su severa técnica de interpretar el término "ejecución"; así, determinaron que era irrelevante la contribución objetiva de cada sujeto en la comisión del hecho punible, y que la esencia de la ejecución residía en el que los codelincuentes, tuvieran el ánimo de ser coautores. Quien favorecía en el delito podía ser autor atendiendo lo que su ánimo considerara; es decir, si quería el hecho como propio sería autor y si quería el hecho como ajeno sería cómplice; viceversa, quien realmente ejecutaba el delito bien podía ser cómplice si en su ánimo abrigaba la ajeneidad de éste. Deformando el famoso caso de "la bañera", si en vez de una hermana que priva con sus manos al apenas nacido niño, hubieran sido dos, ambas tomaban el gafete de cómplices, dado que el horrendo homicidio no lo acogieron en su ánimo como propio, sino como ajeno, pues por así decirlo, la titular de éste, era la recién madre.

Para no dejar al arbitrio del sujeto activo su grado de responsabilidad, los seguidores de la teoría de que se habla, aunaron en el sentido de que el hecho delictivo es

propio de un sujeto, cuando tiene interés en su consumación, y le es ajeno si carece de dicho interés. Pese a los esfuerzos doctrinarios, la corriente subjetiva tropezó nuevamente, pues la categoría de responsabilidad de los codelincuentes, seguía determinándose en su ánimo. Si A y B, en común acuerdo, pone cada uno diez gotas de veneno en la sopa de C; A tiene interés en la muerte que planean por la fortuna que va a heredar, B en cambio carece de interés alguno; el hecho sucede y C muere; pese a la coincidencia en las conductas de A y B, el primero se le castigaria a título de autor, y el segundo como cómplice. Por otro lado, fracasa también la nueva cara de la teoría subjetiva en aquellos delitos en que los coautores sacan provecho para otros, como en el cohecho, abuso de confianza, extorsión, etcétera.

La conclusión irremediable a que conduce la teoría subjetiva, es que crea un Derecho Penal de ánimo, pues como acertadamente expone Welzel "¿Puede alguien a través de su mera voluntad hacer el hecho como propio o deshacerse del hecho como ajeno mediante la correspondiente voluntad de cómplice? Esto es imposible, responde el escritor alemán, el hecho debe ser realmente la obra del autor" (1)

c.- Teoría del Dominio Común del Hecho.

Ante el evidente fracaso de las teorías objetivas y

(1) Op. cit., p. 157.

subjetivas, la doctrina contemporánea encuentra refugio en la llamada Teoría del Dominio Común del Hecho o del Dominio Funcional del Hecho.

Acertadamente Soler expresa que "de dos maneras puede un sujeto ser coautor de un delito: por una intervención igual a la de otros sujetos o por división de funciones" (1). La primera hipótesis de que habla el autor argentino, descansa en un plano meramente objetivo y se traduce en que los sujetos son coautores en razón de que además de tener el acuerdo común, de propia mano realizan el hecho; y aunque estos supuestos bien podrían ser resueltos con la corriente objetiva, no menos cierto resulta que quienes ejecutan en común acuerdo y materialmente el delito, portan el dominio común del hecho, pues con acierto dice Jescheck, que éste "concorre siempre que cada uno de los intervinientes realiza, en base al acuerdo común, un elemento del tipo de propia mano y con plena responsabilidad" (2). La segunda hipótesis de que habla Soler, sólo es explicable a la luz de la teoría que ahora tocamos.

En efecto, para ser coautor no es requisito indispensable ejecutar el delito, sino que basta con tener en sus manos la actualización del hecho punible acordado y realizar éste en forma mancomunada de acuerdo a una

(1) Op. cit., p. 252.

(2) Op. cit., p. 943.

división de tareas previamente establecida. De ahí que quien tiene el dominio funcional del hecho, será coautor, aun cuando no esté presente en el lugar de ejecución del delito. Esta forma de coautoría toma como base el que los sujetos son cotitulares de la resolución común y se dividen el trabajo para llevarla a cabo; de tal suerte que con su proceder se obtiene un resultado unitario imputable a todos.

"La explicación para estos casos, expresa Zaffaroni, se da por el llamado dominio funcional del hecho, es decir, cuando el aporte al hecho que cada uno hace es de naturaleza tal que, conforme al plan concreto del hecho, sin ese aporte el hecho no podría haberse realizado, tenemos un supuesto de coautoría y no un supuesto de participación" (1).

De esta guisa resulta que se puede ser coautor, aun con aportar hechos preparatorios y de ayuda, siempre, claro está, que sea parte de la división funcional del trabajo de acuerdo al plan común concebido. Es indudable que esta teoría no se resuelve a base de fórmulas matemáticas invariables, sino que deberá examinarse con sumo cuidado el acuerdo común y el trabajo aportado por cada sujeto para determinar si se está frente a una coautoría, o bien ante una participación en sentido estricto, por ello con justa razón explica Wessels "hay que examinar con especial cuidado si el minus de

(1) Manual, Op. cit., p. 611.

participación en la real ejecución del hecho se equilibra con un correspondiente plus en la planificación conformadora del delito y si respecto a la cuota en el común dominio del hecho, se logra, por lo menos, el valor límite mínimo llamado dominio funcional del hecho" (1). Oportuna resulta también la intervención de Bacigalupo, quien afirma que "el criterio correcto de distinción (entre coautor y cómplice) debe establecer si la división de tareas acordada importa o no subordinación de unos respecto de otro u otros" y más adelante agrega, "es preciso tener en cuenta que no se requiere una necesidad absoluta (la aportación del coautor), sino que es suficiente con que el aporte sea difícilmente reemplazable" (2).

Sólo en base al dominio funcional del hecho, pueden catalogarse como coautores al jefe de la banda que prepara y dirige el asalto bancario sin participar en su ejecución, al que amaga al personal, al que espera en el auto para emprender la huida; pues autor no sólo es quien pone el dinero en la bolsa.

A nuestro juicio, esta es la postura que se desprende de la fracción III del artículo 13 del Código Penal Federal, pues el "realizar conjuntamente el delito" presupone ineludiblemente, no sólo un acuerdo común entre los coautores, sino también una realización conjunta del

(1) Op. cit., p. 149.

(2) Manual, Op. cit., p. 197 y 199.

hecho criminoso; realización que de ninguna manera abarca sólo a quienes lo ejecuten materialmente, pues de ser así la ley por reforma de 1984, hubiera conservado el término "ejecutar", pero al sustituirlo por el de "realizar" amplía el dispositivo aun para aquellos sujetos que sin participar en la ejecución del delito, codominan el hecho en razón de una división de tareas que tiene como base un plan común; por ello asiste razón a Carlos Madrazo cuando opina que "conforme lo describe el Código, el realizar conjuntamente el hecho implica un consentimiento para la realización del hecho y un acuerdo para ejecutarlo" (1).

Nuestro Tribunales al respecto han establecido: PARTICIPACION DELICTUOSA. HOMICIDIO (Legislación de Chiapas).- En el supuesto de que efectivamente el chofer del vehículo no hubiera llegado a disparar contra los ofendidos, se le tendría que considerar como coautor de los homicidios, si se prestó a llevar a los policías y a las víctimas a pesar de que la actitud de los primeros revelaba claramente que iban a dar muerte a los últimos. En consecuencia, la declaración de responsabilidad hecha en su contra encuentra apoyo en el artículo 12 del Código Penal del Estado. (2) HOMICIDIO, COAUTORIA EN LA COMISION 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 de 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 (3). COAUTORIA DELICTIVA.- La coautoría exige que los intervinientes se vinculen reciprocamente mediante un acuerdo en común de realizar el hecho, debiendo asumir cada uno de ellos un cometido parcial necesario para la totalidad del plan, que les haga aparecer como titulares de la responsabilidad por la

(1) Las Reformas Penales, Ed. Porrúa, Méx., 1988, p. 234.

(2) Sexta Epoca, Segunda Parte, Vol. III, p. 144.

(3) Octava Epoca, Tomo I, Segunda Parte -1, p. 325.

ejecución del hecho y el acuerdo, puede ser previo o concomitante y es precisamente este acuerdo, lo que da forma a la cooperación consciente y querida que exige la coautoría para que la responsabilidad gravite sobre todos los intervinientes (1).

A menudo se ve en la tesis establecidas por nuestros Tribunales, que en vez de establecer la responsabilidad de los codelincuentes según el grado de su participación, sea como autor (material, coautor o mediato) o como partícipes (instigación o cómplice), se limitan a englobar a los concurrentes con lemas como "Participación Delictuosa", "Coparticipación", "Responsabilidad Penal", etc.; de ahí que en rigor técnico, no sea prolifera la Jurisprudencia en materia de autoría y participación.

Concluimos este punto con la opinión de Welzel, en el sentido de que "el problema de la coautoría sólo puede ser discernido por una indagación cuidadosa de todo el complot delictivo y del grado de participación objetiva y subjetiva de todos los partícipes, pero no a través de fórmulas a base de lemas" (2).

C.- Problemática de la Coautoría.

1.- Autoría Concomitante.

Hemos ya asentado que la coautoría exige para su existencia, el común acuerdo entre sus protagonistas respecto del hecho delictivo. Con frecuencia sucede que

(1) Octava Epoca, Tomo V, Segunda Parte -1, p. 127.

(2) Op. cit., p. 159.

el resultado típico sea obra del actuar de varios sujetos, y no obstante no ser coautores, debido, precisamente, a la falta de acuerdo común entre ellos. Es entonces cuando hablamos de una autoría concomitante o paralela. La doctrina ha trillado el ejemplo en que dos sujetos sin previo acuerdo entre sí, ponen dosis de veneno en la sopa de un tercero, y éste sufre el resultado letal; aclarando que una sola de las dosis hubiera sido insuficiente para producir la consumación del delito; Porte Petit señala como requisitos de la autoría concomitante: "a) Concurrencia de varias personas; b) Produciendo conjuntamente el delito, y c) Sin acuerdo entre las mismas personas" (1). Problemática relativo al punto que tratamos, es el de considerar si cada sujeto responde de lo que aporta, o si por el contrario del resultado total producido. En el ejemplo antes dado, los dos sujetos responden del homicidio causado o bien de tentativa de homicidio. Creemos acertado el segundo punto de vista, pues se castigará en todo caso la aportación dolosa de cada autor, por ello con acertada razón Porte Petit dice que "dada la naturaleza de la autoría accesoria es lógico que cada sujeto responda de la parte por él realizado de su propia aportación y no del resultado conjunto producido" (2).

También estaremos en presencia de autoría concomitante o accesoria, cuando se aprovecha un plan delictivo doloso de otro para fines propios, dado que hace

(1) Programa, Op. cit., p. 883.

(2) Idem., p. 884.

falta el acuerdo común entre los sujetos de realizar el hecho. Tal es el caso en que A, que quiere matar a B, le hace concurrir a una sala de espectáculos, en donde sabe, que un grupo terrorista hará explotar una bomba. Debemos hacer incapie, en el sentido de que el plan delictivo que se aprovecha ha de ser doloso, pues de lo contrario cabría una autoría mediata.

Respecto a la importancia que reviste la autoría concomitante, es oportuno el juicio de Jescheck en el sentido de que esta figura "sólo tiene sentido como designación global de todas las formas de aparición que constituyen la contrapartida de la coautoría. Dogmáticamente carece de un valor propio, puesto que supone sólo una coincidencia causal de varios supuestos de autoría individual" (1).

2.- Coautoría Sucesiva.

El acuerdo común delictivo de los coautores, normalmente se concibe antes de la realización del hecho; sin embargo, puede acontecer también que una vez iniciada la ejecución del delito se una al autor o coautores, una tercera persona ajena al acuerdo común, presentándose entonces, la llamada coautoría sucesiva. Definitivo resulta que los autores que iniciaron el delito acepten la unión de la tercera persona, y que ésta, por su parte, abrigue el acuerdo adoptado por aquellos, para cometer el delito; ambos acuerdos pueden ser expresos o tácitos.

(1) Op. cit., p. 943.

Un sector doctrinal estima como requisito para la existencia de la coautoría sucesiva, el que la ejecución del delito se haya iniciado en autoría única; lo cual en nuestro concepto no es acertado, pues no vemos obstáculo alguno para aceptar una coautoría sucesiva cuando los ejecutores parciales actúan en coautoría, pues la esencia de esta figura, reside en que el acuerdo común puede ser acogido por otro u otros una vez iniciado el delito, y es independiente el número de autores a los que se unen. Tanto es coautoría sucesiva cuando C se une al trabajo delictivo de A, como cuando se une a A y B que actúan en forma mancomunada.

Por otra parte, debemos determinar si el coautor que participa post initio es responsable por lo ya ejecutado o si por el contrario responde exclusivamente del resultado obtenido a partir de su intervención. Maurach (1) es partidario de la primera hipótesis; sus compatriotas Welzel (2), Jescheck (3) y Mezger (4), al comentar esta cuestión, opinan que en tratándose de las causas de agravación ya consumadas, éstas son imputables al autor que se añade, siempre que tenga conocimiento de su existencia, pues al decir del último de los mencionados, "la responsabilidad se basa en el hecho de que se manifiesta un consentimiento externo o interno posterior para utilizar la situación que ya se había creado" (4).

(1) Op. cit., p. 345.

(2) Op. cit., p. 155.

(3) Op. cit., p. 942.

(4) Libro de Estudio, Op. cit., p. 311.

Este criterio es seguido por la Suprema Corte de Justicia de la Nación en la siguiente Jurisprudencia:

"PARTICIPACION DELICTIVA Y ACUERDO DE LOS SUJETOS.- El presupuesto de la coparticipación delictiva que los diversos sujetos actúan con cooperación consciente y querida, o sea que la culpabilidad abarca la conciencia de la cooperación en la obra conjunta y por consiguiente del acuerdo recíproco; este acuerdo puede surgir antes de dar comienzo a la ejecución del hecho delictuoso o durante la misma ejecución y en esas condiciones la parte que cada autor consciente realizada, constituye la parte de un todo que es el delito, y, por tanto, no responde solamente del resultado de su conducta concreta, sino del delito considerado unitariamente" (1).

Contra esta opinión se levantan las atinadas voces de Bacigalupo y Zaffaroni; el primero de ellos pone de manifiesto que de imputarle los hechos ya ejecutados al autor que se agrega a la obra delictiva, sería como reconocerse el prohibido dolo subsequens (2); y el segundo escritor hace énfasis en que la tipicidad presupone un mínimo de aspecto objetivo que se funda en la causalidad, y que si el sujeto que se añade no ha causado nada, no podrá ser típica su conducta y menos aun dolosa (3).

En efecto, el dolo que todo coautor debe abrigar, es respecto a los hechos que se van a cometer, y a lo sumo de los que se están cometiendo, más nunca puede abarcar lo ya ejecutado; esto es, se debe querer o aceptar el resultado que va a realizarse, pues el conocimiento posterior de lo realizado nunca puede ser dolo. Debemos tener presente además, el principio que rige en materia de autoría y

(1) Tesis 1246, Apéndice 1917-1988, 2a. Parte, p. 2001.

(2) Manual, Op. cit., p. 199.

(3) Tratado, Op. cit., p. 337.

participación que reza: Si bien no todo causante del delito es autor, si todo autor ha de ser causante de éste. De esta guisa, no es imputable a C el robo de diez cajas de vino sustraídas por A y B, si cuando él se incorporó a la ejecución del delito, aquellos ya habían sustraído la mercancía mencionada; tampoco acoge las agravantes ya ejecutadas, por ejemplo la violencia.

Debemos agregar que si las agravantes ejecutadas en la ausencia del coautor que se añade, son permanentes al momento en que se une, resulta indudable que también responde por ellas; como sucede cuando el velador, permanece atado durante todo el robo, pues en tal caso la calificativa de violencia permanece en el tiempo.

La postura que se sostiene no es incompatible con lo establecido en el artículo 54 del Código Penal en el sentido de que las circunstancias objetivas son comunicables entre los partícipes del delito, si tienen conocimiento de ellas; pues una sana interpretación del precepto mencionado nos conlleva a considerar que se dará esa comunicación en tanto su ejecución sea coetánea a la participación del ilícito; más nunca podrá responsabilizarse de ello quien no ha participado en su actualización, pues el dolo no es simple conocimiento, sino también voluntad de realización.

Las circunstancias agravantes aprovechadas por un tercero ajeno a quien o quienes las hayan provocado, no le

son comunicables, pues el dolo no se actualiza con aprovechar, sino más bien con realizar. Si A encuentra a B inconsciente por tremenda golpiza que ha recibido de C, y junto con éste aprovecha para sustraerle su cartera, su conducta será simple y no calificada con violencia.

3.- Coautoría y Complicidad Correspectiva.

Se actualiza una complicidad correspectiva, cuando en la comisión de un delito, sin previo acuerdo, concurren varios individuos, y no consta quien de ellos es el autor. "En este supuesto, se previene el castigo como corresponsables de la comisión del hecho delictivo, a quien interviene en su ejecución, pero no consta o no puede probarse fehacientemente, cual de los participantes produjo el hecho definitivo, que consumó el resultado"(1).

De lo anterior resulta que la diferencia entre una coautoría y una complicidad correspectiva, es que en la primera los sujetos activos tienen un dominio común del hecho, y por ende todos son causantes del resultado, todos son autores, dada la repartición de tareas que entre sí se han encomendado; en cambio en la segunda, los participantes por no compartir un cuerdo común, carecen de un dominio funcional del hecho; de tal suerte que no hay coautores, sino un solo autor, pero no consta quien de todos los concurrentes lo fue.

(1) Carlos Madrazo, Op. cit., p. 242.

No basta entonces una incertidumbre causal de autor para que se hable de complicidad corresponsiva, sino que deberá comprobarse además que los partícipes carecen de un acuerdo común que los haga codominantes del desarrollo del delito. Si hubiere incertidumbre causal de autor, aunado a un acuerdo común, se presenta una coautoría. De esta suerte resulta que, si A, B y C, se han propuesto privar de la vida a X; planean la ejecución y le esperan a altas horas de la noche en el callejón por donde saben pasa éste, y le dan muerte a base de golpes; responden del hecho a título de coautores, pese a que no se sabe quién produjo el resultado, pues los responsables actuaron en base a un dominio funcional del hecho que tiene su antecedente en el común acuerdo previamente concebido.

Distinto es el caso en que de la riña resulta un homicidio, y se ignora quien de los rijosos fue causante del resultado; los que aquí intervienen carecen de un plan concebido antes a la riña y por ende no tienen una ejecución mancomunada. Por ello Pavón Vasconcelos afirma: "Si se interviene en la concertación o ejecución del delito, existe clara participación de todos en la realización del mismo, y la sola circunstancia de la incertidumbre del autor no puede dar base a la atenuación señalada, por más que se invoque la ignorancia de la acción causal adecuada" (1).

(1) Reformas Penales, Op. cit., p. 56.

Quando se actúa en coautoría, es factible que se invoquen circunstancias calificativas, como pudiera ser ventaja, alevosía, traición, etcétera, en tratándose del delito de homicidio; en cambio, en la complicidad correspectiva no soporta una agravación, dado que se trata de un tipo privilegiado y por ende incompatible con el tipo complementado cualificado, esto es, no puede ser tipo privilegiado y cualificado a la vez.

Por reforma de 1984, la complicidad correspectiva se transformó en regla de participación aplicable a todos los delitos y no sólo al homicidio y lesiones, al establecer la fracción VIII del artículo 13 del Código Penal, que son responsables del delito, los que intervengan con otros en su comisión aunque no conste quién de ellos produjo el resultado.

Al respecto la Suprema Corte de Justicia ha dicho:

"RESPONSABILIDAD CORRESPECTIVA.- La responsabilidad penal no puede tener el carácter de correspectiva, si existió acuerdo de voluntades por parte de los acusados para cometer los delitos imputados" (1). "RESPONSABILIDAD CORRESPECTIVA.- Existe responsabilidad correspectiva, cuando por ignorarse concretamente quienes lesionaron; el homicidio resultante es imputable a cada uno de los agresores debiendo sancionarse a todos con la misma penalidad atenuada establecida por la ley" (2). 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

(1) Tesis 1645, Apéndice 1917-1988, 2a. parte, p. 2666.

(2) Tesis 1643, Apéndice 1917-1988, 2a. parte, p. 2664.

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" (1).

4.- Coautoría y Asociación Delictuosa.

Formar parte de una asociación o banda de tres o más personas con el propósito de delinquir, es punible, con arreglo al artículo 164 del Código Penal. La asociación delictuosa "es la unión voluntaria y con carácter de permanencia relativa, para desarrollar los propósitos delictuosos que unen a sus componentes, aunque no exista reunión material de los asociados ni identidad del lugar de residencia, e incluso ni conocimiento recíproco de los que la constituyen" (2).

Esta figura típica, exige una pluralidad de sujetos activos, en número no menor de tres; todos deberán perseguir la misma meta, delinquir, y por ello se trata de un delito plurisubjetivo de tendencia.

Existe una gran distancia entre el delito mismo que se comenta y los hechos punibles que sus integrantes cometan, por ello, explica Jiménez Huerta, "aun en el caso en que la asociación o banda no hubieren todavía cometido alguno (delito), existe el delito como una realidad penal, pues la estructura del mismo se configura en virtud de la simple asociación" (3).

(1) Tesis 1644, Apéndice 1917-1988, 2a. parte, p. 2664

(2) Carranca y Trujillo - Carranca y Rivas Raúl, Código Penal Anotado, Ed. Porrúa, 14 ed., Méx, 1989, p. 402.

(3) Op. cit., tomo V, p. 140.

La naturaleza misma del delito de Asociación Delictuosa, encierra una coautoría, dado que los sujetos asociados tienen un acuerdo común, que se traduce en formar una banda o asociación con el propósito de delinquir, y al agruparse de hecho, ejecutan en común el delito en cuestión, cumpliendo de esta manera con los requisitos de la coautoría. Es un hecho punible que no soporta la autoría material, ni aun la concomitante, debido a la existencia del propósito delictivo que abraza a sus integrantes.

Por otra parte, la existencia de la asociación delictiva, no determina una coautoría en los delitos que sus agremiados llegaren a ejecutar; esto es, el propósito delictivo de los bandoleros, no presupone el grado de participación que cada uno de ellos llegara a ocupar en la ejecución de los delitos que cometan. No le son imputables al asociado los hechos que ejecuten sus compañeros, si él no tuvo ninguna intervención, pues el propósito ilícito indeterminado no es equivalente a un dolo eventual.

El elemento subjetivo del injusto que requiere el delito que tratamos, consistente en el propósito indeterminado de delinquir, no sujeta a que los activos no acuerden la comisión de delitos in concreto, pues de hecho, los ilícitos realizados por la prohibida banda, deben estar sujetos a un acuerdo común de ellos, y habrá grados de participación en su ejecución.

5.- Momento de la Coautoría.

La coautoría puede presentarse en los delitos instantáneos, permanentes y continuados.

a.- Delitos Instantáneos.

Según reza el artículo 7 fracción I, un delito es instantáneo "cuando su consumación se agota en el mismo momento en que se han realizado todos sus elementos constitutivos". El delito es instantáneo porque su consumación es de ésta naturaleza, y no en razón de la instantaneidad del proceso ejecutivo, ya que éste puede, inclusive, prolongarse en el tiempo.

De esta suerte resulta que, en los delitos instantáneos la coautoría se presenta sin obstáculo alguno por ejemplo un homicidio ejecutado en común por dos o más sujetos de acuerdo al plan previamente establecido. Pero como hemos afirmado, la ejecución de un delito instantáneo puede prolongarse en el tiempo, luego entonces puede presentarse también una coautoría sucesiva; valga el caso de quien en odio a su enemigo le está torturando por unos días para privarle de la vida; X enterado del suceso, se une al propósito de aquél consumando entre ambos el resultado letal, prohibido por la norma penal.

b.- Delitos Permanentes.

A diferencia del delito instantáneo, el permanente no se agota tan luego se integran sus elementos

constitutivos, sino que, dada su naturaleza, el bien jurídico tutelado es comprimible y, por ende, su consumación es prolongada, o al decir de Porte Petit, tiene un período consumativo (1).

La coautoría en esta clase de hechos punibles se presenta sin mayor consideración; así verbigracia, la banda X, Y y Z codominando el hecho funcional, secuestran al funcionario B, a fin de obtener una recompensa. Ahora bien, dada la prolongación temporal de la consumación, es dable que se presente una coautoría sucesiva no sólo durante la ejecución del delito, sino también durante el período consumativo; así, en el ejemplo antes dado, puede añadirse a los activos un cuarto sujeto al momento de secuestrar a la víctima; y un quinto cuando se tiene al pasivo privado de su libertad, y así podrá ser posible la intervención de varios sujetos, hasta en tanto se deje de comprimir el bien jurídico protegido.

En los delitos instantáneos puede darse una coautoría sucesiva sólo durante el período ejecutivo, en los permanentes no sólo en esta fase, sino también en la consumativa. Al respecto el Suprema Corte ha establecido:

"DELITO PERMANENTE, PARTICIPACION EN EL.- No le asiste razón a la quejosa cuando argumenta que no participó en el delito de plagio ya que según ella sólo concretó a cuidar al menor secuestrado, habida cuenta que si bien es cierto no colaboró proporcionando datos para que los autores se apoderaran del ofendido, si intervino posteriormente con conocimiento de la ilicitud del hecho, precisamente cuando el delito estaba en período de consumación, ya que debe

(1) Apuntamientos, Op. cit., p. 30B.

apuntarse que por tratarse de un delito permanente (o de consumación prolongada) cada momento de su duración puede estimarse como consumado, - según ha sido caracterizado por la ciencia penal - que cesa cuando deja de vulnerarse el bien jurídico agredido" (1).

c.- Delitos Continuados.

Sin duda alguna la problemática de la coautoría se opaca aun más en tratándose del delito continuado; figura cuyos elementos son, según nuestro Código Penal, unidad de propósito delictivo, pluralidad de conductas y violación al mismo precepto legal. La ley, en efecto, no requiere que los sujetos activos sean los mismos que ejecutan todas las conductas, que abrazadas por un propósito delictivo, van a contrariar un mismo precepto legal; de ahí pues, que relacionando el tema de coautoría con en el delito continuado, encontramos que se presentan tres hipótesis:

a').- Que los mismos coautores participen en las conductas que integran el delito continuado.

No hay impedimento para determinar que dos sujetos o más, ejecuten en forma mancomunada un mismo delito, en diferentes contextos de acción, teniendo como base un mismo propósito delictivo. Esta hipótesis no merece mayores comentarios, dado que es tan posible su realización como si se tratara de una autoría material.

b').- Que algún coautor no participen en todas las conductas que integran el delito continuado.

(1) Apéndice 1917-1988, 2a, Parte, p. 2004.

Puede acontecer que alguno de los coautores realiza sólo alguna o algunas de las conductas que integran el delito continuado, lo que a su vez presenta tres casos diversos: Primero, que el coautor participe en las primeras conductas y no así en las siguientes que ejecutan sus compañeros; en tal caso, el coautor responde sólo de aquellos resultados en los que participó, y hasta el límite en que, aun en tentativa, conserve el dominio del hecho, pues su responsabilidad se corta al momento en que no puede decidir el sí y el cómo de la ejecución del delito. Segundo, cuando el coautor se añade a los coautores cuando éstos ya han ejecutado algunas conductas del delito continuado; en tal caso, el coautor que se une responderá exclusivamente de los actos en que él haya participado en forma mancomunada con el resto de los sujetos activos, y se ve absuelto de lo que ya se había llevado a cabo antes a su llegada, dado que el propósito delictivo se inicia para él en el momento en que se agrega a los codelincuentes; responderá en cambio de las calificativas que haya iniciado sus corresponsables, si éstas aun se encuentran perpetrándose al momento en que se añade al grupo. Tercero, cuando el coautor se une al grupo delictivo siendo que éste ya ha ejecutado algunas conductas, y se desliga de él antes de concluir el propósito delictivo planeado; este supuesto no es más que la combinación de los casos antes expuestos, de ahí que concluyamos que el coautor que se une se ve exculpado de los hechos cometidos antes a su asociación y de los

cometidos con posterioridad a su salida.

c).- Que cada coautor realice una sola conducta de las que integran el delito continuado.

Puede acontecer también, que los coautores en el plan común que conciben, se repartan el trabajo de tal manera que cada uno de ellos ejecuta una sola conducta, pero que en conjunto forman la pluralidad de acciones exigidas por la descripción legal; lo anterior, podrá presentarse, sólo en el caso de que los coautores tengan un dominio funcional del hecho como resultado de una repartición de tareas. Tal sería el caso de que A, B, C, y D, ansiosos de festejar el fin de año, deciden robar una caja de vino de la tienda en que son empleados; saben que si sustraen la caja en un sólo acto, corren altos riesgos de ser descubiertos, en consecuencia, se reparten el trabajo de tal manera que A roba tres botellas el lunes, B hace lo mismo el martes, y de igual manera C y D el miércoles y el jueves respectivamente. De esta manera, los codelincuentes con pluralidad de conductas y unidad de propósito delictivo, violaron el mismo precepto legal, y es coautoría dado el común acuerdo entre ellos, y cada uno tenía en sus manos las riendas del acontecer delictivo. No es posible hablar de un encubrimiento de los restantes sujetos mientras uno de ellos ejecuta el robo que le corresponde, pues quien es coportador del acuerdo común, unido a la división de trabajo planeado, se eleva a

la categoría de autor del delito y no mero conocedor de que éste se ejecuta, pues como acertadamente dice Jescheck "quien asume la planificación y la organización del hecho, configura su desarrollo y participa, así, en el dominio del hecho" (1).

6.- Coautoría de quien Actúa con una Excluyente de Responsabilidad Penal a su Favor.

Las llamadas legalmente circunstancias excluyentes de responsabilidad, no son sino hipótesis de aspecto negativo de algún elemento del delito; por ello, si alguno de los coautores actúa al amparo de alguna de ellas, se verá exculpado de toda responsabilidad. Los supuestos que se presentan son tantos, cuantas sean las excluyentes de responsabilidad.

a.- No es coautor quien ejecuta un delito, si su actuar carece de voluntad. En tal hipótesis se dará una autoría material, pues el sujeto del que se vale un tercero no es sino un instrumento ciego como lo puede ser un puñal o el arma de fuego.

b.- No es coautor quien actúa atípicamente. Así quien no es funcionario público, no puede ser coautor de peculado por no contar con la calidad requerida por el tipo legal.

c.- No es coautor quien actúa a la luz de una causa

(1) Op. cit., p. 944.

de justificación. Si la antijuridicidad es el reproche habido entre la conducta típica y el ordenamiento jurídico, es justo reconocer que quien amolda su conducta a un precepto permisivo, está exento de responsabilidad. Debemos, sin embargo, detenernos a comentar el problema planteado por la doctrina en el sentido de que los sujetos A y B enemigos de C, planean asesinarle aparentando hacerlo en legítima defensa; A se encarga de prevenir a la víctima que B le pretende asesinar y le aconseja que lo agrede en un lugar y tiempo determinado; el momento planeado sucede, C y B se encuentran, el primero trata de golpear al segundo y éste le da muerte aparentando haber repelido un peligro real y actual. En tal caso, es indudable que no se está frente a una legítima defensa, sino ante una coautoría de homicidio, pues si bien objetivamente B repele un peligro, lo cierto es que su ánimo no es defendendi, como se exige en la defensa legítima, sino por el contrario, es operandi, dado el plan concebido con A; no se puede acordar cometer un delito y a la vez estar autorizado legalmente para su ejecución.

d.- No es coautor quien actúa bajo una causa de inimputabilidad. Si entre los sujetos que obran, alguno padece trastorno mental o desarrollo intelectual retardado que le impida comprender el carácter ilícito del hecho, o conducirse de acuerdo con esa comprensión, es innegable que no tiene el carácter de coautor, a menos que voluntariamente haya provocado ese estado para poder

delinquir. Si los demás coautores se valen del inimputable para la comisión del delito, se estaría frente a una autoría mediata.

e.- No es coautor quien comete el delito por un error esencial invencible. Si entre los supuestos ejecutores alguno actúa bajo un error esencial invencible, sea de tipo o de prohibición, no tendrá la categoría de coautor. La coautoría es propia de delito dolosos, pues para actuar mancomunadamente es requisito sine qua non un acuerdo común del hecho delictuoso y una ejecución común de éste; de ahí que resulte imposible que alguien acuerde con otros la realización de un delito, y que a la vez actúe bajo un error esencial invencible. Coautoría y error esencial son incompatibles por naturaleza.

7.- Coautoría en Tentativa.

Para que se presente la tentativa punible, no basta con el simple acuerdo común llevado a cabo entre los coautores, ni aun cuando se han repartido las funciones de ejecución, puesto que tales hechos constituyen a lo sumo, actos preparatorios; es necesario que exterioricen esa resolución, ejecutando los actos propios o adecuados tendientes a la producción del resultado y éste no sobrevenga por causas ajenas a la voluntad del grupo de sujetos activos.

En tratándose de coautoría en tentativa, debemos distinguir dos situaciones: La primera de ellas se

presenta cuando concomitantemente los coautores exteriorizan la resolución de cometer el delito ejecutando la conducta que va a producirlo y sin embargo no se consuma por causas ajenas a su voluntad. Los elementos de esta primera hipótesis son: a) Que los sujetos tengan un común acuerdo de cometer el delito; b) Que codominando el hecho realicen los actos de ejecución en forma mancomunada y, c) La no consumación del delito planeado por causas ajenas a su voluntad.

La segunda forma de coautoría en tentativa se presenta cuando, en base a la repartición de tareas acordada por los delincuentes, sólo uno de los coautores o varios, ejecutan su parte correspondiente, y se rompe el proceso ejecutivo por causas ajenas a su voluntad, antes de que todos llegaren a cumplir su parte prometida. Valga el ejemplo en que la banda A, B, C y D, acuerdan cometer un secuestro, los dos primeros se encargarían de privar de la libertad al sujeto pasivo, C de presionar a los familiares y solicitar el rescate, y D a su vez de recogerlo; sus planes se ven frustrados al ser detenidos A y B, cuando pretendían aprehender a la víctima. La responsabilidad por tentativa punible abarca no sólo a los sujetos que ejecutan su parte del plan, sino también a aquellos que permanecieron inertes esperando entrar en funciones, pues todos son corresponsables dada la forma mancomunada en que trabajan, pues la ejecución, al grado que haya llegado, es resultado del plan conjunto adoptado.

Al respecto afirma Jescheck "Como consecuencia de la imputación directa a todos los intervinientes, concurre coautoría en la tentativa en cuanto uno de los coautores se pone a realizar el tipo en el marco del común acuerdo" (1).

8.- Tentativa de Coautoría.

Es distinto a la coautoría en tentativa, la tentativa de ser coautor.

Se presenta la segunda hipótesis, cuando un autor ha han resuelto cometer un delito y un tercero se quiere unir a él, fracasando en su intento por causas ajenas a su voluntad. La tentativa de coautoría puede darse, inclusive, en el momento mismo de la ejecución del delito; lo que daría lugar a una tentativa de coautoría sucesiva.

Es impune el intento de ser coautor, pues ello de ninguna manera constituye la conducta que debería producir el resultado previsto por la ley; a lo sumo el frustrado coautor actualizaría el delito de encubrimiento, dado su conocimiento de que va a cometerse o se está cometiendo un delito.

9.- Desistimiento y Arrepentimiento del Coautor.

El común acuerdo celebrado por los coautores para cometer un delito, puede verse modificado en la fase

(1) Op. cit., p. 945.

ejecutiva de éste, al grado tal que todos desistan en su prosecución. Si esta resolución es adoptada por los coautores por razones externas a su voluntad, no se suprime la tentativa (inacabada en este caso); en cambio, no es punible el desistimiento cuando es espontáneo, conforme al artículo 12, tercer párrafo del Código Penal.

Puede darse el caso también, que una vez que todos los coautores han cumplido con su parte ejecutiva, se arrepientan y eviten la consumación del delito; al igual que en el desistimiento, si el arrepentimiento fuera abrigado por los coautores por causas ajenas a su voluntad, se actualiza una tentativa (acabada en este caso), y sólo en el caso de que el arrepentimiento sea espontáneo, quedarán exentos de pena conforme al precepto legal antes mencionado.

Otra variante del tema que tratamos, se presenta cuando no todos los coautores se desistan o arrepienten espontáneamente. Los que lo hacen estarán exentos de pena en tanto que eviten la consumación del resultado; no basta con alejarse de la ejecución y dejar a expensas de los demás la culminación o no del proyecto criminal. Al comentar la legislación penal alemana, Maurach expone: "El privilegio del parágrafo 46 requiere no ya la anulación de la anterior aportación (renuncia al propio dominio del acto), sino la evitación del resultado perseguido por la división del trabajo: o bien deben desistir todos los coautores o bien debe el desistimiento de un coautor

impedir definitivamente la comisión del hecho" (1). Para los coautores que no desisten, se conforma una tentativa inacabada, y para quienes no se arrepienten una tentativa acabada; dado que aportan su correspondiente actividad conforme al acuerdo común, y el delito no se produce por causas ajenas a su voluntad, causas que se traducen en el desistimiento de sus compañeros que rompen con el proceso ejecutivo del delito o en el arrepentimiento que evita la consumación del mismo. Ambas figuras que eximen la pena, son a título personal y sólo favorecen en quien concurren. Oportuno es el juicio que al respecto emite Antolisei: "Como el concurso delictuoso da origen a un conjunto de actividades que son atribuibles a todos y cada uno de los coparticipes, es natural que el arrepentimiento de uno de ellos no tenga eficacia alguna, si no lleva a paralizar la actividad ejecutiva o la no producción del resultado" (2).

10.- Exceso del hecho Planeado.

"Se habla de un exceso cuando alguno o algunos de los coautores hacen más que lo que corresponde a lo acordado" (3).

En materia de autoría, rige el principio de que cada autor deberá responder según el grado de su propia culpabilidad, y ésta queda limitada al acuerdo común que

(1) Op. cit., p. 346.

(2) Antolisei Francisco, Manual de Derecho Penal, Ed. Temis, 8a. edición, Bogotá, 1988, p. 409.

(3) Mezger, Tratado, p. 307.

han establecido, de lo que se deduce que el exceso de un coautor, ejecutado de mutuo propio, es irrelevante para el resto de los delincuentes. Esto es, la responsabilidad de cada autor se limita conforme al plan conjunto adoptado, y por ende, no responderá como coautor de lo que efectuen los demás extralimitándose del plan concebido. Cabe señalar también, que si los coautores al momento de desarrollar el acuerdo común, prevén un posible exceso de alguno de ellos, se culmina un dolo eventual o una culpa consciente.

El artículo 14 del Código Penal, establece como regla general, la responsabilidad de todos los coautores por el exceso en que incurra alguno de ellos; salvo el caso en que el nuevo delito no sirva de medio adecuado para cometer el principal (fracc. I); que no sea una consecuencia necesaria (fracc. II); que no hayan sabido antes que se iba a cometer el nuevo delito (fracc. III); y que no hayan estado presentes en la ejecución del nuevo delito; o que habiendo estado, hayan hecho cuanto estaba de su parte para evitarlo (fracc. IV).

Carranca y Trujillo comenta el citado precepto en los términos siguientes: "La concurrencia de todas y cada una de las condiciones a que se refieren los incisos I a IV es indispensable para que el nuevo delito no sea imputado a los varios delincuentes sino sólo al que lo ejecutó; no se trata de condiciones alternativas sino conjuntivas; concurriendo todas ellas los varios

delincuentes sólo responderán del delito determinado en cuya ejecución participaron y no responderán del delito emergente" (1).

El precepto que se comenta, contiene tres principios que pugnan con las reglas elementales de la autoría y participación. Primero: establece una regla general de responsabilidad, cuando sabido es que cada participe será responsable atendiendo al grado de su culpabilidad. Segundo: los requisitos que enumera en las dos primeras fracciones, son innecesarios, dado que si el nuevo delito es el medio para cometer el principal, es indudable que quedará absorbido por éste; o bien, si es una consecuencia necesaria, estará cubierto por un dolo de esta misma naturaleza. Tercero: Las fracciones III y IV, enuncian claros ejemplos del delito de encubrimiento, más nunca de participación en el delito llamado emergente; puede en efecto suceder, que se presente el lado contrario a lo que establecen ambas fracciones, esto es, que los delincuentes sí tengan conocimiento de que se va a cometer el nuevo delito, y más aun, que no hagan nada al momento en que se ejecuta; en tales casos si los codelincuentes no participan en la ejecución del nuevo delito, no puede fincárseles responsabilidad alguna, puesto que violaría el principio que rige la teoría de la participación, en el sentido de que sólo son partícipes de un delito, quienes hayan aportado una causa para su comisión. Se ha querido

(1) Código Penal Anotado, Op. cit., p. 69.

salvar este precepto, alegando que los coautores que no hacen nada por evitar el exceso, contribuyen "moralmente" a la comisión del delito. Por nuestra parte, creemos que una fuerza moral no es suficiente para alcanzar el rango de coautor; por ello consideramos que el texto del artículo 14 debería ser suprimido y bien podría haber la regla que establece que cada participante será responsable en base a su culpabilidad.

11.- Coautoría en Delitos Especiales.

En tratándose de delitos especiales, la coautoría sigue la misma regla que plantea la autoría material: Autor sólo puede ser, quien reúna las calidades exigidas por el tipo; de lo que resulta que sólo quien pueda ser autor inmediato, podrá ser coautor. Un parricidio en coautoría, sólo puede ser obra de dos descendientes. Dice Jescheck: "Como la coautoría representa una forma de autoría, sólo puede ser coautor quien pueda ser un autor idóneo en relación a las demás contribuciones al hecho(1).

Si en los coautores se presenta la calidad típica exigida, se habla de idoneidad en el sujeto activo, dado que sólo ellos son susceptibles de cometer el hecho exclusivo. Si dos sujetos o más sin poseer la calidad típica exigida, pretende cometer el hecho punible propio, estaremos frente a una tentativa imposible respecto de ese delito, dada su idoneidad como sujetos activos; sin

(1) Op. cit., p. 741.

embargo, no debe descartarse la posibilidad de que su proceder sea aprehendido por otro tipo legal.

Mezger plantea la cuestión de que en los delitos especiales impropios no pueden cometerse por no cualificados como autores, pero sí como coautores, argumentando que la ley, en esta clase de ilícitos, lo que pretende es impedir el resultado y que la pena se dirige también a esa persona extraña (1). En nuestro concepto, es errada esta opinión, puesto que la ley, sean delitos propios o impropios, lo que pretende es evitar el resultado (sea material o típico). En los delitos propios, en efecto, antepone la calidad al resultado, y a la inversa en los impropios, pero ello de ninguna manera determina que haya una comunicación de calidades personales entre los codelincuentes.

12.- Coautoría en los Delitos de Propia Mano.

En los delitos de propia mano, "el injusto determinante no es la producción de un resultado, controlada por un actuar final, sino la ejecución corporal de un acto reprobable como tal. El acto como tal es incorrecto o reprobable desde un punto de vista ético-Social" (2), de ahí que se requiera que la acción sea ejecutada por parte del sujeto en forma inmediata. La naturaleza de estos delitos, liga al sujeto activo con la acción, lo que irremediabilmente precisa que ésta debe ser

(1) Libro de Estudio, Op. cit., p. 313.

(2) Welzel, Op. cit., p. 154.

realizada en forma total por aquél.

La coautoría, como se ha asentado, se distingue por que los sujetos se dividen la ejecución del delito en forma mancomunada; dedúcese pues, que la coautoría y los delitos de propia mano son incompatibles, pues no puede exigirse que el autor realice la conducta en su totalidad y personalmente, y a la vez que se divida la ejecución en forma mancomunada con otro. No pueden dos personas en coautoría cometer el delito de falso testimonio; ni aun in mente se concibe la división de trabajo de dos o más sujetos para que uno solo en forma corporal altere la verdad. "La coautoría, dice Mezger, aparece excluida en los delitos de propia mano, pues este delito, precisamente a causa de su exigencia de una realización personal del tipo conjunto excluye la realización en común" (1).

13.- Coautoría en Delitos Culposos.

La existencia de la coautoría descansa en la base de que los sujetos activos deberán tener un común acuerdo, y éste envuelve como fin, la ejecución de un hecho delictuoso. Ahora bien, como peculiaridad de los delitos culposos, se dice que el autor no quiere el resultado prohibido por la ley, sea que lo haya previsto o que no lo haya hecho. Lo anterior nos lleva a una sola respuesta: No es posible una coautoría en delitos culposos, pues no es concebible que dos sujetos o más acuerden cometer un

(1) Tratado, Op. cit., p. 305.

hecho típico, y a la vez no quieran ese resultado. La naturaleza de la coautoría repele con la del delito culposo.

Dice Jescheck sobre el particular: "No cabe coautoría en los delitos imprudentes, puesto que en ellos falta el común acuerdo. Cuando varios cooperan de forma imprudente, cada uno de ellos es autor accesorio y las distintas aportaciones deben valorarse separadamente en cuanto a su contenido de imprudencia" (1).

El disvalor de la acción en los delitos culposos, que se traduce en la infracción del deber de cuidado en el mundo de relación, sólo puede ser imputado a título personal, no puede ser cortado para ser compartido con otro sujeto; por ello nuestra legislación exige que el deber de cuidado que el sujeto incumple debió observarlo en razón de las circunstancias y condiciones "personales" de él, y éstas no pueden compartirse.

Si los leñadores A y B, al cortar el árbol, destrozan la casa que estaba junto, no cometen daños en coautoría, sino en autoría material concomitante, pues por una parte falta el acuerdo común para cometer daños, y por otra, cada uno incumple su deber de cuidado que las circunstancias y condiciones personales le imponen; como el disvalor de acción es a título personal, no puede afirmarse que se incumplió un solo deber de cuidado compartido por A y B.

(1) Op. cit., p. 940.

D.- La Pena para el Coautor.

La pena prevista en cada tipo penal, está destinado en principio al autor material (de ahí el anónimo "el que..."), lo que significa que la Ley Penal pretende imponer la pena al causante directo del resultado punible; luego entonces no existe fundamento alguno para sancionar con diversa pena si en vez de un autor han sido varios los que han perpetrado el hecho.

Lo anterior no liga a que el juzgador debe imponer la misma pena a todos los coautores, pues ésta puede variar atendiendo a las circunstancias exteriores de ejecución y las peculiares del delincuente, además de las particularidades que establece el artículo 52 del Código Penal, o de la reincidencia, por ejemplo.

Por último, debemos acordar con Maurach en el sentido de que "si la acción de un coautor cumple además, desde el punto de vista técnico del tipo, las características de la instigación o de la complicidad, la respectiva forma de participación resultará absorbida conforme al principio de la exclusiva alternatividad, por la coautoría.

(1) Op. cit., p. 348.

III.- AUTORIA MEDIATA.

A.- Denominación.

Infinidad de conceptos se han elaborado en torno a la figura del autor mediato; autores que inclusive niegan su existencia, se ven obligados a describirla.

Para delimitar el concepto de autoría mediata, se siguen dos posturas: la de aquellos que enumeran los casos en que esta forma de autoría se presenta, y los que adoptan una forma amplia que encierre todos los casos posibles.

Como partidarios de la primera tesis se encuentran, entre otros, Fontán Balestra, quien afirma que "son autores mediatos quienes se valen de un inimputable o un inculpable para cometer el delito" (1); Soler por su parte considera autor mediato al "que ejecuta la acción por medio de otro sujeto que no es culpable, o no es imputable" (2); "Se denomina autor mediato, afirma Pavón Vasconcelos, al que para realizar el delito se vale como ejecutor material de una persona exenta de responsabilidad, bien por ausencia de conducta, por error o por ser inimputable" (3), y Zaffaroni sobre esta especie de autoría, expresa que "es la que realiza quien se vale de otro que no comete injusto, sea porque actúa sin dolo, atípicamente o justificadamente" (4).

(1) Op. cit., p. 423.

(2) Op. cit., p. 245.

(3) Manual, Op. cit., p. 507-508.

(4) Manual, Op. cit., p. 608.

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

Siguen este criterio, entre otros, Reyes Echendía (1), Bacigalupo (2), Jescheck (3), Wessels (4) Welzel (5) y Porte Petit. El último de los nombrados pone de manifiesto que con un texto así, se evita limitación alguna en cuanto a los sujetos que pueden ser instrumentos del autor mediato para realizar el ilícito penal (6), opinión que nos parece acertada, dado que enumerar en una definición los casos de autoría mediata, está contra toda técnica jurídica, por caer en un casuismo absurdo, y, por otra parte, puede llevar a confusiones. Las formas de autoría mediata, es un tema que debe tratarse fuera de su concepto. Una fórmula general, sin embargo, puede pecar de amplitud, puesto que en el texto "que se sirve de otro como instrumento el que no es responsable", puede bien encuadrar una autoría material cuando se vale de otro que actúa sin voluntad.

Nuestro Código Penal, por reforma de 1984, adoptó una fórmula amplia en la concepción de la autoría mediata,

-
- (1) Op. cit., p. 173.
 - (2) Manual, Op. cit., p. 189.
 - (3) Op. cit., p. 919.
 - (4) Op. cit., p. 150
 - (5) Op. cit., p. 146
 - (6) Programa, Op. cit., p. 887.

pues considera responsable del delito, a quien lo ejecute sirviéndose de otro (art. 13, fracc. IV), criterio que es del todo satisfactorio, pues toca ya al juzgador determinar, conforme a la teoría, cuáles son los casos en que se presenta esta forma de autoría.

B.- Origen de la Autoría Mediata.

"La autoría mediata, dice Jiménez Huerta, es una creación de la moderna ciencia penal alemana" (1). El nacimiento de esta figura, según lo sintetiza Bacigalupo, "se ha ido desprendiendo de la figura del Mandat desarrollada a fines de la Edad Media por la ciencia italiana del derecho penal. Pero un concepto de autoría mediata, agrega el escritor argentino, no aparece hasta Stübel (1828) en reemplazo del concepto causante intelectual. La fundamentación moderna, concluye este autor, comienza con los hegelianos Luden, Köstlin, Berner, Hälschner" (2).

El motivo que determinó el nacimiento de lo que ahora conocemos como autoría mediata, lo fue la creación de la extrema accesoriadad. Pues en efecto, con esta teoría, los que hoy en día son casos de autoría mediata, eran considerados hipótesis de instigación, de lo que resultaba que al hacerse efectiva la accesoriadad extrema, en hechos cometidos por terceros carentes de dolo, los instigadores resultaban, contra toda lógica, impunes, dado

(1) Op. cit., T. I., p. 95.

(2) Manual, Op. cit., p. 190 y 191.

que contribuían en un hecho típico y antijurídico, más no culpable. Como solución se introdujo precisamente la autoría mediata, dando el carácter de autor, al que actuaba atrás del que materialmente ejecutaba el hecho.

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

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

Enrique Gimbernat, quien es ferviente opositor de la teoría de dominio del hecho, ha puesto en tela de juicio una crítica de legalidad en el plano constitucional respecto del autor mediato. Argumenta que los tipos penales son concebidos en vista del autor inmediato, y que, por ende, la figura del autor mediato escapa a ellos y que en el fondo acarrearán un descalabro en el orden

constitucional (1). A tal crítica podemos contestar: Primero, que si la ley dice "El que", esto es por mera técnica legislativa; y segundo, la frase "El que" debe interpretarse teleológicamente, en el sentido de que la ley se dirige a quien teniendo en sus manos la consumación o no del delito, opta por hacerlo, sea que lo haga personalmente, o valiéndose de un instrumento; por ello Roxin, al responder a la crítica de Gimbernat, dice que "la autoría mediata tiene bajo el aspecto valorativo, que es aquí legalmente decisivo, la misma estructura óntica que la autoría inmediata, el dominio de la ejecución del hecho" (2).

C.- Elementos de la Autoría Mediata.

Siendo el autor mediato una especie del género autor, deberá ser poseedor de los elementos que distinguen a éste del mero partícipe. Lo anterior se traduce en que deberá ser quien domine el hecho y como caracteres específicos deberá contar con los elementos subjetivos del injusto y con las calidades que se exijan al sujeto activo del delito; estos dos últimos elementos, sólo para el caso en que así lo requiera el tipo legal.

El autor mediato ha de contar con el dominio del hecho, esto es, dirigir la totalidad del suceso hacia un

(1) Autor y Cómplice, Op. cit., p. 249 y 250.

(2) En Problemas Actuales de las Ciencias Penales y la Filosofía del Derecho (en Homenaje a Luis Jiménez de Asúa), Ed. Pannedille, Bnos. Ars., Arg., 1970, p. 64.

fin determinado, utilizando como instrumento a un tercero. El autor mediato, aunque sin ser ejecutor del delito, es señor de su realización, pues tiene en sus manos el decurso del suceso típico abarcado por el dolo.

Dice Wessels que el "dominio del hecho se presenta en la autoría mediata como dominio de la voluntad del mandante" y más adelante agrega: "son características de la autoría mediata la posición subordinada del intermediario por razones de hecho y jurídicas, y el rol dominante del mandante, que comprende correctamente la situación de hecho y tiene en sus manos el suceso total en virtud de su voluntad dirigida completamente a la realización del plan" (1).

La teoría objetiva, al reducir la autoría a una ejecución material personal, sufre un descalabro al tratar de explicar la autoría mediata. Sólo a la luz de la teoría del dominio del hecho, puede concebirse a la autoría mediata, en la que el autor, sin ejecutar materialmente el hecho, tiene en sus manos el desarrollo de este. Por ello, creemos que nuestro legislador al comprender en la fracción IV del artículo 13 del Código Penal, a la autoría mediata, sigue una postura del dominio del hecho, y, desterró, a partir de 1984, a la teoría objetiva.

Es importante señalar que si el tipo exige algún elemento subjetivo del injusto o una calidad en el sujeto

(1) Op. cit., p. 154 y 159.

activo, estas deberán actualizarse en el autor mediato y no en el ejecutor.

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

D.- Casos de Autoría Mediata.

1.- Valiéndose de quien actúa sin dolo. Esta primera hipótesis se presenta cuando el autor mediato para llevar a cabo sus fines delictuosos se vale de quien se encuentra en un error, y por ello domina el curso del suceso. En estos casos, dice Bacigalupo, "el dominio del hecho proviene del conocimiento del autor mediato y del desconocimiento del instrumento"(1). La responsabilidad del autor mediato es independiente de si el instrumento humano actúa con o sin el cuidado debido.

El autor mediato puede provocar el error o bien aprovecharlo si ya está latente en el sujeto ejecutor. El error puede ser de tipo o bien de licitud. Es autor mediato el cocinero que da al mesero una sopa envenenada para que la de a su enemigo. Es autor mediato de homicidio quien le da al verdugo una orden falsa de ejecutar al sentenciado. Para el ejecutor habrá una inculpabilidad a

(1) Bacigalupo Enrique, Lineamientos de la Teoría del Delito, Ed. Hamurabi, Bnos. Ars., Arg., 1989, p. 98.

su favor si el error es invencible, de acuerdo a la postura causalista, o, siguiendo a la teoría finalista de la acción, una atipicidad tratándose del error de tipo, o una inculpabilidad si el error es de licitud.

Welzel y Zaffaroni, consideran que el error de prohibición no constituye una autoría mediata, argumentando el primero, que si bien es cierto que este "error facilita la decisión a ejecutar el hecho, esto no hace a la persona que determinó el error señor sobre el acontecimiento fáctico" (1), y el segundo alega que en "los casos en que lo único que hay es una mera ausencia de reprochabilidad del injusto, no dan al determinar el dominio del hecho, porque el único que lo configura centralmente es el autor del injusto. El determinante cuenta ahí sólo con una probabilidad de que el interpuesto cometa el injusto" (2).

2.- Valiéndose de quien obra coaccionado.

Cuando un sujeto coacciona a otro para que cometa el delito, en grado tal que el coaccionado pierde el dominio de lo que hace, reduciéndose su libertad hasta el punto que pierde la decisión de lo que ocurrirá, no hay duda de que estamos frente a una autoría mediata. Los reparos doctrinales se suscitan en el supuesto en que, la intensidad de coacción no elimina la libertad del

(1) Op. cit., p. 148.

(2) Manual, Op. cit., p. 610.

ejecutor, y por ende, éste comete el delito dolosamente.

Quienes niegan la autoría mediata en estos casos, dan el carácter de instigador al sujeto que coacciona; aduciendo que el ejecutor material "tiene el dominio de la acción para cuya ejecución se le coacciona y consecuentemente tiene la posibilidad de obrar de otra manera" (1).

Por nuestra parte creemos que es acertada la postura contraria, puesto que si bien el coaccionado comete el delito a título de dolo, lo cierto es que el dominio del hecho no lo tiene él, sino el que coacciona, puesto que es quien decide el sí y el cómo de la realización del hecho. Obrar dolosamente no significa tener el dominio del hecho; el cómplice obra también con dolo y no tiene el dominio del suceso. Al coaccionado le favorece una causa de inculpabilidad por no exigibilidad de otra conducta.

3.- Valiéndose de un inimputable.

En cuanto a esta hipótesis encontramos tres opiniones; la de quienes rechazan que se trate de autoría mediata, la de quienes la admiten y la de quienes la aceptan en forma limitada. Zaffaroni es partidario de la primera postura al afirmar que, valerse de un inimputable no constituye autoría mediata "por entender que la falta de reprochabilidad de la conducta del interpuesto no da el dominio del hecho al determinador, y agrega, que éste no

(1) BaCigalupo, Manual, Op. cit., p. 192.

tiene el dominio del hecho porque no puede controlar preponderantemente el curso de los acontecimientos" (1).

La segunda posición no pone obstáculo alguno y como regla general de la autoría mediata establece a quien se vale de un inimputable para cometer el delito. En este sentido Soler (2), Cuello Calón (3), Pavón Vasconcelos (4) y Wessels (5).

La tercera postura establece que el valerse de un inimputable, constituye autoría mediata, pero condicionada a que el dominio del hecho efectivamente lo tenga el sujeto que actúa atrás, dado que si el inimputable, no obstante su estado de inculpabilidad, es sujeto de tener una decisión propia y por ello ser acreedor del dominio del hecho, el supuesto autor mediato se convertiría en instigador, lo cual es factible atendiendo a una accesoriidad limitada. "Como siempre, afirma Jescheck, lo decisivo es aquí el dominio del hecho por parte del hombre de atrás" (6); en este mismo sentido Welzel (7).

4.- Valiéndose de quien actúa lícitamente.

Sin obstáculo alguno puede presentarse el supuesto en que el autor en posesión del dominio del hecho, subordine a sus intenciones a un sujeto en forma tal, que

(1) Manual, Op. cit., p. 609 y 610.

(2) Op. cit., p. 246.

(3) Op. cit., p. 667

(4) Manual, Op. cit., p. 508.

(5) Op. cit., p. 159.

(6) Op. cit., p. 925.

(7) Op. cit., p. 149.

este último ejecute un delito al amparo de una causa de licitud.

Es requisito que entre el autor mediato y el instrumento que actúa conforme a derecho, no haya acuerdo común, pues esto acarrea una coautoría.

El sujeto que actúa atrás, ha de ser el "fabricante" del escenario en el que el sujeto que actúa conforme a Derecho, cometa el hecho típico; esto es, debe tener el dominio del hecho, el cual se "fundamenta aquí en que el instrumento, por razón de los preceptos jurídicos existentes, debe comportarse del modo como pretende el hombre de atrás" (1). Si se instiga a un sujeto, por ejemplo, a defenderse contra una agresión, sin tener el dominio del hecho, la autoría mediata queda excluida. Por el contrario, quedará actualizada, por ejemplo, si "A incita al enfermo mental B, que él desea eliminar, a atacar a X; X mata a B en legítima defensa. A perpetra aquí asesinato por autoría mediata a través de B y X" (2).

Lo esencial reside en determinar si el autor mediato ha transformado al instrumento, en puente de su realización, colocándolo frente a él en una posición subordinada.

E.- Problemática de la Autoría Mediata.

(1) Jescheck, Op. cit., p. 924.

(2) Welzel, Op. cit., p. 152.

1.- Autoría Mediata y Vis Absoluta.

Un sector doctrinal considera hipótesis de autoría mediata, cuando el intermediario que se utiliza obra sin voluntad, criterio que consideramos desatinado. El instrumento del que se vale el autor mediato obra con voluntad, desarrolla por ende, una conducta, sólo que ésta se encuentra amparada por una causa de licitud o por una inculpabilidad, o bien por una atipicidad, de seguir a la teoría finalista de la acción, en caso de faltar el dolo en el ejecutor. En cambio cuando se presenta la fuerza física irresistible, el sujeto que es usado obra sin voluntad, por lo que no actualiza, inclusive, el elemento material objetivo, y por ello adquiere la categoría de una masa material inanimada, como lo es un cuchillo o una piedra. Dice al respecto Mezger "instrumento es una persona que actúa voluntariamente y que es, a veces, incluso, punible; si se le utiliza como objeto sin voluntad propia, si, por ejemplo, se le maneja recurriendo a la vis absoluta, existe en el autor, autoría inmediata" (1).

En la autoría mediata, la responsabilidad por lo realizado, gravita sobre quien actúa a espaldas del ejecutor, y éste en ocasiones, es responsable a título de culpa. En la vis absoluta, el individuo que es utilizado como objeto, en ningún caso es responsable de lo acaecido, pues "sancionar al individuo cuando actúa por una fuerza

(1) Libro de Estudio, Op. cit., p. 309.

física irresistible, es tanto, se dice, como sancionar a cualesquiera de los instrumentos de que se valiera el delincuente" (1); la responsabilidad recae, en efecto, en el sujeto que imprime la fuerza física, y a título de autor material, pues da lo mismo romper el cristal del aparador con un ladrillo, que empujando al descuido al observador.

2.- Autoría Mediata y Vis Compulsiva.

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

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

Los seguidores de la primera postura, argumentan que si el pasivo actúa con dolo (puesto que tiene la libertad de actuar o no), en él recae el dominio del hecho, y que por tanto quien coacciona adquiere el carácter de instigador. Esta postura llevaría a insólitas injusticias, cuando el supuesto instigado acepta un perjuicio en sus

(1) Porte Petit, Apuntamientos, Op. cit., p. 323.

bienes o derechos disponibles, lo que acarrearía una impunidad del supuesto instigador, dado que tal instigación no es típica, y no habiendo un hecho principal del cual ser instigador, éste resulta impune.

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

3.- Autoría Mediata en Tentativa.

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

Para ser acreedor a una pena por la comisión de un

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

4.- Tentativa en la Autoría Mediata.

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

Zaffaroni es defensor de la primera corriente, y argumenta que "hay comienzo de ejecución y, por ende, acto ejecutivo o de tentativa, cuando el determinador que tiene el dominio del hecho inicia la determinación del interpuesto, aunque no logre determinarlo, puesto que allí comienza la configuración del hecho" (1).

En nuestro criterio, no es sostenible tal tesis. A diferencia de lo manifestado por el autor argentino, creemos que la configuración del hecho no se inicia cuando

(1) Manual, Op. cit., p. 610.

el autor mediato determina al ejecutor, sino cuando éste último da un paso en la ejecución de la conducta que debe producir el resultado. Cuando el autor mediato determina al sujeto que realizará el hecho, lo que hace es preparar el camino por el cual consumará su propósito delictivo, lo cual no es punible de acuerdo a nuestra legislación. Zaffaroni extiende el amplificador de la tentativa, inclusive, para el caso en que el autor mediato fracase en su propósito de ser tal, lo cual constituye una autoría mediata en grado de tentativa, la que de ninguna manera puede considerársele parte de la ejecución del delito.

Nos adherimos al criterio contrario sustentado por Jescheck, quien considera que "la tentativa presupone, que el autor da principio, según su plan global, a la realización inmediata del tipo. Lo mismo vale también para la autoría mediata. Concorre siempre, pues, tentativa en cuanto el intermediario da principio a la ejecución del hecho punible" (1). Dentro de la fase externa del iter criminis, la tentativa es parte de la ejecución material del delito, por lo que el simple inicio de determinación, no significa comenzar a ejecutar el hecho punible.

A la luz de nuestra legislación, esta es la tesis que debemos seguir. El artículo 12 del Código Penal, establece como límite mínimo de la tentativa punible, la exteriorización la conducta que debe producir el

(1) Op. cit., p. 930 y 931.

resultado; ahora bien, si el presunto autor mediato inicia a valerse del instrumento, no podemos afirmar, en estricto rigor técnico, que tal hecho constituya la conducta que debe producir el resultado. En la autoría mediata, el resultado típico es obra de la conducta del instrumento, no del sujeto que actúa a sus espaldas, y por ende la tentativa se inicia, precisamente, cuando el intermediario exterioriza esa conducta.

Debemos asentar, para el caso en que sí se establezca una tentativa, esto es, cuando el instrumento ha iniciado la ejecución del delito y éste no consuma por causas ajenas a la voluntad del autor mediato, la pena aplicable será para este último; al ejecutor por su parte, no se le aplicará sanción alguna, inclusive, cuando su conducta incumpla un deber de cuidado, dado que carece de dolo, que es elemento esencial en la tentativa punible.

5.- Desistimiento y Arrepentimiento del Autor Mediato.

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

El desistimiento para que sea operante deberá revestir dos características: Primero, que sea espontáneo, es decir, que el autor mediato sin influencia externa decida no proseguir con la ejecución del delito. Segundo,

su desistimiento ha de consistir en parar el proceso ejecutivo iniciado por el instrumento humano que usó; no basta con alejarse del lugar u otros actos análogos, es indispensable que la ejecución del delito se vea frustrado en forma total.

El cocinero que para matar a su enemigo da al mesero una sopa con veneno para aquél, se verá favorecido por el desistimiento si, por una parte, impide que la presunta víctima ingiera el alimento, y por otra, que haya optado por esa decisión espontáneamente. En cambio si se limitó a huir del lugar, orando y pidiendo entre sí que no suceda el evento, el que de hecho no ocurre, se presentará en su contra una tentativa punible; de igual forma, habrá tentativa punible, si impide que su víctima tome la sopa letal, pero ello en virtud de que compañero de trabajo le dice "lo he visto todo", pues en este caso su desistimiento no es espontáneo.

Si el proceso ejecutivo se ha culminado, y el autor mediano evita su consumación, hablaremos de un arrepentimiento, el cual sólo le será favorable en cuanto haya sido espontáneo, según lo exige el tercer párrafo del artículo 12 del Código Penal. Así, en el ejemplo antes dado, si el cocinero espontáneamente se arrepiente y da a su víctima, quien satisfecho ha tomado la sopa, un contraveneno o utiliza cualquier otro medio que evite la muerte, se actualiza la excusa absolutoria del arrepentimiento. Al igual que en el desistimiento, si

evita la consumación del resultado influenciado por causas externas, como el caso en que su compañero le diga "lo he visto todo", no le favorece el arrepentimiento del artículo 12 del Código Penal.

6.- Desistimiento y Arrepentimiento del Ejecutor.

No es posible un desistimiento o un arrepentimiento por parte del sujeto intermediario.

Son dos las razones fundamentales que determinan lo anterior. Primero, el desistimiento o bien el arrepentimiento, sólo pueden presentarse durante la tentativa (inacabada y acabada respectivamente), la cual inevitablemente exige un actuar doloso, y como hemos asentado, el sujeto que se utiliza como medio, carece de disvalor de acción, y por tanto, no es susceptible de desistirse o arrepentirse. La segunda razón estriba en que el desistimiento y el arrepentimiento, tienen como característica la de que el autor corte el proceso ejecutivo del delito o evita su consumación, lo cual presupone lógicamente, que sólo quién sea poseedor del dominio del hecho, estará en opción de hacerlo, y como ya se ha explicado, dueño del curso del hecho, no lo es quien ejecuta el resultado, sino quien se vale de éste.

Si por alguna razón el intermediario no consuma el delito, se configura una tentativa punible en contra del autor mediato, dado que por razones externas a su

voluntad, no se actualizó el delito, como cuando, siguiendo con el ejemplo del cocinero y el mesero, a este último se le cae la sopa.

7.- Exceso del Ejecutor.

El exceso del instrumento-humano, se presenta en tanto comete hechos que caen fuera del dominio que tiene el autor mediato. Maurach al respecto manifiesta: "Existe exceso del instrumento, cuando el mediador comete un hecho distinto o hace más de lo debido por el autor mediato"(1).

Importante resulta delimitar ahora la responsabilidad del autor mediato; Wessels manifiesta que "el autor mediato no responde por un exceso del autor directo" (2). Jescheck es de igual parecer al exclamar que "el autor mediato no es responsable del la acción punible que el instrumento cometa excediéndose del plan de la acción por su propio impulso" (3).

En verdad, la responsabilidad del autor mediato se ve cortada al momento en que pierde el dominio del hecho, pues ya no está en sus manos la decisión de continuar o de desistir en la realización del nuevo hecho punible. Esta regla, sin embargo, no tiene operancia en el caso en que el autor mediato, previendo el posible exceso, lo haya abrigado con un dolo eventual, o para el caso en que el exceso sea una consecuencia necesaria del delito del cual

(1) Op. cit., p. 328.

(2) Op. cit., p. 161.

(3) Op. cit., p. 931.

es poseedor del dominio del hecho.

El exceso, por otra parte, puede serle reprochado al autor mediato a título de culpa, sea con previsión o sin previsión del resultado.

B.- Autoría Mediata el Delitos Especiales.

Quando el tipo exige una calidad en el sujeto activo nos encontramos ante un delito especial, propio o exclusivo; y autor de él, sólo lo puede ser quien tenga esa calidad. Ahora bien, siendo el autor mediato una especie del género autor, en los delitos especiales deberá reunir los requisitos establecidos por el tipo. Con gran acierto estima Sauer que "autor mediato sólo puede ser en el delito especial, quien pudiere cometer también el delito como autor inmediato" (1).

La calidad exigida por la descripción legal, ha de recaer pues, en el autor mediato y no en quien ejecuta de mano propia el hecho; y si este último comete un hecho típico propio en virtud de contar con la calidad exigida por la ley, el autor mediato responderá del tipo básico o fundamental, puesto que con arreglo al artículo 54 del Código Penal, las circunstancias subjetivas no son comunicables. Al respecto es certero el juicio que emite Gimbernat, en el sentido de que "el extraño no puede ser autor mediato del delito especial; el intraneus puede ser

(1) Op. cit., p. 322.

autor mediato con la sola excepción del supuesto de que el delito además de especial sea de propia mano" (1).

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

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

Citando a Lange, Gimbernat dice: "no el resultado sino la acción corporal frívola o impuras, que lesiona una prohibición sagrada es el auténtico motivo y el objeto de la tipificación" (2), por ello requiere que el autor, personalmente cometa el hecho; y no podrá valerse, por lo tanto, de ningún instrumento; el padre no puede valerse de un inimputable para cometer el delito de incesto con su descendiente; el agente militar no puede desertar valiéndose de otro.

"No hay autoría mediata, dice Forte Petit, cuando se requiere por la Ley la realización personal del sujeto, por tratarse de delitos de propia mano. Por ello, la negativa de la autoría mediata en los delitos de propia mano es innegable, porque si estos se cometen personalmente, es inconcluso que el autor mediato no lo puede realizar a través de otra persona" (3).

(1) Op. cit., p. 231.

(2) Op. cit., p. 243.

(3) Programa, Op. cit., p. 890.

Concluimos entonces, que, cuando la naturaleza del tipo, limita la autoría a una ejecución corporal por parte del activo, la autoría mediata está descartada en forma absoluta.

10.- Autoría Mediata en los Delitos Culposos.

Quando la fracción IV del artículo 13 del Código Penal Federal, responsabiliza de la comisión del delito a quien lo lleve a cabo sirviéndose de otro, presupone, ineludiblemente, que quien actúa atrás lo hace dolosamente. De ahí que neguemos la posibilidad de una autoría mediata culposa, pues no es posible servirse de otro para cometer un delito y no querer a la vez cometerlo.

Hemos asentado con anterioridad, que elemento de la autoría mediata, lo es el que el activo es poseedor del dominio del hecho, es decir que él es quien decide el sí y el cómo de la realización del delito, y por ende, voluntariamente dirige su comportamiento a un fin prefijado, excluyéndose irremediabilmente la culpa.

No debemos confundir una autoría concomitante culposa, con una autoría mediata. Hay autoría culposa concomitante, en el caso de que el descuidado médico le pide a la enfermera aplique una inyección al paciente, y ésta por falta de pericia, da la medicina equivocada que produce en aquél serias lesiones; no habrá autoría mediata en virtud de que el médico no domina la voluntad de la enfermera, ni subordina su actuar a algún fin delictuoso.

F.- La Pena Establecida para el Autor Mediato y para el Ejecutor.

Siendo el autor mediato el directamente responsable de la consumación del delito, a él le corresponde cargar con la pena establecida por la ley, y no hay razón alguna para que la sanción que se le imponga, sea diversa a la que, en su caso, hubiere correspondido a un autor material.

Sin embargo, cabe preguntarnos: ¿Qué sujeto representa mayor peligrosidad, quién ejecuta el delito con sus propias manos, o quién se vale de otro para cometerlo? Podría pensarse que el autor mediato representa una menor peligrosidad, argumentándose que él directamente no hubiera sido capaz de cometer el hecho; pero, en contra podría alegarse, que representa una mayor potencia criminal en virtud de maquinar la comisión de un delito tratando de ocultar su responsabilidad a través de otro individuo. La peligrosidad de un delincuente, corresponde delimitarla al juzgador al momento de individualizar la pena correspondiente, teniendo en cuenta las circunstancias exteriores de ejecución y las peculiares del delincuente, esto de acuerdo al artículo 51 del Código Penal.

El ejecutor por su parte, estará exento de responsabilidad del hecho cometido; y sólo para el caso en que su acción sea disvalorada, por incumplir un deber de

cuidado que las circunstancias y condiciones personales le imponían, le será reprochable a título de culpa, esto último sólo en el caso de que la comisión del tipo legal soporte la culpa.

CAPITULO CUARTO

"FORMAS DE PARTICIPACION"

I.- GENERALIDADES.

A.- Naturaleza del Partícipe.

El derecho penal no se limita a castigar al autor de un delito, sino que a través del dispositivo amplificador previsto en el artículo 13 del Código Penal, hace responsables a quien instiga su comisión y quien ayuda en su realización. Estas conductas son de naturaleza secundaria y por ello los sujetos que las ejecutan, reciben el nombre de partícipes, término que por esencia encierra la idea de accesorio, dependencia o subordinación. De esta suerte se sigue que el instigador y el cómplice requieren de un hecho principal del cual ser accesorios; "no es posible la participación si no se le conecta a un hecho punible cuyo autor es otro, distinto del partícipe" (1). A esta naturaleza se le ha llamado teoría accesoria de la participación.

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

(1) Bacigalupo, Manual, Op. cit., p. 200.

Otro sector doctrinal estima que, tanto el instigador como el cómplice son figuras autónomas que dan lugar a un delito propio e independiente del realizado por el autor; se ha llamado a esta tesis, Teoría Pluralista de la Participación. Contra este sustento, atinadamente Zaffaroni expresa: "Si la participación consistiese en tipos independientes, se admitiría la tentativa de participación, es decir que sería punible la mera proposición que se hiciese a alguien para decidir a otro a cometer un delito (tentativa de instigación) o el hecho de que alguien le preste a otro un cuchillo filoso para que mate a su mujer (tentativa de complicidad) aun cuando el primer sujeto rechase la proposición y el segundo use el cuchillo sólo para cortar un pollo" (1).

Es la teoría de la accesoriadad la que hoy en día predomina en la literatura penal, por ser la que, en efecto, explica la naturaleza de la participación, puesto que ésta "tiene vida a través de la autoría; no tiene la participación ningún valor autónomo sino en vinculación con el autor del delito" (2). Este criterio es adoptado por la Suprema Corte de Justicia de la Nación en la siguiente tesis: "PARTICIPACION 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 consumado o tentado del autor, 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 animus socii, que no es otra cosa que la conciencia y

(1) Manual, Op. cit., p. 822.

(2) Porte Petit, Programa, Op. cit., p. 865.

voluntad o propósito de ayudar, colaborar, favorecer la infracción dañosa o conducta típica y antijurídica del sujeto activo principal" (1).

B.- ¿Ampliación de la Pena o del Tipo?

Con la introducción de la teoría extensiva de autor, se consideró que los partícipes gozaban de una limitación de la pena prevista para el autor; por el contrario, la teoría restrictiva de autor pone de manifiesto que la pena para el autor se ve extendida a los partícipes. En este ir y venir de opiniones, lo que se ha puesto en tela de juicio, es si en verdad podía tratarse de una ampliación de pena para el caso del partícipe.

Jiménez Huerta se ha ocupado de ello, negando que la pena se extienda al partícipe, y argumenta que "resulta anómalo y extraño que la pena pueda extenderse a conductas que no fueron típicas. Si la pena es susceptible de tal extensión, es porque las formas legales que sobre la participación contienen los Códigos positivos tienen, como esencial naturaleza, la de ser verdaderos dispositivos amplificadores del tipo penal. En el Derecho penal de nuestra época no hay pena sin tipicidad" (2).

Ciertamente, la pena aplicable al partícipe no es la que le corresponde al autor, la cual se extiende o se limita, sino por el contrario, al partícipe se le sanciona en razón de que su conducta se ve atrapada por el tipo

(1) Informe 1985, Primera Sala, p. 25.

(2) Op. cit, T. I., p. 384.

legal, a través del amplificador previsto en el artículo 13 del Código Penal; esto es, el artículo mencionado cumple la función de puente que comunica el tipo con el partícipe y de esta suerte <<El que>> anónimo previsto en cada delito, se amplifica también a los partícipes.

La ampliación del tipo no significa, de ninguna manera, que a los partícipes también se les considere autores del delito, en virtud de la ampliación del tipo, pues la naturaleza accesoria de la participación, no se ve afectada en su esencia óntica con la tesis sostenida por Jiménez Huerta. Por el contrario, decir que la pena se extiende a los partícipes, pugna con el principio de legalidad, pues se reconocería que una conducta es punible sin ser típica, lo cual sería violatorio de garantías a la luz del artículo 14 de la Constitución Federal.

C.- Accesoriidad de la Participación.

El instigador y el cómplice no tiene existencia autónoma, requieren, por naturaleza propia, de un hecho en el cual participar, al cual estén subordinados. Este hecho es la obra del autor. Los partícipes no cometen el delito, sino que contribuyen en su realización, esto es, participan en el hecho, no lo crean.

Esta accesoriidad de los partícipes, ha dado lugar a que la doctrina se cuestione si es necesario que el autor principal haya ejecutado todos los elementos del delito o si basta con algunos de ellos. Este grado de dependencia

da lugar a cuatro posibilidades que se han denominado de la accesoriadad mínima, limitada, extrema y de la hiperaccesoriadad.

1.- Accesoriadad Mínima.

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

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

Sobre el particular expone Zaffaroni: "Para los que sostienen el criterio objetivo-subjetivo como sistemático del delito, no quedaba otra alternativa que renunciar a fundar la punición de la participación en lo subjetivo, para ensayar el camino de fundarla en la participación en

lo objetivo, que, tal como lo entendían, resultaba una participación en la causación del resultado. De allí surge la teoría de la accesoriadad mínima" (1).

2.- Accesoriadad Limitada.

La postura hoy en día dominante, considera que el hecho principal ha de ser típico y antijurídico, o en otros términos, que el instigador y el cómplice participan en un injusto. "Cuando se requiere que la realización del tipo por el autor sea antijurídica, dice Fontán Balestra, la accesoriadad se manifiesta en forma limitada" (2).

Esta tesis es del todo aceptable, siempre que se adopte la teoría finalista de la acción, y resultará un fracaso de seguir la teoría causalista. Esta discrepancia surge en virtud de que el autor principal necesariamente ha de actuar con dolo. "El carácter doloso del hecho principal está impuesto por la naturaleza misma de la participación. En primer lugar instigar es crear dolo en el autor... En segundo lugar, la complicidad presupone que otro es el autor, y por lo tanto, que éste debe tener el dominio del hecho" (3), lo que no es posible sin dolo. Ahora bien, como la teoría finalista de la acción inserta el dolo en el injusto, es suficiente un hecho típico y antijurídico, para una posible participación en su comisión; esto es irrefutable. El problema se torna para

(1) Manual, Op. cit., p. 623.

(2) Op. cit., p. 430.

(3) Bacigalupo. Lineamientos, Op. cit., p. 104-105.

los causalistas, que al colocar el dolo en la culpabilidad necesitan no sólo de un injusto, sino que además ha de ser matizado de culpable, lo cual riñe con el principio de que la culpabilidad ha de ser individual entre los concurrentes en la comisión de un delito.

3.- Accesoriedad Extrema.

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

Ante el evidente fracaso, los causalistas volvieron su vista a la accesoriedad mínima, creyendo encontrar en ésta la solución, cosa que, como se hizo notar, también fracasa. De ello resulta que para los simpatizantes de la teoría causal, no hay postura alguna en la que puedan

sustentar la accesoriidad de la participación, pues a veces conduce a absurdos (de aplicarse la accesoriidad mínima), y en otras a injusticias (de aplicarse la accesoriidad máxima).

4.- Hiperaccesoriidad.

La hiperaccesoriidad, extiende también a los partícipes las condiciones personales del autor, cuando éstas tengan por objeto aumentar o disminuir la pena.

Con acertado juicio, Fontán Balestra afirma: "Estos principios que fijan el límite de la accesoriidad no pueden ser adoptados por el intérprete según su convicción, sino deducidos del texto legal que se analiza" (1). En atención a ello, habremos de averiguar cuál postura adopta nuestro Código Penal.

Como aparece redactado el artículo 13 del Código punitivo, podría pensarse que sigue una teoría de la accesoriidad extrema. Con el enunciado "Son responsables del delito", aunado a que las fracciones V y VI del artículo mencionado requieren el inducir a otro a cometer "un delito" o ayudar a auxiliar en la comisión de "un delito", parecería que el texto legal exige una conducta típica, antijurídica y culpable, que son los elementos de todo delito. Hoy en día esta interpretación literal, no es satisfactoria; es necesario hacer una interpretación teleológica.

(1) Op. cit., p. 431.

Antes de ser reformado el artículo 54 del Código Penal, en el año de 1984, que reconocía la comunicabilidad de circunstancias subjetivas entre los codelincuentes, era creíble pensar que se seguía una accesoriadad extrema, sujeta a que el partícipe tuviera conocimiento de esas circunstancias, y, por ende, en relación con una hiperaccesoriadad. Sin embargo, al ser reformado el mencionado precepto legal, y reconocer la incomunicabilidad de las circunstancias subjetivas del autor a los partícipes, inclusive, con el conocimiento que éstos tengan de aquellas, estableció la personalísima culpabilidad de los concurrentes, y, por ende, cada uno de ellos será sancionado conforme a su propia culpabilidad; la culpabilidad de otros, es irrelevante, con lo cual se erige la acertada accesoriadad limitada en nuestro Código Penal, pese a la interpretación literal que del artículo 13 pudiera hacerse.

Zaffaroni al interpretar el Código argentino dice: "Frente a la clara redacción de nuestro art. 48 CP esta teoría de la accesoriadad extrema es insostenible, porque las relaciones, circunstancias y calidades personales, cuyo efecto sea excluir o disminuir la penalidad, no tendrán influencia sino respecto al autor o cómplice u quienes correspondan" (1).

D.- Eficiencia Causal de la Participación.

(1) Manual, Op. cit., p. 623.

Los actos aportados por el partícipe, deberán contribuir en la realización del injusto. Esta aportación puede ser de naturaleza física o psíquica. Se instiga a cometer un delito, se ayuda a su realización; pero si el hecho se ha consumado sin que haya una relación con lo aportado por el partícipe, este último estará exento de responsabilidad. "No puede ser subsumida en el dispositivo del artículo 13, dice Jiménez Huerta, la acción accesoria subjetiva orientada a incidir en la principal, si es intrascendente desde el punto de vista causal o, de otra manera dicho, si es inidónea e ineficaz para contribuir a la perpetración del delito" (1).

Así el velador que da la llave al ladrón para que se introduzca a la bodega, no tiene relación causal, si éste para entrar rompió la puerta. Si se instigó a la comisión del delito de homicidio y el autor principal comete violación, no habrá relación causal.

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

El hecho principal en el que se participa, ha de

(1) *Op. cit.*, T. I., p. 406.

haber alcanzado como mínimo el grado de tentativa, y mientras ello no suceda, la conducta del instigador y del cómplice son atípicas. En general, afirma Welzel, las acciones de participación son sólo punibles cuando el hecho principal es perpetrado realmente o por lo menos quedó en grado de tentativa punible" (1)

E.- Eficiencia Finalística del Partícipe.

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

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

(1) Op. cit., p. 165.

conjunta e identidad de propósito en la producción de la conducta principal" (1)

F.- Concurrencia de Participaciones.

Puede acontecer que desde el punto de vista técnico, el partícipe no sólo instigue al autor a cometer el delito, sino que también lo ayude a realizarlo, caso en el cual surge un concurso aparente de normas que habrá de resolverse conforme al principio de consunción, y establecer que la conducta de mayor relevancia absorbe a la de menor grado, esto es, la complicidad queda inmersa en la instigación. Dice Maurach "Así como la autoría absorbe toda forma de participación, en la participación variada en el mismo delito, la forma más débil será absorbida por la más intensa: instigación precede a complicidad; el instigador que realiza actos de complicidad tan sólo será castigado por instigación" (2).

Si el terrorista A, además de determinar a B para que ejecute al monarca C, le ayuda a averiguando los movimientos del mandatario, la vigilancia que tiene, los lugares a donde concurre, etcétera, sólo habrá de castigársele por instigación del delito de homicidio, quedando absorbida la complicidad, dado que esta última es de menor grado (menos intensa y trascendente). Esto no obsta para que al momento de la individualización de la

(1) Jiménez Huerta, Op. cit., T. I., p. 409.

(2) Op. cit., p. 367.

pena, el Juzgador tome en consideración esta concurrencia de participaciones, dado que el artículo 51 del Código Penal lo obliga a tomar en cuenta las circunstancias exteriores de ejecución.

II.- INSTIGACION.

A.- Denominación.

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

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

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

"La esencia de la instigación, dice Guillermo Fierro, reside en el producir en otro - que debe reunir todas las características y condiciones requeridas para ser autora resolución efectiva de cometer un hecho ilícito que, al menos debe ser tentado" (1).

B.- Modos de Instigar.

Independientemente del número de formas en que se puede instigar, debemos afirmar que todas deben, al final, haber determinado al instigado; esto es, que la voluntad de éste hubo de verse movida para la comisión del injusto. Debemos afirmar con Zaffaroni que "la instigación debe cometerse mediante un medio psíquico" (2), pues lo que importa es despertar en el sujeto el ánimo de cometer el delito; es certero el juicio que emite Jescheck al respecto: "En principio todos los medios de inducción son idóneos en la medida en que supongan un influjo psíquico" (3).

Por otra parte, la actividad del instigador es sólo factible en forma positiva, dado que por esencia, no puede determinarse a otro a la comisión de un hecho, en forma omisiva. "No puede aceptarse una instigación por omisión. Es imposible determinar a otro no haciendo, estando en inactividad" (4).

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

(2) Manual, Op. cit., p. 632.

(3) Op. cit., p. 957.

(4) Porte Petit, Programa, Op. cit., p. 902.

Siguiendo a Carrara, algunos autores consideran como formas de inducción al mandato, la orden, la coacción, el consejo y la asociación. "La nota característica de estas figuras, dice Carrara, se reconoce con facilidad. Se contrae á la utilidad del delito. Si el que va a cometerse redunda en pró de quien concurre á él comunicando tan solo su voluntad al autor físico del mismo, tendremos la orden, la violencia o el mandato. Si la utilidad recae únicamente sobre el autor físico, aparece el consejo. Si la utilidad resultante es común, se da la sociedad" (1).

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

La orden: Esta, expresa Castellanos Tena, "no es sino una forma del mandato y la impone el superior al inferior con abuso de su autoridad" (2).

La coacción: Se dice que hay coacción, cuando un mandato se apoya en la amenaza. Debemos aclarar aquí algunos puntos de importancia. No se presenta la hipótesis de instigación, cuando, a consecuencia de la amenaza, el coaccionado pierde su libertad de decisión a grado tal que no sabe lo que hace, puesto que entonces se entra al campo de la autoría mediata. Así también, se habla de autoría mediata cuando el supuesto instigador conserva el dominio

(1) Carrara Francisco, Teoría de la Tentativa y de la Complicidad, Ed. F Góngora y Compañía, Madrid, 1877, parágrafo 244, p. 183.

(2) Op. cit., p. 288.

del hecho, pues entonces, en sus manos está el curso causal de la realización del delito.

El consejo: Estamos de acuerdo con Jiménez de Asúa, en el sentido de que el consejo no es una forma de instigar a la comisión de un hecho, pues "inducir es mucho más que aconsejar... El consejo, como las instrucciones o reforzamientos de la voluntad ajena, son actos accesorios que no entran ni en actos ejecutivos del tipo ni en la consumación" (1). A fin de descartar al consejo como forma de instigación, de gran utilidad resulta la teoría de la adecuación social impuesta por Welzel; en efecto, dentro del ámbito de relación social, el consejo resulta adecuado a las normas de cultura de la sociedad; quien aconseja a otro, se mueve en un campo permitido socialmente, que de ninguna manera puede constituirse en instigación; dice Welzel "En los tipos se advierte la naturaleza social y al mismo tiempo histórica del Derecho Penal: indican las formas de conducta que suponen una infracción grave de los órdenes históricos de la vida social" y agrega más adelante, "Las conductas socialmente adecuadas no son necesariamente ejemplares, sino conductas que se manifiesten dentro de los límites de la libertad de acción social" (2).

Al respecto ha establecido la Suprema Corte de Justicia de la Nación: "AUTORIA INTELECTUAL POR INDUCCION,

(1) La Ley y el Delito, Op. cit., p. 508.

(2) Welzel Hans, El Nuevo Sistema del Derecho Penal, Ed. Ariel, Barcelona España, 1964, pp. 53 y 55.

INEXISTENCIA DE LA.- La inducción o instigación a la comisión de un delito en su forma de autoría intelectual, es una conducta que sólo adquiere existencia mediante el nexo psíquico causal que relaciona al inductor con el inducido, en cuyo nexo yace, por parte del inductor, la intención finalística de determinar al inducido a cometer un delito y la captación por parte de éste de dicha inducción, excluyéndose por tanto la mera proposición, el consejo o una invitación, pues la acción instigante del inductor debe mover el ánimo del inducido impulsándolo a la comisión del hecho y así, con plena conciencia de su acción cometer el delito a que ha sido instigado, pero en manera alguna debe considerarse que proponer un delito es ya lisa y llanamente una conducta típica" (1).

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

C.- El Dolo del Instigador.

La instigación es por esencia dolosa. "Instigar es un acto eminentemente doloso que se dirige a un delito doloso de un autor que actúa también dolosamente" (2). Se

(1) Apéndice 1917 - 1988, Segunda Parte, pag. 2007.

(2) Fernández Carrasquilla J., Derecho Penal Fundamental, Ed. Temis, 2a. edición, T. II, Colombia, 1989, p. 406

determina a otro para que cometa un delito (o un injusto al menos), el cual es evidente que se conoce y se quiere, por ello la instigación culposa está descartada, pues resulta contradictorio querer el resultado y a la vez esperar que no suceda. Determinar y culpa, se repelen entre sí.

Es del todo acertado el criterio del legislador mexicano, al considerar responsable de la comisión del delito, a quien "intencionalmente" determine a otro a cometerlo, con lo cual se despeja toda duda a cerca de una posible instigación culposa.

Si el instigador ha de actuar con dolo, resulta necesario que conozca los elementos objetivos del tipo, (elemento intelectual) correspondiente al hecho punible que se determina, y además su voluntad ha de estar encaminada a la realización del hecho (elemento volutivo), claro, esto no de propia mano, sino a través del instigado. Lo anterior resulta fundamental a fin de limitar su responsabilidad en caso de exceso del determinado. Dice Welzel sobre el particular: "El dolo del instigador tiene que estar encaminado, a través del autor, a la realización del tipo delictivo; luego ha de comprender el conocimiento de las circunstancias de hecho del respectivo tipo delictual" (1).

El dolo del instigador debe concretarse en un sujeto

(1) Derecho Penal, Parte General, Op. cit., p. 167.

y hecho plenamente determinados. La individualidad del sujeto a quien se va a instigar, no determina que el instigador lo conozca personalmente, basta con que se tenga pleno conocimiento de que instiga a una persona definida. Asimismo, la instigación no presupone un sólo sujeto pasivo, pues puede darse el caso que sean varios los sujetos instigados, lo cual es válido en tanto la esfera de sujetos este plenamente definida. "El dolo del instigador, afirma Bacigalupo, debe estar dirigido también a uno o varios sujetos, pero también determinados" (1). En contra de este punto de vista aparece Soler, quien manifiesta: "Con respecto a la persona del instigado, no parece que sea necesaria tanta concreción. La persona del autor material bastaría que estuviese comprendida dentro del dolo eventual del instigador, no siendo preciso, en este sentido, que la instigación esté dirigida directamente a una persona determinada" (2).

El hecho al cual dolosamente se instiga, ha de ser también determinado. La voluntad del instigado ha de ser movida hacia un hecho in especie; y no es posible, en consecuencia, una instigación a delinquir genéricamente, como quien le dice a su amigo que sus problemas económicos se resolverán delinquiendo. En este sentido Maurach, al afirmar "La instigación presupone, además, la concreción del hecho: debe instigarse a un determinado hecho" (3).

(1) Manual, Op. cit., p. 208.

(2) Op. cit., p. 277.

(3) Op. cit., p. 371.

"No es preciso que la instigación deba ir acompañada de circunstancias de tiempo, lugar o modo; como antes se dijo, es suficiente la inducción a un delito determinado" (1). La instigación requiere exclusivamente la determinación al hecho punible, las circunstancias de tiempo, modo y lugar de ejecución no son necesarias, puesto que, en la mayoría de los casos esto dependen de la forma en que se realiza el hecho, lo cual, por otra parte, corresponde al autor material delimitarlo. Sin embargo, debemos aclarar que si en la instigación se incluyen circunstancias de ejecución, y éstas constituyen alguna calificativa, de ellas responde también el instigador, según veremos al hablar del exceso del instigado.

D.- Problemática de la Instigación.

1.- Momento de la Instigación.

No es posible instigar a quien ya ha resuelto cometer el hecho punible. La esencia del instigador es que corrompe al autor inmediato; de tal suerte que si la voluntad de éste está resuelta a cometer un delito, no se le puede determinar a que lo cometa; a lo mucho podrá reafirmarse esa resolución tomada por el autor material, y en tal caso nos encontraremos en el campo de la complicidad. No se presenta esta hipótesis que tratamos, en tanto el delito al cual se pretende instigar y el ya

(1) Fontán Balestra Carlos, Tratado de Derecho Penal, T. II, Ed. Abeledo Perrot, 2a edición, Bns. Ars, Arg, 1990, p. 485.

resuelto por el autor material coinciden. La problemática inicia cuando se instiga a un hecho mayor al ya resuelto; como cuando se pretende cometer un robo simple y se instiga para que se ejecute con violencia; o si se pretende cometer un homicidio simple y se instiga para que sea ejecute con alevosía u alguna otra calificativa.

Si entre el hecho instigado y el previamente resuelto existe una diferencia inesencial que no modifica la clasificación del tipo básico, como lo puede ser la concurrencia de una circunstancia que califique el hecho o lo atenúe, es indudable que no hay instigación, pues ésta se caracteriza por determinar a un delito y no a la modificación de éste; en todo caso se dará la complicidad por reforzamiento de voluntad, y la determinación a ejecutarlo en forma distinta, deberá ser motivo de consideración al momento de individualizarse la pena por parte del Juzgador.

Cuando entre el hecho resuelto y el inducido existe una diferencia esencial de delito, es indudable que hay instigación; así por ejemplo si B ha decidido cometer robo y C le determina para que comete fraude o abuso de confianza, este último resulta responsable por el nuevo delito a título de instigación. Si se ha resuelto cometer lesiones y se instiga para que se ejecute homicidio, es clara la diferencia esencial entre ambos tipos legales, y por ello el instigador responde del resultado.

a.- Instigación en Delitos Instantáneos.

No hay impedimento alguno para considerar la instigación a la comisión de un hecho punible instantáneo. Tal sería el caso del sicario que ha recibido la paga para privar de la vida a una persona determinada. Debemos agregar que no cabe la instigación cuando se esté ejecutando el delito instantáneo, puesto que entonces la resolución de cometer el delito ya obra en la voluntad del autor material; en todo caso se actualizaría una complicidad. Pero puede acontecer que, durante la ejecución del delito instantáneo, se instigue a cometer otro delito; como por ejemplo, quien resuelto a cometer lesiones y al ejecutarlas, llega un tercero quien le determina que prive de la vida al sujeto pasivo.

b.- Instigación en los Delitos Permanentes.

Se puede determinar a la comisión de un delito permanente. Importante resulta decir que durante la prolongada consumación de esta clase de ilícitos, no puede instigarse a su realización, dado que el delito ya se consumó, pero sí puede inducirse a la comisión de otro hecho punible relacionado con aquél. Así, por ejemplo, mientras A mantiene privado de la libertad a B, su amigo C le instiga para que le lesione a fin de presionar a la familia de la víctima para obtener el rescate; o bien tras el fracaso de obtener la suma requerida le determina a que lo prive de la vida.

C.- Instigación en los Delitos Continuados.

Se puede instigar a la comisión de un delito continuado; esto es, determinar a una persona para que con diversas acciones, abrazadas por una unidad de propósito delictivo, se viole el mismo precepto legal. Debemos agregar que es posible instigar a que se amplíe el propósito delictivo previamente establecido por el autor. Tal sería el caso en que A ha resuelto robar 10 perlas de las quince que conforman un collar (en la forma de delito continuado), y al apoderarse de la octava perla, aparece B quien le instiga a que amplíe el plan y que robe las quince perlas. La responsabilidad del sujeto instigador será exclusivamente por la parte a que instigó, es decir, por el robo de cinco perlas, dado que, respecto de las primeras diez, el autor material ya había tomado la resolución.

2.- Instigación a quien Actúa con una Excluyente de Responsabilidad a su Favor.

Hemos asentado que la instigación requiere al menos de un injusto perpetrado por el autor principal, y es irrelevante si éste es culpable o inculpable; esto es, se toma como punto de partida la teoría de la accesoriidad limitada.

La instigación no es una institución propia del Derecho Penal, sino que éste la toma de las relaciones humanas cotidianas. En este orden de ideas, encontramos

que se puede instigar a hechos valorados socialmente, ejemplares para la vida social; pero también puede instigarse a hechos, que si bien no son ejemplares, si son permitidos por el mínimo de libertad de acción social; asimismo, se instiga, por otro, lado a realizar hechos que están conformes con el Derecho o en contra de él. Al Derecho Penal le interesa exclusivamente la instigación mencionada en último término, es decir cuando se instiga a la comisión de hecho antijurídico (que necesariamente ha de ser típico).

Los tipos dice Welzel, "Señalan las formas de conducta que se apartan gravemente de los órdenes históricos de la vida social" (1). De esto se desprende que las conductas no prohibidas por los tipos, son socialmente adecuadas a las normas de cultura, ejemplares, inclusive, y por ello se puede instigar a su comisión sin que ello sea relevante para el Derecho Penal.

Los tipos sin embargo, no sólo describen la conducta prohibida, sino que además contienen elementos objetivos y subjetivos. La falta de algún elemento objetivo, acarrea una atipicidad, y por ello resulta socialmente adecuado instigar a conductas no adecuadas a un tipo penal. Así Z puede instigar a Y a fin de que tenga relaciones sexuales con X, con voluntad de ésta. E inclusive la instigación puede hacerse en el sentido de que utilice el engaño si la mujer ha sobrepasado los dieciocho años. Regularmente, las

(1) Derecho Penal Parte General, Op. cit., p. 83.

conductas que son atípicas no son ejemplares, sin embargo son tolerables, dado que se mantienen dentro de un marco de libertad de acción social.

La falta del algún elemento del tipo subjetivo (dolo o elemento subjetivo del injusto) hace imposible una instigación, pues como hemos señalado, el autor determinado ha de actuar dolosamente. La existencia de un obrar culposo puede constituir una autoría mediata por parte del supuesto instigador.

Al momento en que la acción es típica, deja atrás los marcos de libertad de acción social, puesto que contradice la exigencia de la norma (antinormatividad de la conducta). Para la instigación penal, sin embargo, no basta con actualizar la conducta prohibida descrita en el tipo, es menester que sea antijurídica. Este elemento ha de encontrarse a través de un método negativo, pues una conducta en antijurídica en tanto no esté amparada por una permisión legal o causa de licitud. De ello se deriva que siendo la conducta típica, pero permitida por el ordenamiento jurídico, carece de antijuridicidad y por ende es dable instigar a actuar conforme a Derecho. Cobra aquí vigencia el principio jurídico de que de lo lícito no puede derivarse un hecho ilícito. En este orden de ideas, podemos afirmar que se puede instigar a una defensa legítima, a destruir un bien jurídico para salvaguardar otro de mayor jerarquía, etcétera.

Cuando la conducta típica no está permitida por el Derecho, es posible hablar entonces de instigación desde el punto de vista penal, dado que el hecho principal es además de típico, antijurídico, cumpliéndose así con los requisitos establecidos por la teoría de la accesoriadad limitada.

Como la culpabilidad o inculpabilidad del autor principal es personal, no se hace extensiva al instigador, y por ello es irrelevante para éste. De esta guisa resulta que se puede instigar, penalmente hablando, tanto a hechos culpables como inculpables. Se puede instigar a quien se encuentre en un error de licitud (falta de conciencia de antijuridicidad), o bien a quien se encuentra ante una situación de no exigibilidad de otra conducta (falta de reprochabilidad), y ello no beneficia al instigador, pues cada partícipe (en sentido amplio), ha de ser Juzgado conforme a su propia culpabilidad.

3.- Tentativa de Instigar.

Para que la instigación tenga vida plenamente, es necesario que el hecho al que se instigó, se haya consumado o al menos el proceso ejecutivo haya llegado a la fase de tentativa (1); de ahí que los actos anteriores a esta última fase, resulten irrelevantes para el derecho penal.

Siendo la instigación una figura accesoria, resulta que seguirá la misma suerte del hecho principal del cual

depende, y por ello será punible hasta en tanto punible sea el resultado al cual está subordinada. De esta suerte se sigue que, no es punible la conducta del sujeto que intenta instigar a otro a la comisión de un delito y fracasa en su intento por causas ajenas a su voluntad. Dice sobre el particular Cuello Calón: "En cuanto a la inducción nos seguida de efecto, cuando el inducido rechaza la instigación, o si después de aceptada no ejecuta el hecho al que fue inducido, se ha sostenido la impunidad del instigador alegando que no hay delito, pues sólo existe exteriorización de una intención delictuosa sin acto alguno de ejecución" (1).

Para concebir una tentativa de instigación sería necesario elevar a la categoría de delito autónomo la determinación a cometer un delito, lo cual resulta absurdo, puesto que, como oportunamente señalamos, la naturaleza óntica de la participación es accesoria y no configura un delito independiente como lo pretende la teoría pluralista de la participación. La punibilidad de tentativa de instigar, es posible por disposición legal, mediante una regla establecida en la parte general del Código penal; y en tal caso, dicha regla operaría como dispositivo amplificador del tipo.

Jiménez Huerta se presenta disconforme con el criterio de sancionar la tentativa de instigar, y afirma: "Si bien, el dispositivo de la participación puede

(1) Op. cit., p. 669.

conectarse con el de la tentativa, éste no puede ponerse en contacto con el de la participación" (1).

4.- Instigación en Tentativa.

Debemos distinguir plenamente la instigación en tentativa, de la tentativa de instigación. Sobre el particular afirma Maurach: "En la primera el acto del partícipe ha sido eficaz (en la instigación se ha producido, por ejemplo, la resolución del autor principal), mientras que el hecho principal ha fracasado. En la segunda ha fracasado el intento el partícipe, debido a que el sujeto no estaba dispuesto a cometer el hecho" (2).

Hablamos de instigación en tentativa, cuando el sujeto que ha sido determinado, exterioriza la conducta que debe producir el resultado u omite la que debería evitarlo, y el resultado no sobreviene por causas ajenas a su voluntad. De la tentativa ejecutada por el autor principal, no sólo responde éste, sino también el instigador, y es aquí donde cobra plena validez la naturaleza accesoria de esta figura. Lo accesorio sigue la suerte de lo principal.

La sola instigación, no seguida de ejecución, es irrelevante para el ámbito penal. La tipicidad de esta figura, inicia cuando la ejecución del hecho principal

(1) Op. cit., t. I., p. 385.

(2) Op. cit., p. 361.

alcanza la etapa de tentativa punible; por ello, algunos autores, desde la misma definición de instigación, exigen como requisito que el resultado al cual se instiga se haya consumado o al menos alcanzado la etapa de la tentativa.

5.- Desistimiento y Arrepentimiento del Instigador.

En sentido estricto, el instigador no puede desistirse ni arrepentirse. La razón de ello estriba en que carece del dominio del hecho. En otras palabras, sólo puede desistirse o arrepentirse, quien esté en aptitud de detener el curso causal puesto por él finalísticamente en movimiento para cometer un hecho punible; esta persona lo es el autor, pues es quien domina la realización del hecho, el instigador participa en éste, pero no lo ejecuta y por ende no puede desistirse o arrepentirse.

La tesis anterior se desprende al interpretar el artículo 12 del Código Penal, puesto que sólo puede desistirse espontáneamente de la ejecución o impedir la consumación del delito (tercer párrafo), quien ejecuta la conducta que debería producirlo u omite la que debería evitarlo (primer párrafo), y esta actividad sólo puede ser obra del autor.

El instigador puede, en todo caso, revocar la instigación. Ello determina tres hipótesis que conducen a diversas consecuencias.

Primera: Que al momento en que el instigador haga

del conocimiento del determinado su revocación, éste aun no haya ejecutado algún acto que de lugar a la tentativa punible. Si el inducido no continúa con el iter criminis, ambos son exculpados, dado que se presenta una instigación sin resultado, no punible en nuestro sistema.

Segunda: Que al informar la revocación de la instigación, el autor principal se encuentre ejecutando el delito en la fase de tentativa. En tal supuesto debemos considerar a la vez dos casos.

Uno: si el autor principal no se desiste o bien no se arrepiente, y consuma el delito, la revocación no ha surtido ningún efecto y por ende habrá una instigación punible. Desacertado resulta el punto de vista emitido por Cuello Calón cuando afirma que "la instigación puede ser revocada por el instigador y le exime de la pena si la revocación es conocida por el instigado"(1), pues no basta con hacer del conocimiento de la revocación, sino que se debe evitar que se siga con la ejecución del delito o en su caso la consumación; pues como acertadamente concluye Carlos Pérez "El desistimiento del instigador queda sin valor si fue impotente para detener la ejecución del autor material. Solamente lo favorece si logra impedir el resultado" (2).

Dos: Si el autor principal, al conocer la revocación

(1) Op. cit., p. 670.

(2) Pérez Luis Carlos, Tratado de Derecho Penal, T. III, Ed. Temis, Bogotá Col., 1967, p. 26.

de la instigación deja de ejecutar el delito o evita su consumación, no actualiza a su favor un desistimiento o arrepentimiento, dado que no actuó espontáneamente como lo exige el artículo 12 del Código Penal, sino que fue influenciado por la revocación del instigador. Con ello se torna un grave problema, puesto que para el autor principal se actualiza una tentativa punible, según hemos dicho, y de seguir en todo su rigor la naturaleza accesoria del instigador, éste también respondería por la tentativa. Esto último resulta absurdo si tomamos en cuenta que la revocación hecha por el instigador, evitó de hecho la actualización del hecho punible, y lo acertado entonces es exculparle de toda sanción. Pero, como hemos afirmado, el instigador no puede arrepentirse ni desistirse por carecer del dominio del hecho, luego entonces, ¿Sería correcto aplicarle la excusa absolutoria prevista en el artículo 12 del Código Penal? En nuestra consideración sí, pero para ello habremos de integrar la ley penal en bonam partem, esto es, configurar la excusa absolutoria del arrepentimiento y desistimiento en favor del instigador, lo cual, por otra parte, no está prohibido por el artículo 14 de la Constitución Federal, como han querido algunos doctrinarios.

Tercera: Que el instigador, no obstante conocer la revocación del instigador, se empeñe en ejecutar el delito y el instigador se lo impida, sea en etapa de tentativa inacabada o acabada. En tal caso el autor

principal responderá por tentativa punible, y el instigador al haber evitado la realización del delito, ha actualizado la ratio legis de la excusa absolutoria del desistimiento o arrepentimiento, y por ende debe dársele el mismo tratamiento a que hicimos alusión en la parte final de la hipótesis anterior.

Maurach al entrar al campo de este punto, se pregunta qué conducta debe observar el partícipe para merecer personalmente la exención de la responsabilidad; y se contesta: "Al partícipe debe exigírsele una tal intervención que, o bien impida la consumación del hecho principal o al menos anule de tal modo su propia aportación al hecho, que pierda su eficacia para la continuación del delito" (1).

6.- Desistimiento y Arrepentimiento del Instigado.

Siendo el instigado quien gobierna la ejecución del delito, resulta categórico que sea él quien pueda desistirse o arrepentirse. Nuestro Código punitivo exige, en ambas figuras, que sea espontánea la resolución del autor, por ello, negamos, como ya lo hemos afirmado en el punto anterior, que se presente la excusa absolutoria prevista en el artículo 12, cuando el autor principal pone marcha atrás en la actualización del delito, a instancia del instigador.

El problema primordial en este punto, es resolver si
(1) Op. cit., p. 362.

hay tentativa punible para el instigador cuando el autor principal se ha desistido o arrepentido. Al respecto, hay opiniones en pro y en contra.

Consideran algunos autores que la excusa absolutoria del desistimiento o arrepentimiento es personal, es decir, que sólo benefician a la persona en quien se actualizan, y por ende no es comunicable del autor al instigador. "Punto de partida de la presente exposición, dice Maurach, es la regla básica de que desistimiento y arrepentimiento activo representan personales excusas absolutorias, que benefician pues sólo a aquellas participes en quienes concurren" (1).

No nos agregamos a la postura anterior. Ciertamente la excusa absolutoria de que se trata, tiene el carácter de personal, sin embargo, creemos que esto rige exclusivamente entre autores, no así en lo que toca los participes. Respecto a éstos, cobra plena validez su naturaleza accesoria y por ende, sigue la suerte del hecho principal. La misma razón que hace punible a la instigación, cuando la ejecución del hecho inducido ha llegado a la tentativa, sirve también para determinar su impunidad cuando el hecho principal carece de relevancia jurídico penal, pues en tal caso no hay un injusto en el cual participar, del cual ser accesorio o estar subordinado, y por ende la pretensión del instigador se torna una tentativa de instigación.

(1) Op. cit., p. 362.

Este punto de vista es sostenido por Jiménez Huerta, quien argumenta: "Cuando el desistimiento o el arrepentimiento del sujeto activo primario entra en juego eficazmente impidiendo la consumación del delito, queda atípica, no solamente la conducta ejecutiva por él realizada, sino también la accesoria que hubieren efectuado los sujetos activos secundarios, pues también desde ese punto de vista típico lo accesorio sigue la suerte de lo principal" (1).

7.- Instigación en Cadena.

Se habla de instigación en cadena, cuando se instiga a instigar. La cadena puede ser indefinida, siempre que el hecho a que induce el primer determinador coincida con el ejecutado por el autor principal. No se trata de una excepción a la regla que versa sobre la concreción de un sujeto determinado, puesto que, el primer sujeto instiga a un segundo sujeto definido, y éste a su vez a un tercero, el cual también es determinado, y así sucesivamente; máxime que ónticamente la relación que hay entre el primer sujeto y el autor que ejecuta, es la misma que si se tratara de un solo instigador y un solo ejecutor. Dice Fontán Balestra: "No creemos que se pueda dudar de la punibilidad de la instigación a instigación. El que instiga por medio de otro determina directamente a cometer el hecho del autor material" (2).

(1) Op. cit., T. I., p. 413.

(2) Tratado, Op. cit., p. 482.

La fracción V del artículo 13 del Código Penal, al establecer que son responsables del delito los que determinen intencionalmente a otro a cometerlo, no requiere una relación directa entre el sujeto que determina y el determinado; y no hay impedimento para aprobar una instigación en cadena, a más de que el precepto mencionado usa el plural "Los que", y con ello se corrobora la postura aquí sostenida. Es acertado el criterio del legislador en no requerir una instigación directa, como lo hacen las legislaciones argentina, pues de esta manera nuestros doctrinarios no se ven en la penosa necesidad de hacer piruetas, como a menudo se ve en la literatura penal argentina, para salvar el error legislativo.

B.- El Agente Provocador.

Se dice que es Agente Provocador, el "sujeto, particular o funcionario, que induce a otro a cometer un delito determinado para poner a prueba su capacidad criminal, hacerlo sorprender en flagrancia, recopilar pruebas contra él, reclamar la recompensa prometida por ciertos delitos a los delatores" (1).

La problemática a resolver en este punto consiste en determinar si el agente provocador ha de ser castigado o no, en razón de haber corrompido la voluntad de otro para que cometiera un delito. La doctrina se ve dividida en

(1) Fernandez Carrasquilla, Op. cit., p. 407.

dos sectores: Quienes absuelven de responsabilidad al agente provocador, y quienes opinan que debe ser punible su actividad.

La literatura penal que se orilla a considerar inocente al agente provocador, aduce que el verdadero instigador actúa con la voluntad incondicionada de que el autor principal no realice el delito. Que si el agente provocador se distingue por no querer el resultado sino sólo un principio de ejecución a fin de sorprender al delincuente, carece de dolo respecto de la realización del resultado, y que, por otro lado, no es posible una instigación a la tentativa.

Dice sobre el particular Mir Puig, "el tipo subjetivo de la inducción a un delito doloso requiere el dolo en el inductor. Se entiende que concurre cuando el inductor no sólo quiere causar la resolución criminal en el autor, sino que también quiere que éste realice efectivamente el hecho... Como el agente provocador no quiere que el autor produzca la lesión, no puede ser instigador como inductor doloso" (1). Siguen este criterio Mezger (2), Welzel (3), Jiménez de Asúa (4) y Fierro (5).

El sector doctrinal que pugna por el punibilidad del agente provocador, se divide en dos ramas. Así, algunos

- (1) Santiago Mir Puig, Derecho Penal, Ed. Promociones Publicaciones Universitarias, Barcelona, 1984, p. 346
- (2) Libro de Estudio, Op. cit., p. 346-347.
- (3) Derecho Penal Parte General, Op. cit., p. 167.
- (4) La Ley y el Delito, Op. cit., p. 508.
- (5) La participación Criminal, Op. cit., p. 274.

autores consideran que lo esencial está en el contenido de la voluntad del agente, y que, por ende, si el resultado al que se instiga llegase a suceder, deberá atenderse a si el agente lo había aceptado en su voluntad, o bien lo había rechazado, y así determinar si actuó con dolo eventual o bien con culpa consciente. Dice al respecto Fernández Carrasquilla que "El provocador generalmente actuará sin dolo, porque no quiere la consumación del delito; pero si la consumación se produce, siéndole el resultado imputable a título de dolo eventual o culpa, responderá en el primer caso como instigador del delito cometido y en el segundo como autor mediato culposo en el mismo" (1).

No negamos a la anterior postura, el hecho de que deba atenderse al contenido de la voluntad del instigador; lo que sí negamos es que considere la posibilidad de un resultado culposo o doloso. En nuestro concepto la punibilidad del agente provocador debe establecerse sin ninguna limitación. En este sentido Zaffaroni, quien da el siguiente razonamiento: "la ley no quiere que nadie determine a nadie a cometer acciones prohibidas por ella, sean consumadas o tentadas. Por ello, creemos ahora, con la mayoría de la doctrina, que el agente provocador es punible como instigador, particularmente teniendo en cuenta que no hay diferencia entre el dolo del delito y el dolo de la tentativa -que es el mismo- y que nuestra ley

(1) Op. cit., p. 407.

sólo requiere que el instigador determine a otro a cometerlo" (1). Este criterio lo comparte Cuello Calón, y dice "en el caso de consumación no existe duda en cuanto a la punibilidad del provocador y en el de mera tentativa, el peligro que ésta encierra para bienes jurídicamente protegidos justifica que el agente provocador responda de tentativa de delito" (2).

Nosotros compartimos el criterio anterior, pues en efecto, la norma prohíbe corromper la voluntad de otro induciéndole a que cometa un hecho punible; la actividad del agente provocador es precisamente la materia de la prohibición, lo que determina pues, su punibilidad. El dolo del Agente Provocador reúne, por así decirlo, con el dolo del instigador, dado que determina dolosamente a otro a la comisión de un delito (también doloso), y por ende comprende un hecho determinado y recae sobre un sujeto determinado, y el hecho de que no quiera el resultado, no es suficiente para anular el dolo, puesto que el Agente provocador puede reprobado el resultado y de hecho no no quererlo, sin embargo, desde el momento en que instiga a su comisión, es indudable que se lo ha representado como probable (tampoco podemos decir que se lo representa como seguro, pues entonces se actualizaría una instigación lisa y llana con dolo directo), y si no obstante esa representación, el Agente provocador prosiguió con su obra, es lógico concluir que el resultado que sobrevenga

(1) Manual, Op. cit., p. 634.

(2) Op. cit., p. 670.

le será imputado como instigador con dolo eventual, lo cual se esclarece a la luz de la teoría de las probabilidades, pues si quiere que el instigado llegue a la fase de tentativa, se supone que las probabilidades de que se consuma el resultado son bastantes.

Por otro lado, no es justificado argumentar que el fin es sorprender a un delincuente, pues no se puede instigar a cometer delitos para después castigarlos. Sin la actividad del Agente provocador, puede acontecer que el instigado ni siquiera hubiera ideado la comisión del hecho. Tampoco justifica la actitud del Agentes provocador el hecho de que el instigado sea un delincuente buscado, pues no deben mezclarse hechos pasados con el hecho al que se instiga; la actividad del Agente provocador como método para la persecución de delincuentes, es propio de los Estados Totalitarios.

9.- Exceso del Instigado.

Al hablar del dolo del instigador, se dijo que el hecho al cual se determinaba habría de ser preciso. Esto resulta fundamental para establecer que el dolo del instigador está limitado al hecho concreto al que se indujo; de ahí que el exceso en que incurre el determinado caen fuera del dolo del instigador, y por ende, no le es imputable a éste. En ello la doctrina dominante es uniforme.

El instigado puede incurrir en un exceso cualitativo

o cuantitativo. El primero se presenta, dice Jescheck, cuando "el autor comete un hecho distinto al que quería determinar el inductor" (1). La divergencia entre el hecho inducido y el realmente ejecutado, ha de ser esencial, por ejemplo, si se instiga a robar y el instigador decide violar a la víctima. Los errores en la persona y en el golpe, por ser inesenciales, son irrelevantes para eludir la responsabilidad del instigado. Resulta acertada la opinión de Maurach en el sentido de que "La cuestión de cuándo la desviación es esencial, no puede ser resuelta en términos generales, sino tan sólo atendiendo a los los concretos tipos o grupos delictivos" (2).

El exceso cualitativo, no es, en esencia, un exceso, sino más bien una simple divergencia de delitos (se comete un delito por otro); un verdadero exceso ha de consistir en que el inducido ejecuta otro hecho además del que le determinó el instigador: A paga a B para que prive de la vida a C; B, antes de cometer el letal resultado viola a C. Por ello creemos que el único exceso es el que atiende al quantum final (exceso cuantitativo).

Se habla de exceso cuantitativo "cuando el hecho instigado y el cumplido se encaminan hacia la lesión o puesta en peligro de un mismo bien jurídico" (3); valga decir de quien instiga a un robo simple y el autor principal lo ejecuta con violencia.

(1) Op. cit., p. 960

(2) Op. cit., p. 375

(3) Fontán Balestra, Tratado, Op. cit., p. 493.

Para establecer la responsabilidad del instigador en estos casos, debemos distinguir dos situaciones: Primera: Si en la instigación e incluyeron las circunstancias que califican al hecho, el instigador responde de también de ellas: Se instiga a robar en una casa habitación (lugar), o a hacerlo con violencia (modo), o bien contra un viajero durante un viaje (tiempo). Segunda: Si las circunstancias que califican el hecho no pertenecen al dolo del instigador, éste responderá del hecho simple al que determinó, dado que la forma en que el sujeto ejecutó el hecho, sólo le incumbe a este último; dice Maurach "Quien induce a un simple robo, no responderá por el hecho cometido con las agravaciones" (1). Sin embargo, por disposición del artículo 54 del Código Penal, las circunstancias objetivas son comunicables entre los partícipes que tengan conocimiento de ellas; lo cual significa, que, aun en el caso de que el instigador haya determinado a la comisión de un delito simple, si tiene conocimiento de las circunstancias (que califican el hecho) en que lo realiza el autor, le será imputable el delito calificado.

Por otra parte, existe también exceso cuantitativo, cuando el instigado comete otro u otros delitos además del que se le instigó, vr. gr., si se le determinó a robar, pero además de este hecho, priva de la vida a la víctima. En estos casos es indudable que el instigador no responde

(1) Op. cit. p. 375.

del exceso, dado que escapa al contenido de su dolo; de ahí la relevancia que tiene la delimitación del hecho punible al cual se instiga.

10.- Instigación en Delitos Especiales.

Hemos afirmado ya, que en los delitos especiales la autoría se limita a un círculo de personas que tengan la calidad exigida por el tipo. Mezclar los temas de delitos especiales e instigación, acarrea las siguientes hipótesis: Instigación de un sujeto idóneo a uno inidóneo; instigación de un sujeto inidóneo a un sujeto idóneo; instigación de un sujeto idóneo a uno idóneo; e instigación de un sujeto inidóneo a un sujeto inidóneo.

a.- Instigación de un sujeto idóneo a un sujeto inidóneo.

En este supuesto, es el instigador el sujeto que posee la calidad exigida por el tipo, e induce a la comisión de un delito especial a quien carece de esa calidad. Debemos distinguir aquí dos hipótesis a la vez, atendiendo que el delito especial derive de un tipo básico o fundamental o que no derive; esto es, debemos atender si el delito especial es propio o impropio.

Si el delito especial al que se instigó deriva de un tipo básico, el inductor responderá del hecho especial, y el determinado le será imputable el hecho a través del tipo básico, dado que, por disposición del artículo 54 del Código Penal, el aumento o disminución de la pena,

fundadas en las calidades, en las relaciones personales o en las circunstancias subjetivas del autor de un delito, no son aplicables a los demás sujetos que intervengan en su comisión. Así, A, que desea el patrimonio de su padre, le manda matar con B. A responde de parricidio y B de homicidio. Se habla aquí de inducción a un delito especial impropio o unido con el resultado.

Si el delito especial no deriva de un tipo básico, no es posible una instigación del calificado al no calificado. La razón estriba en que nos encontramos ante un delito especial propio o unido con la autoría, en el cual la circunstancia exigida al activo, no aumenta ni disminuye la pena, sino la fundamenta, y, por ende, sólo el autor puede ejecutar la acción prohibida. Un juez (sujeto idóneo) no puede inducir a cometer prevaricato a quien no es Juez (sujeto inidóneo), pues sólo él puede realizar la materia de la prohibición.

b.- Instigación de un sujeto inidóneo a un sujeto idóneo.

Esta hipótesis presenta el caso inverso de la anterior, pero sus consecuencias son diversas. Nuevamente diferenciamos si se trata de un delito especial propio o impropio. Si el hecho al que se instigó nace a raíz de un tipo básico, el instigador responde del delito básico, y el instigado del tipo especial. En el mismo caso del parricidio, si A instiga a B para que mate a su padre (de B), aquél, por carecer de la relación de parentesco es

puniBLE conforme al artículo 302, en cambio el ejecutor conforme al 323. La circunstancia de ser descendiente no se transfiere a A, en razón de lo estipulado por el artículo 54 del Código Penal.

Tratándose de un delito especial propio, es posible una instigación del no calificado a quien si lo es. Cualquier persona puede instigar a un abogado a ejecutar alguna de las hipótesis del artículo 232 del Código Penal. La traba aquí, no reside en determinar si se puede instigar o no a la comisión del delito especial propio, sino más bien, delimitar la antinormatividad del instigador, dado que el instigado, es obvio, que responderá del delito cometido. Debemos tomar en consideración que se trata de un delito especial propio, y por ende, no hay un tipo base por el cual pueda responder quien no es sujeto idóneo, y por otra parte, la calidad del inducido no agrava ni atenúa la pena, sino la fundamenta, y por ello no será aplicable en principio la regla de incommunicabilidad de circunstancias prevista en el artículo 54 del Código Penal. Dos posibles soluciones pueden darse al respecto: Primera, que la calidad del inducido se extienda al instigador y sea, por lo tanto, responsable del delito especial propio. Segunda, que por no contar con la calidad exigida, se le absuelva de toda responsabilidad.

La primera solución antes dada, sería justa, pero carecería de todo fundamento legal. Por ello optamos por

la segunda de las propuestas, y que de acuerdo con una integración analógica in bonam partem, que se haga del artículo 54 del Código Penal, se entenderá que tratándose de calidades o relaciones personales del autor que fundamenten la pena, éstas no son transferibles entre los partícipes. Esta solución que adoptamos es ratificada por el mismo Código Penal, al determinar en el artículo 212, último párrafo, una excepción a ella, pues dice que "Se impondrán las mismas sanciones previstas para el delito de que se trate a cualquier persona que participe en la perpetración de alguno de los delitos previstos en este título o en el subsecuente". Con ello se entiende que en los delitos no contemplados en los títulos décimo y décimo primero del Código penal, no es posible la comunicabilidad de las calidades o relaciones personales que funden la pena.

c.- Instigación de un sujeto idóneo a un sujeto idóneo.

Es este supuesto, el inductor como el inducido, tienen la nota exigida por la descripción legal. Dedúcese pues, que tanto el sujeto que instiga como el instigado, responderán por el resultado acaecido. Serán responsables de parricidio, los hermanos A y B, si el primero determinó al segundo a privar de la vida a su ascendiente. El papel que cada uno juega en la comisión del delito, será relevante, en todo caso, para individualizar la pena de acuerdo a lo establecido por los artículos 51 y 52 del

Código penal.

d.- Instigación de un sujeto inidóneo a un sujeto inidóneo.

La instigación de un sujeto inidóneo a un sujeto también inidóneo no puede presentarse. Ningún hombre mentalmente sano querra cometer un delito sabiendo que no concurre en él la calidad exigida por el tipo. A no puede instigar a B a cometer parricidio, cuando ambos saben que entre ambos y la presunta víctima no hay relación de parentesco. Lo que puede ocurrir en todo caso, es que el instigador como el instigado crean ser sujetos idóneos cuando en realidad no lo son, esto por estar bajo un error esencial invencible. Lo anterior desembocará necesariamente en una tentativa imposible del delito pretendido, puesto que creen iniciar la concreción de un delito especial, siendo que nunca podrán perpetrarlo; más aun, ni siquiera podrán actualizar la antinormatividad de la conducta, dado que, para quien no es sujeto idóneo no hay una norma que le obligue a cumplir con un deber. Debemos aclarar, sin embargo, que si el delito especial que se pretendió ejecutar es impropio, se actualizará el delito básico del cual depende el frustrado, sea consumado o en grado de tentativa, de acuerdo a la fase de ejecución a que hayan llegado los activos.

11.- Instigación en Delitos de Propia Mano.

La limitación del grupo de autores en ciertos

delitos, no se da tan sólo en los especiales o exclusivos, sino también en los hechos punibles de propia mano. En estos últimos dice Gimbernat "el tipo hace siempre referencia a una actividad bien concreta; por ello, quien no la realiza directamente no podrá ser nunca "El que" a que se refiere el precepto positivo" (1).

La instigación a un delito de propia mano, puede presentarse sin obstáculo alguno, siempre que el instigado sea quien realice personalmente el delito. A instiga a B y C, para que tengan relaciones sexuales entre si, a sabiendas del parentesco de ascendiente y descendiente.

La instigación en cadena no varía en nada la posibilidad de una instigación a un delito de propia mano, puesto que el primer instigador no determina a la comisión del delito al segundo instigador, sino precisamente lo instiga a que él también instigue a la comisión del delito de propia mano, o en su caso, a una nueva instigación; en esencia, no varía una instigación indirecta con una directa.

12.- Instigación en Delitos Culposos.

En este punto habremos de distinguir claramente entre una instigación a un delito culposo de una instigación culposa. Apresurémonos a decir desde ahora, que no son posibles de realizar ambas figuras, pues como acertadamente lo dice Maurach "En estos casos se dará o

(1) Op. cit., p. 247.

autoría mediata (de concurrir dolo tan sólo en el inductor, no en el autor directo) o autoría accesoria (de darse culpa en las dos partes, o culpa en el inductor)"(1)

a.- Instigación a un delito Culposo.

Mezger (2) y Soler (3), entre otros, admiten la instigación a un delito culposo. El segundo de los mencionados afirma que "la instigación, si bien tiene que ser intencional en el sentido de dirigirse al acto que ha de ejecutar el instigado, no quiere que, a su vez, ese acto sea en sí mismo doloso. Es decir, que es admisible la instigación en hechos culposos" (3).

No es admisible esta postura. El instigador hemos dicho, ha de obrar intencionalmente, lo cual conlleva que quiera la realización del hecho al cual instigó, luego entonces, no instiga a incumplir un deber de cuidado, sino a cometer un delito, y deja en manos del instigado la ejecución del mismo; no se vale de este para cometerlo, sino que lo convence para que él lo cometa. Participar, en sentido jurídico penal, dice Fontán Balestra "es participar en un delito, no en una conducta imprudente, sin relevancia penal en sí misma" (4).

Para el caso de que el instigador obre dolosamente, es decir que su finalidad se encamina a la realización de

(1) Op. cit., p. 359.

(2) Libro de Estudio, Op. cit., p. 315.

(3) Op. cit., p. 278.

(4) Manual, Op. cit., p. 428.

un delito, e instigue a otro a incumplir un deber de cuidado, y a causa de ello sobreviene un resultado típico, hablaremos de autoría mediata, puesto que el supuesto instigador, es quien domina el curso causal del hecho, y más que instigar a una conducta culposa utiliza al sujeto imprudente para el logro de sus fines.

b.- Instigación Culposa.

La instigación no es un concepto creado por el Derecho penal, sino por el contrario, éste lo toma de lo óntico, de la vida cotidiana. Instigar es pues determinar a otro a cometer tal o cual hecho, lo cual presupone que el sujeto que instiga quiere la realización del hecho, la cual instiga. De ahí que no sea posible concebir que se instiga a un hecho y que a la vez no se quiera que se realice; sería una contraditio in terminis. La doctrina que acepta una instigación culposa, ha perdido de vista la naturaleza óntica de ambas figuras penales.

Porte Petit, niega la instigación culposa y comenta: "Nuestro parecer es en el sentido de que siendo uno de los elementos de la instigación el dolo del inductor determinar a otro, es indudable que no se puede inducirse realizando a una conducta culposa, que consiste en la violación de un deber de cuidado que personalmente le incumbe" (1). Lo que dicen algunos autores que es instigación culposa, en esencia es una autoría material

(1) Programa, Op. cit., p. 901.

culposa; el supuesto instigador viola también con su proceder un deber de cuidado en el ámbito de relación. "La inducción imprudente, dice Jescheck, no es punible en cuanto tal, más puede suponer autoría imprudente" (1).

Por cuanto hace a la postura legal, vemos que acertadamente el Código Penal niega una instigación culposas, al establecer que quien determina a otro a la comisión de un delito, ha de hacerlo intencionalmente (artículo 13, fracción V).

E.- La Pena para el Instigado y para el Instigador.

La pena que la ley señala por la comisión de un delito en particular, es la aplicable al instigado; es éste por quien se sustituye "El que" anónimo que aparece en cada tipo penal. En cambio, el instigador no puede meterse, por así decirlo, en el anónimo mencionado, puesto que él no produce el resultado típico. El fundamento de la pena para el instigador, consiste en que ha provocado en otro la resolución de cometer un delito; se le castiga por haber corrompido la voluntad del autor principal; por haberlo llevado por los causes de lo prohibido por la norma. Con sobrada razón afirma Mezger que "cuando la ley penal castiga al instigador, no lo hace por ser éste responsable de la punibilidad de otro, sino por la circunstancia de haber provocado, como causante remoto, la comisión del hecho punible" (2).

(1) Op. cit., p. 958.

(2) Libro de Estudio, Op. cit., p. 314.

El Código Penal ha establecido una equiparación de penas para los responsables del delito, sean autores o partícipes, circunstancia ésta que no es del agrado de Porte Petit, quien indica: "creemos que esta posición del ordenamiento jurídico, de señalar una idéntica pena para los que intervienen en el delito, no es acertado con el sistema que sigue de precisar los diversos sujetos que intervienen en su realización, es decir, que debería corresponder una pena adecuada según su intervención concreta en el delito realizado" (1).

No vemos sólido lo dicho por el escritor citado, pues una división tal clara de autores y partícipes, no conlleva necesariamente a una disminución o a un aumento de la pena para éstos últimos, a más de que, el juzgador está en la más amplia potestad de sancionar menos o más severamente al instigador que al autor, puesto que, según el artículo 51 del Código Penal, los jueces y tribunales sancionarán dentro de los límites fijados por la ley a quien participe en el delito, atendiendo a las circunstancias exteriores de ejecución y a las peculiares del delincuente. Debemos hacer hincapié en el sentido de que cuando el juzgador aplica al instigador una pena mayor o menor que la impuesta al autor principal, habrá de motivar esa determinación, so pena de que viole garantías individuales del procesado.

(1) Programa, Op. cit., p. 90B.

III.- LA COMPLICIDAD

A.- Denominación.

La complicidad no es sino una forma de participar en la comisión de un hecho punible. La doctrina no varía en demasía, cuando establece una definición del cómplice. Jescheck pone de manifiesto que "la complicidad es la cooperación dolosa con otro en la realización de su hecho antijurídico dolosamente cometido" (1). Maurach por su parte afirma que la "complicidad es el auxilio doloso a un crimen o delito doloso, cometido por otro" (2). Bacigalupo introduce en la definición de cómplice, un elemento negativo, que el cómplice no tenga el dominio del hecho: "Cómplice es el que dolosamente y sin tener el dominio del hecho principal presta al autor o autores ayuda para la comisión del delito" (3).

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

La definición legal del cómplice se establece en fracción VI del artículo 13 del Código Penal, que responsabiliza del delito, a quienes intencionalmente presten ayuda o auxilio a otro para su comisión. Nuestro Código Punitivo, no exige expresamente que el hecho en el

(1) Op. cit., p. 962.

(2) Op. cit., p. 377.

(3) Lineamientos, Op. cit., p.107.

cual se ayuda o auxilia, sea cometido dolosamente, esto se desprende la naturaleza misma de la autoría y participación. Acerca de una posible complicidad en un delito culposo, habremos de ocuparnos más adelante.

B.- Formas de Comisión y Formas de Presentación de la Complicidad.

La complicidad nace, desde el punto de vista de comisión, mediante una acción o bien mediante una omisión.

Cualquier ayuda o auxilio que se preste al autor principal, mediante un hacer, no hay duda de que comprende complicidad. Lo que habrá de determinarse es la posibilidad de una complicidad por omisión. La doctrina dominante acepta esta hipótesis, pero sujeta la responsabilidad del omitente, a que tenga la calidad de garante. Wessels se une a esta corriente al afirmar que "la complicidad también puede cometerse por omisión, si le corresponde al cómplice un deber de garantía" (1). Fuera de este caso, el simple conocimiento de la comisión de un delito y no hacer nada por evitarlo (la llamada complicidad negativa o connivencia), no acarrea una responsabilidad por su comisión; en todo caso se actualizará un delito de encubrimiento, pues como acertadamente dice Soler "La ley no castiga el no impedir que se haga, sino el contribuir a que se produzca" (2).

(1) Op. cit., p. 169.

(2) Op. cit., p. 283.

La complicidad por omisión, no debe confundirse con la complicidad activa en un delito de omisión; aquí se ayuda o auxilia, sea por omisión u acción, a quien teniendo la calidad de garante, ejecuta el hecho principal.

Las formas en que puede presentarse la ayuda o auxilio, son: física y moral. La primera hipótesis, ha de ser entendida en el sentido más técnico de la palabra "física", puesto que el aporte del cómplice es de naturaleza material, palpable en el mundo exterior, por ejemplo quien presta al ladrón las ganzúas, el arma de fuego al asesino, etc. Se incluyen en esta categoría los movimientos corporales del cómplice, siempre que esos actos no impliquen dominio del hecho.

De sumo interés resulta el problema que plantea la doctrina, en el sentido de si la complicidad se da aun en el caso de que el cómplice ejecute una característica típica.

Maurach considera que "si el auxilio se traduce en la realización por el propio cooperador de una característica típica de la acción, no cabrá invocar la simple complicidad, aun cuando se ceda al sujeto auxiliado el cumplimiento de la restante parte del acto, y pese a que no esté interesado el primero en la producción del resultado" (1). No creemos acertada esta opinión. Para

(1) Op. cit., p. 379.

ser autor no basta con ejecutar una característica del tipo, sino más bien contar, por una parte, con el dominio del hecho, y por otra, con la calidad exigida por el tipo y con elemento subjetivo del injusto, estos dos últimos elementos, cuando el tipo así lo exija. Quien se apodera de un cosa mueble, sin derecho y sin consentimiento de la persona que puede disponer de ella con arreglo a la ley, pero sin ánimo de apropiación, no puede ser autor del delito de robo.

Jescheck, acertadamente, sostiene que "en el caso de que alguien realice de propia mano un elemento del tipo del hecho principal, puede excepcionalmente concurrir sólo complicidad, en la medida en la que no se tenga participación alguna en el común acuerdo constitutivo de la coautoría" (1).

La complicidad psíquica, llamada también moral, "consiste ora en el hecho de instruir al delincuente indicándole el modo o forma de ejecución del delito, ora en darle ánimos prometiéndole ayuda para su perpetración o para facilitar su impunidad" (2). La complicidad moral tiene como esencia un fortalecimiento en la voluntad criminal del autor, para continuar con su fin delictivo.

La distinción entre complicidad física u psíquica, no significa que se repelen entre sí, puesto que pueden concurrir ambas, o bien, en el orden práctico, el

(1) Op. cit., p. 962.

(2) Cuello Calón, Op. cit., p. 670.

frustramiento de la ayuda material, deja latente la complicidad moral.

C.- Dolo del Cómplice.

La ayuda o auxilio del cómplice, ha de ser dolosa, intencional, dice nuestra Código Penal en la fracción VI del artículo 13. La complicidad culposa está descartada por disposición legal, lo cual es del todo acertado, puesto que quienes hablan de complicidad culposa, en esencia tratan una autoría mediata, o bien una autoría concomitante culposa.

El dolo del cómplice comprende tres elementos: Conocimiento de que favorece a la ejecución de un delito; conocimiento del hecho punible al que favorece; y la voluntad para que éste llegue a su consumación. Es condición en los cómplices, dice Carranca y Trujillo, "que presten su auxilio o cooperación por actos previos o coetáneos, y accesorios, a sabiendas de que con ello favorecen a la ejecución del delito" (1).

El cómplice ha de saber que su aporte contribuye a la realización de un delito; esto significa que no basta una ayuda en sí misma, sino que además, el sujeto debe saber que con esa ayuda se cometerá un hecho punible; finalísticamente encamina su ayuda a la obtención de un resultado. El velador que deja la puerta abierta a fin de que se introduzcan sus amigos con quienes ha pactado un

(1) Código Penal Anotado, Op. cit., p. 65.

juego de cartas, no responde por el delito de robo, si los ladrones se introdujeron por esa puerta.

El dolo del cómplice ha de estar encaminado, finalísticamente, a ayudar o auxiliar en el hecho punible concreto. El conocimiento del cómplice no recae en delitos genéricos, sino en delitos específicos, concebidos previamente por el autor principal; en ello no hay duda, pues si el cómplice ha de actuar con dolo, es indudable que debe conocer los elementos típicos del hecho al cual sabe contribuye, por ello, no es posible una ayuda para la ejecución de delitos indeterminados.

Como consecuencia del actuar final del cómplice, es indispensable que él también quiera la consumación del delito, bastando con el dolo eventual; pues no es concebible que se ayude intencionalmente a la ejecución de un delito y a la vez no se quiera que éste se realice. No debemos pasar inadvertido el juicio que emite Maurach, en el sentido de que "la simple voluntad interna de "no querer ayuda" no podrá por supuesto eximir de responsabilidad al cooperador, si su aportación es objetivamente apropiada para favorecer el hecho principal, y el cómplice así lo sabe" (1). Esto vale sobre todo en tratándose de que el cómplice actúe con dolo eventual, el cual ciertamente no se destruye por el simple repudio anímico del cómplice por el hecho en el que contribuye, sino más bien, de acuerdo a las posibilidades de que con

(1) Op. cit., p. 381.

actuar ayude o auxilie a la comisión de un delito.

D.- Problemática de la Complicidad.

1.- Momento de la complicidad.

El cómplice puede aportar su ayuda, desde el momento en que haya una resolución manifestada, por parte del autor principal, y en ocasiones aun después de consumado el delito. En este orden de ideas, podemos clasificar a la complicidad, por cuanto hace a la temporalidad, en previa, concomitante y posterior a la ejecución del delito lo cual no prohíbe que un solo cómplice pueda adecuarse a todas ellas.

La complicidad previa puede presentarse desde el momento en que el autor principal ha manifestado su resolución de cometer el hecho punible, hasta el momento en que se inicia la ejecución del delito. La doctrina, generalmente, pone como límite mínimo de la complicidad a los actos preparatorios, sin embargo no vemos obstáculo para extenderla aun en el caso de la resolución manifestada, sobre todo en aquellos casos en que la ayuda es psíquica y se refuerza la idea criminosa ya resuelta. El Código Penal sanciona el acuerdo y preparación del delito (art. 13, fracción I), como formas de complicidad previa. Debemos aclarar que el acuerdo y los actos preparatorios del cómplice, han de entrañar en el fondo, una ayuda para la posterior ejecución del delito, y no por cierto, actos propios de autoría que impliquen un dominio

del hecho. Debemos recordar también, que el acuerdo y la preparación de la realización del delito, no son punibles por sí solas, se requiere que el autor haya alcanzado al menos la etapa de la tentativa.

La complicidad concomitante se presenta cuando la ayuda o auxilio se presta en el momento de la ejecución del delito; por ejemplo, quien vigila mientras sus compañeros roban el almacén. Debemos hacer hincapié, en el sentido de que los actos del cómplice han de estar desprovistos del dominio del hecho, pues de no ser así, el cómplice sería autor. La complicidad concomitante la prevé nuestro Código Penal en la fracción VI, del artículo 13, al señalar como responsables del delito, los que ayuden o auxilién a otro en su comisión.

En ocasiones, se ayuda o auxilia al autor principal una vez que éste ha consumado el delito, ora ocultándolo, ora escondiendo el objeto del delito, etc. Si estos actos se ejecutan en virtud de un acuerdo previo a la realización del hecho punible, se hablará de una complicidad subsequens. En cambio, si no media ninguna promesa de ayuda, la conducta de ayuda queda tipificada en el delito de encubrimiento. Dice sobre el particular Jiménez de Asúa: "Aun cuando estos auxiliadores han sido caracterizados con la denominación de subsequens, ya que el auxilio prometido es para después del delito, se distinguen perfectamente de los encubridores, que, conforme a la doctrina de causalidad, han sido eliminados

de la codelincuencia" (1).

Resulta interesante lo observado por Bacigalupo, en el sentido de que "no hay una complicidad posterior a la consumación, ni siquiera cuando se cumple una promesa anterior al delito: lo que determina la complicidad es la promesa anterior. Si esta promesa no tuvo incidencia en el hecho no habrá complicidad, pero si la tuvo habrá complicidad aun cuando luego no se cumpla" (2). No concordamos con este autor, ya que su opinión más que un argumento, resulta ser un sofisma, y toca ahora echarlo por tierra, y para ello habremos de distinguir dos hipótesis:

Primera hipótesis: Si la promesa subsequens tuvo incidencia en el hecho punible, debemos de distinguir dos casos: Que se cumpla esa promesa o bien que no se cumpla. De encontrarnos en el primer caso, sería propiamente un cómplice subsequens, al cual no se le castiga por haber contribuido psíquicamente en la realización del delito, sino por ejecutar la conducta de ayuda previamente prometida; nótese como acertadamente el legislador mexicano sanciona, en la fracción VII del artículo 13 del Código Penal, el auxilio prestado al delincuente, y no pune la promesa propiamente dicha. De encontrarnos en el segundo caso (cuando no se cumple la ayuda prometida), el resultado sería una complicidad moral previa (por

(1) La Ley y el Delito, Op. cit., p. 509.

(2) Manual, Op. cit., p. 211.

reforzamiento a la idea criminosa), y de ninguna manera una complicidad subsequens. La esencia de la complicidad que tratamos, es que el sujeto realiza actos de ayuda una vez ejecutado el delito (de ahí el nombre de subsequens), los actos previos escapan a su naturaleza.

Segunda hipótesis: Si la promesa dada al autor principal no llega a incidir sobre la ejecución del hecho, habremos de analizar estos dos casos: Si la promesa se cumple, habrá lisa y llanamente una complicidad subsequens, dado que la falta de complicidad moral previa no elimina la complicidad física posterior prometida antes de la ejecución del hecho. En cambio, si la promesa de ayuda no incide en la ejecución y a la vez no se cumple posteriormente, no se configura ningún tipo de complicidad

La complicidad en los delitos instantáneos se presenta sin ningún obstáculo, sea ésta previa, concomitante o posterior. De igual forma puede presentarse en los delitos permanentes, con la salvedad de que en éstos, dado que su consumación se prolonga en el tiempo, la complicidad concomitante tiene mayor posibilidad temporal de que se presente.

La complicidad en los delitos continuados, resulta del todo una problemática. Quien ayuda o auxilia en la preparación de varios delitos iguales, abrazados por el mismo ánimo, responde sólo de éstos; si el autor principal, ante el éxito obtenido, decide ampliar el plan

previamente establecido, ello es irrelevante para el cómplice. Por otra parte, si el cómplice ayuda o auxilia en la ejecución de todos los delitos, de ellos será responsable. Por el contrario, si no auxilia en todos, será responsables en los cuales haya participado, sin que perdamos de vista que si la ayuda se realizó en la ejecución de los primeros hechos que conforman el delito continuado, puede subsistir una complicidad moral por el resto de los hechos. El cómplice subsequens responde de todos los actos que ejecute después de cometido el hecho punible, siempre que lo haya así prometido antes de dicha ejecución. Así, por ejemplo, si A pretende robar diez televisores en forma de delito continuado, y B le manifiesta que él se los compra una vez que los haya sustraído; pero A roba veinte televisores en vez de los diez que había planeado, y B le compra todos los aparatos hurtados; en este supuesto, el cómplice subsequens responde del robo de diez televisores, y por comprar el resto del producto, encuadrará su conducta en el delito de encubrimiento.

En todos estos casos la responsabilidad del cómplice será según la magnitud de su dolo; lo que finalísticamente se propone, caerá dentro de su responsabilidad.

2.- Ayudar a quien Actúa con una Excluyente de Responsabilidad a su favor.

Al igual que la instigación, la complicidad no es una figura exclusiva del Derecho Penal, sino que éste la

toma de lo óntico, de lo real; de ahí que no sólo se ayuda o auxilia a la comisión de delitos, pues también se puede ser cómplice de conductas valoradas.

Atendiendo a la teoría de la accesoriedad limitada, la complicidad adquiere relevancia penal, cuando se inmiscuye en un injusto, es decir, en una conducta típica, y contraria a Derecho. Siendo los tipos penales los encargados de mostrar la materia de la prohibición, resulta lógico considerar que aquellas conductas no prohibidas, caen dentro del ámbito de acción social adecuado, de ahí que, como hemos dicho, se puede ayudar o auxiliar en hechos valorados.

Más aun, dado que la antinormatividad de la conducta se presenta con la tipicidad, se deduce que se puede ayudar o auxiliar en hecho atípicos, lo cual será, por consecuencia lógica, socialmente tolerable, sin que con ello afirmemos que la conducta de quien ayuda o auxilia, sea valorada; puede ser desvalorada, pero permitida dentro de una marco de tolerancia social; por ello afirma Welzel "Las conductas socialmente adecuadas no son necesariamente ejemplares, sino conductas que se mantienen dentro de los límites de la libertad de acción social" (1).

Cuando la conducta principal contraria la norma, sale del límite de tolerancia social; sin embargo, el cómplice de ella, sigue la margen de la ley penal, pues no

(1) El Nuevo Sistema del Derecho penal, Op. cit., p. 55.

basta con participar en una conducta típica, es menester que sea antijurídica, de ahí que si al autor principal le favorece una causa de licitud, la aportación del cómplice es también adecuada a Derecho, pues de lo lícito no pueden derivarse hechos ilícitos. De esta suerte, se puede auxiliar a que se haga efectiva una legítima defensa, un estado de necesidad, etcétera.

Por el contrario, si la conducta típica principal no está permitida por el ordenamiento jurídico, el auxilio que se proporcione para su consumación tampoco lo está, y por ende resulta relevante para el Derecho Penal, puesto que se participa en un hecho típico y antijurídico (accesoriedad limitada).

El elemento culpabilidad, es personal de cada codeincente. La inculpabilidad del autor principal, carece de relevancia para el cómplice, de ahí que la responsabilidad de éste no varía atendiendo a si auxilia a un hecho culpable o inculpable. El sujeto que ayuda a quien se encuentra bajo una no exigibilidad de otra conducta, es responsable del injusto que éste sujeto principal cometa; así cuando dos naufragos disputan el salvavidas, y un tercero desde el barco grita a uno de ellos sobre la manera de ahogar al otro, es responsable de homicidio; a menos que el tercero también se encontrara bajo una no exigibilidad de otra conducta, por ejemplo si el naufrago a quien ayuda es su hijo.

Lo anterior se resume con lo expuesto por Reyes Echendía, quien dice: "si la conducta del autor es atípica o justificada, la del cómplice también lo será; si el autor es inimputable, pero no lo es el cómplice, la responsabilidad de aquél, en nuestra legislación penal, se traduce en medidas de seguridad, y la de éste en pena; si el autor obró dentro de una causa de inculpabilidad y el cómplice no, aquél será declarado exento de responsabilidad, a tiempo que este responderá penalmente". (1).

3.- Tentativa de Complicidad.

La labor de auxilio o ayuda al autor principal, puede verse frustrada por causas ajenas a la voluntad del cómplice; es entonces cuando se habla de tentativa de complicidad. No se debe negar la existencia de ésta, sino su punibilidad; lo que no es posible es su adecuación a la tentativa punible a que se refiere el artículo 12 del Código Penal, puesto que con un intento fracasado de ayudar a cometer el delito, propiamente no se está exteriorizando la conducta que deba producir a éste.

Ya Carrara había calificado de un monstruo jurídico, la tentativa de complicidad y puso de manifiesto que "es esencial a la complicidad, que el hecho constitutivo de la misma haya tenido la eficacia sobre el delito principal, en cuya responsabilidad se quiere comprender al autor de

(1) Op. cit., p. 181.

aquella" (1). Una posible tentativa punible de complicidad, sólo es concebible, si la complicidad fuera considerada un delito autónomo, lo cual no es posible, según hemos visto al estudiar la naturaleza de la participación.

La negación de aplicar alguna pena a quien se encuentra en tentativa de complicidad, es hoy en día casi unánime; la razón estriba en que el cómplice se le castiga por haber ayudado o auxiliado a la comisión de un hecho, es decir, porque de alguna manera contribuyó a la realización del delito; de ahí que si su ayuda se ve frustrada, no puede decirse que contribuyó en la obra del autor. "Lo que la doctrina denomina tentativa de complicidad, dice Porte Petit, no es sino una tentativa de cooperación o ayuda, sencillamente porque no logra esa finalidad, sino que se queda en un estadio anterior, razón por la cual, no podemos agregarnos a los partidarios de sancionar a la tentativa de complicidad, habida cuenta que ésta como se ha manifestado debe estar consumada" (2).

La Suprema Corte de Justicia de la Nación, ha dicho, PARTICIPACION. LA SIMPLE TENTATIVA DE COMPLICIDAD O AUXILIO AL DELITO IMPLICA UNA AUSENCIA DE. El favorecimiento a la conducta del autor, a que se comprometió el hoy quejoso, consistente en abastecer de combustible una avioneta que llegó con cocaína a la República Mexicana, procedente de Colombia y con posterior destino a Estados Unidos de Norte América, quedó frustrado a que no logro adquirir dicho combustible, por lo cual su conducta de futura colaboración, quedó en simples actos preparatorios o, si mucho se fuerza la apreciación e interpretación del cuadro fáctico, en mera tentativa, por

(1) Op. cit., párrafo 329, p. 242.

(2) Programa, Op. cit., p. 925.

lo cual no es dable fincársele responsabilidad, habida cuenta que de acuerdo con la elegante expresión de los clásicos, la tentativa de complicidad o participación, y, con mayor razón los actos de preparación, es un monstruo jurídico, extramuros del artículo 13 del Código Penal Federal" (1).

Cabe decir que la tentativa de complicidad, puede darse antes, durante o después de la ejecución del delito. Valga citar como ejemplos, cuando el sujeto activo principal, rechaza la ayuda o auxilio propuesto por el cómplice; cuando el cómplice presta las gonzúas al ladrón, pero este derriba la puerta; o cuando A prometió a B ayudarlo a escapar del lugar del crimen una vez ejecutado éste, pero resulta que B, decide permanecer en el lugar de los hechos.

El fracaso de la complicidad material, puede dejar subsistente la psíquica, si ésta ha sido determinante para que el autor prosiguiera con su resolución de cometer el hecho.

4.- Complicidad en la Tentativa.

Puede acontecer que el autor primario vea frustrado su propósito delictivo, y la ejecución del delito alcance sólo la fase de tentativa. El cómplice que haya contribuido hasta esa fase, responde también de ella, notándose aquí la naturaleza accesoria de la complicidad respecto de la autoría. "La tentativa es un delito, dijo Carrara, pues la Ley lo castiga como tal, amenazando, no

(1) Informe 1985, Primera Sala, p. 25.

ya al violador efectivo del derecho, sino al que, en ciertas condiciones, lo pone en actual peligro" (1).

La circunstancia de que el autor principal alcance el grado de tentativa, tiene gran importancia, puesto que, sólo hasta esta fase del iter criminis, cobra plena vida la complicidad. La ayuda en el acordar y preparar el delito, carece de relevancia, si el autor no exterioriza la conducta que debe producir el delito u omite la que debe evitarlo.

Para que el cómplice sea castigado por la tentativa alcanzada por el autor primario, es necesario que la ayuda o auxilio haya tenido efecto para alcanzar esa tentativa. De ello se infiere que jamás podrá presentarse una complicidad subsequens en la tentativa, pues se promete ayudar una vez ejecutado el delito, lo cual no es logrado por el autor. Por lo que hace a la complicidad concomitante a la ejecución del delito, la regla a seguir es, que los actos de auxilio ya ocupados por el autor, constituyen complicidad en la tentativa; los que aun no han sido ocupados, escapan a esa responsabilidad; lo anterior se aclara con el siguiente ejemplo dado por Carrara: el ladrón para introducirse a la habitación, recurre a Luis a fin de que le proporcione una escalera, y para abrir la caja en que se haya el dinero, recurre a Carlos para que le fabrique una llave falsa. Al ejecutar el delito se introduce a la habitación utilizando la

(1) Op. cit., parágrafo 330, p. 245.

escalera, pero cuando se disponia a abrir la caja con la llave falsa, es descubierto y detenido. En este caso, comenta el Maestro de Pisa, Luis responde por complicidad en la tentativa ya que "su auxilio tuvo eficacia sobre el hecho constituyente de la tentativa del autor principal... pero Carlos no es todavía punible como cómplice, porque el hecho determinante de su complicidad no tuvo eficacia alguna sobre los hechos constitutivos de la tentativa"(1).

5.- Desistimiento y Arrepentimiento del Autor Principal.

Siendo el autor principal, señor sobre la realización del delito, sólo él puede desistirse o arrepentirse. Cuando esto sucede, le favorece la excusa absolutoria prevista en el tercer párrafo del artículo 12 del Código Penal. Lo que toca determinar, es si esta excusa de absolución se hace extensiva al cómplice, o, si por el contrario, deja en éste una responsabilidad en grado de tentativa.

Quienes niegan que el cómplice se beneficia con el desistimiento o arrepentimiento del autor, se basan en el hecho de que la excusa absolutoria es a título personal, y por ende no es comunicable entre los codelincuentes. En nuestro concepto, esta postura no es sostenible por las razones que ahora exponemos:

Primero: La naturaleza accesoria de la complicidad

(1) Idem, párrafo 331, p. 246-247.

respecto del hecho principal, no tiene por qué desaparecer en la hipótesis que tratamos. Jiménez Huerta sostiene que "cuando el desistimiento o el arrepentimiento del sujeto activo primario entra en juego eficazmente impidiendo la consumación del delito, queda atípica, no solamente la conducta ejecutiva por él realizada, sino también la accesoria que hubieren efectuado los sujetos activos secundarios, pues también desde ese punto de vista típico lo accesorio sigue la suerte de lo principal" (1).

Segundo: La misma razón que hace punible a la complicidad cuando la ejecución del injusto ha llegado a la tentativa, sirve también para determinar su impunidad cuando el hecho principal carece de relevancia para el Derecho Penal.

Tercero: Si el autor principal se desiste o se arrepiente, ello trae como consecuencia lógica, que el injusto desaparezca, lo que determina que no pueda haber algún cómplice, pues no se puede participar en la nada.

Cuarto: Si el autor principal espontáneamente desiste de ejecutar el delito o evita su consumación, no puede responsabilizarse al cómplice de tentativa del delito pretendido, dado que él no ejecutaba el delito, sino ayudaba a que se ejecutara; en otras palabras, el cómplice no cometía tentativa, pues no exteriorizaba la conducta que debería producir el resultado típico u omitía

(1) Op. cit., T. I, p. 413.

la que debería evitarlo. Sólo es susceptible de cometer tentativa, quien tenga el dominio del hecho, el cómplice por carecer de él, resulta ajeno a esta dispositivo amplificador del tipo.

Por lo anterior consideramos que la excusa absolutoria del autor que ha desistido o arrepentido, beneficia también a los cómplices, y concordamos con Fontán Balestra en el sentido de que "En la tentativa desistida voluntariamente, todos los partícipes están exentos de pena" (1).

6.- Desistimiento y Arrepentimiento del Cómplice.

Al igual que el instigador, el cómplice no puede desistirse o arrepentirse en términos del artículo 12 del Código Penal. Solamente quien ejecuta la conducta que debería producir el resultado típico u omite la que debería evitarlo, es susceptible de desistirse del proceso ejecutivo o evitar la consumación del delito, y capaz de ello lo es sólo el autor, por ser quien finalmente domina la ejecución causal.

El cómplice en todo caso, podrá revocar la participación a que se ha comprometido dar al autor principal; y al respecto habrá que distinguir dos hipótesis:

Primera: Si al momento de la revocación el autor

(1) Manual, Op. cit., p. 459.

principal aun no hacia uso de la ayuda del cómplice, es indudable que éste estará exento de responsabilidad. Valga citar como ejemplo cuando A no lleva las ganchas a B, o cuando habiéndoselas ya proporcionado hace que le sean devueltas. Esto aparece sin problema alguno tratándose de complicidad material, pero la cuestión se ve seriamente complicada cuando la ayuda es de carácter psíquica, pues ¿Cómo revocar un consejo? ¿Cómo borrar un reforzamiento de voluntad? En nuestro concepto, cuando la ayuda ha sido de carácter moral, la única posibilidad de revocación consistirá en persuadir al autor principal a fin de que no cometa el hecho delictivo y que en ello se tenga éxito.

Segunda: Si el autor principal ha hecho uso de la ayuda proporcionada por el cómplice, es indudable que ya no podrá revocar su participación, lo que acarrea dos causas diversas: Uno, si el hecho punible llega a consumarse, quien ayuda o auxilia al autor responderá a título de cómplice. Dos, si el cómplice realiza gestiones de tal suerte que evitan la prosecución del proceso ejecutivo o bien la consumación del delito, para el autor principal se configura una tentativa punible, y con ello, al igual que en la instigación, se cae en un grave problema, ya que de seguir con todo rigor la naturaleza accesoria del cómplice éste también sería responsable de la tentativa en que ha incurrido el autor, lo cual sería del todo absurdo. Lo acertado sería exculpar de toda penal al cómplice, y para ello habremos de integrar la ley penal

in bonam partem, a fin de que la excusa absolutoria prevista en el tercer párrafo del artículo 12 del Código Penal, fuese aplicada no sólo a los frustrados autores del delito, sino también a los partícipes.

7.- Complicidad en Cadena.

Si un cómplice es ayudado por un tercero para que lleve a cabo su cometido de ayudar o auxiliar al autor principal en la realización del hecho punible, se habla en doctrina de una complicidad en cadena. Así A, para cometer un homicidio, solicita de B un arma de fuego, y éste la obtiene de C.

En esencia, el cómplice del cómplice, es un cómplice del hecho principal. De existir una complicidad en cadena, el dolo de quien ayuda al cómplice directo, se colmaría con la intención de ayudar a ayudar, y sería indiferente si actúa dolosamente respecto al hecho punible principal; por ello consideramos que el cómplice que ayuda a otro para que éste a su vez ayude al autor principal, ha de actuar con el mismo dolo que el cómplice directo. "Complicidad en la complicidad del acto principal es complicidad en el mismo" (1) ha escrito Maurach.

Así pues, al determinar que la llamada complicidad en cadena en en esencia una complicidad en el hecho principal, no hay duda que debe sancionarse a los sujetos que actúan como eslabones de la misma, y concordamos con

(1) Op. cit., p. 367.

Fernández Carrasquilla cuando afirma que "es de recibo la punibilidad de la complicidad en cadena, pues representa una ayuda, aunque indirecta, a la realización del hecho punible" (1).

B.- Exceso del Autor Principal.

"Aun en la complicidad, la responsabilidad queda limitada por la extensión del dolo" (2), ha escrito acertadamente Mezger. El cómplice no responde por los hechos punibles en que incurra el autor principal, si no estuvieron contemplados en su dolo.

En la complicidad se presenta un exceso cualitativo y un exceso cuantitativo. Respecto del primero, cabe decir que el cómplice no responde por el delito que cometió el autor, cuando su ayuda se encaminó a la realización de otro hecho esencialmente diferente. Si A prestó la escalera a B, a fin de que se introdujera a la habitación a robar, pero éste comete homicidio, es indudable que A no responderá del hecho perpetrado por B, puesto que el dolo comprendía ayudar a la comisión del delito de robo.

Por otra parte, las desviaciones irrelevantes para el autor principal, lo son también para el cómplice, sobre todo tratándose de error en el golpe y en la persona.

Si el exceso es cuantitativo, rige la regla del

(1) Op. cit., p. 411.

(2) Libro de Estudio, Op. cit., p. 317.

artículo 54 del Código Penal, en el sentido de que las circunstancias objetivas son comunicables al cómplice, si éste tiene conocimiento de ellas. Luego entonces, si el cómplice tiene conocimiento de que la ejecución del delito se hará bajo ciertas circunstancias que califican el hecho, responderá también de la calificativa, por el contrario si desconoce esas circunstancias, el hecho le será imputable como simple.

Lo mismo debe decirse cuando el autor, además de la comisión del hecho al cual contribuyó el cómplice, ejecuta uno diverso, pues en tal caso el dolo del cómplice no abarca el nuevo hecho, con el cual no está conectado psíquicamente. De lo anterior dedúcese cuan importante resulta delimitar la extensión del dolo del cómplice.

9.- Complicidad en Delitos Especiales.

Se distinguen los delitos especiales, en razón de que autor de ellos, sólo lo puede ser quien tenga la calidad exigida en el tipo legal. Combinando los temas de delitos especiales y complicidad, surgen las hipótesis siguientes:

a.- Ayuda de un sujeto idóneo a un sujeto inidóneo.

En este caso, el autor calificado lo es el cómplice, y el sujeto común, lo es el autor. En este orden de ideas debemos distinguir la responsabilidad de cada uno de ellos en la comisión de un delito especial; para lo cual

habremos de establecer si el hecho punible es especial propio o impropio.

No es posible que un sujeto inidóneo realice como autor un delito especial propio, pues éstos por estar unidos con el autor, han de ser ejecutados necesariamente por el sujeto calificado; lo cual hace imposible pensar en una ayuda del sujeto idóneo a un hecho de imposible realización por parte del sujeto inidóneo. No puede un Juez ayudar a quien no lo es a cometer prevaricato.

Si el hecho punible se compone a raíz de un tipo básico, el cómplice, por ser el sujeto calificado, será responsable del delito especial, propio; el autor, en cambio, por carecer de la calificación, le será imputado el delito básico o fundamental, puesto que de acuerdo al artículo 54 del Código Penal, las calidades y relaciones personales de uno de los sujetos activos, no son aplicables a los demás codelincuentes.

b.- Ayuda de un sujeto Inidóneo a un sujeto idóneo.

Esta hipótesis es el aspecto inverso de la anterior, las consecuencias, sin embargo, son diversas. Si el injusto en el cual participa el cómplice, es especial impropio, el autor, que es el sujeto idóneo, será responsable de este resultado, y dado que su calidad o relación de parentesco no se transmite a los demás participes, el cómplice responderá por el tipo básico o fundamental.

Si el delito en el cual participa el cómplice, resulta ser especial propio, el autor por ser sujeto activo primario idóneo, responde de este hecho. La problemática reside en determinar la situación del cómplice. De sancionársele, la única salida sería extender la calidad del autor principal, lo cual no encontraría sostén legal alguno: Por nuestra parte consideramos que deberá absolversele, haciendo una integración analógica in bonam partem, al artículo 54 del Código Penal y determinar que tratándose de calidades y relaciones personales que fundamenten la pena, éstas no serán transferibles entre los concurrentes, lo que conduce que el cómplice caiga fuera del ámbito penal.

c.- Ayuda de un sujeto idóneo a un sujeto idóneo.

En este supuesto, dado que ambos sujetos (autor y cómplice) poseen la calidad exigida por el tipo, es indudable que ambos podrán ser culpables del delito especial que cometan. Por ejemplo, cuando el hijo priva de la vida a su padre, y es ayudado por su hermano, también hijo de la víctima.

d.- Ayuda de un sujeto inidóneo a un sujeto inidóneo.

No es posible representarse, ni aun in mente, que un sujeto, a sabiendas que no es sujeto idóneo ayude o auxilie a otro que también sabe que es inidóneo para la comisión del delito especial, sea éste propio o bien impropio. A no puede ayudar a B para que este cometa

parricidio, cuando sabe que entre la víctima y éste no existe ninguna relación de parentesco. Lo que es posible de realización, es que el cómplice actúe bajo un error esencial invencible, y crea que él es sujeto idóneo, o bien, que considere por el mismo error, que el autor principal si tiene la calidad típica exigida. Lo anterior desemboca necesariamente en una tentativa imposible del delito pretendido, puesto que en la realidad, el cómplice y el autor, jamás podrán actualizar el tipo especial, pues no siendo sujetos idóneos, no hay norma que los obligue a cumplir con su deber especial.

Debemos aclarar, que cuando el delito pretendido sea especial impropio, se podrá actualizar el tipo básico del cual proviene aquél.

10.- Complicidad en Delitos de Propia Mano.

Si bien la autoría en los delitos de propia mano, se ve restringida a quien sólo esté en aptitud de ejecutar personalmente la materia de la prohibición, ello no impide la participación de un cómplice, pues éste no ejecuta el delito, sino que ayuda o auxilia, en este caso, a quien de propia mano lo realiza; así por ejemplo, mientras los hermanos A y B mantienen relaciones sexuales, C vigila la posible llegada de los padres de aquellos.

"Aunque en los delitos de propia mano, dice Jiménez Huerta, sólo puede ser autor quien está en situación de ejecutar inmediata y corporalmente por sí mismo la acción

prohibida, es posible que se de en ellos la inducción y la complicidad: el juez que dicta la sentencia manifiestamente injusta, puede haber sido... auxiliado por el que elabora la injusta resolución" (1).

11.- Complicidad en Delitos Culposos.

No debemos confundir una complicidad en un delito culposo, con una complicidad culposa. La consecuencia que llegan ambas figuras es idéntica, según veremos ahora.

a.- Complicidad en delitos culposos.

No es admisible una complicidad en un delito culposo. El cómplice actúa dolosamente, según lo exige la fracción VI del artículo 13 del Código Penal, lo cual significa que necesariamente ha de encaminar su aportación a un hecho también doloso; el disvalor de la complicidad, en este caso, consiste en que su acción se encamina finalísticamente a ayudar o auxiliar al autor en la comisión de una obra punible. En caso de que el supuesto autor principal actuara sin dolo (que es propiamente lo que algunos autores denominan complicidad en delito culposo), el cómplice adquiere el carácter de autor mediato, pues el dominio del hecho pasa a sus manos y maneja el actuar imprudente de otro para llevar a cabo el hecho punible.

El cómplice por esencia subordina su actuar al del autor principal, de lo que se deduce que no es posible

(1) Op. cit., T. I., p. 99.

subordinar una ayuda o auxilio, a una actividad que consiste en una violación de deber de cuidado; A no puede poner al servicio de B, una ayuda para que éste cometa un hecho que no quiere ni acepta cometer.

b.- Complicidad culposa.

Por expresión categórica de la fracción VI del artículo 13 del Código Penal, la complicidad ha de ser intencional, esto es, dolosa. Legalmente resulta imposible una complicidad culposa. Doctrinariamente pensamos en el mismo sentido; quien al incumplir un deber de cuidado ayuda o auxilia a otro para que éste cometa un hecho punible, resulta ser un instrumento manejado finalmente por el sujeto que actúa dolosamente, el cual no es sino un autor mediato; en tanto que el supuesto cómplice, atendiendo al caso en concreto, será autor material de un delito culposo o bien estará exento de responsabilidad alguna.

Con sobrada razón expresa Welzel que "No existe en el ámbito de los delitos culposos, la diferencia entre autoría y participación. Ello, porque toda clase de concausación en la producción no dolosa de un resultado mediante una acción que lesiona el cuidado conforme al ámbito de relación, es ya autoría" (1). En el ya trillado ejemplo de la enfermera que por descuido y por indicación del médico, aplica la inyección que con veneno había

(1) Derecho Penal Parte General, Op. cit., p. 143.

preparado éste, no ayuda a consumar los planes del médico, sino que, su acción es reprochable por no haber observado el cuidado debido, y por ello es autora material de un delito culposo; en tanto que el médico responderá por homicidio causado a título de autor mediato.

F.- La Pena para el Autor Principal y para el Cómplice.

No haya duda respecto de la pena que debe imponerse al autor principal, al cual ayudó o auxilió el cómplice, puesto que es el sustitutivo del anónimo "El que haga tal o cual cosa" previsto en los tipos penales. Esto significa que la pena, de inicio, está dirigida al autor del delito, y toca ya al juzgador individualizarla de acuerdo a lo establecido por los artículos 51 y 52 del Código Penal.

Por cuanto hace a la pena aplicable al cómplice, los sistemas legislativos se ven divididos en dos bandos: Algunos equiparan la pena para todos los responsables del delito, sea cual sea el grado de participación que hayan tenido en éste; y otros, por el contrario, establecen una obligatoria disminución de la pena prevista para el autor del delito; el Código Penal Alemán sigue esta postura, y al respecto comenta Jescheck "La penalidad correspondiente al cómplice depende de la conminación penal prevista para el autor, pero la pena debe atenuarse con arreglo al (artículo) 49 I" (1).

(1) Op. cit., p. 967.

Nuestro Código Punitivo, unifica la pena para los codelincuentes, y no emite una graduación de penas para los partícipes de un delito. La única posibilidad de una graduación de penas, la tiene el juzgador al individualizar la pena para cada codelincuente, de acuerdo a las reglas contenidas en los artículos 51 y 52; esto, sin embargo, no resulta una solución del toda satisfactoria, pues cuando la pena aplicable al autor sea la mínima, al cómplice necesariamente habrá de aplicársele la misma sanción, pese a que la actividad del cómplice es siempre de menor relevancia que la del autor; así como el mérito que corresponde a Miguel Angel como autor de las pinturas de la Capilla Sixtina, no puede compararse con el mérito de su aprendiz que se limitaba a arrimar los utensilios necesarios, la pena aplicable al autor de un delito no puede compararse con la que le corresponde a quien le ha ayudado a cometerlo; la potencia criminal de uno y otro no es comparable.

CONCLUSIONES

I.- En la antigüedad, se careció de una sistemática de la autoría y participación. La responsabilidad de los activos se regulaba en cada delito. Al encubridor se le estimó participe del hecho punible, pese a no haber contribuido en su realización; criterio que permaneció aun vigente en nuestro Código Penal de 1931.

II.- El estudio de la autoría y participación, corresponde a la Teoría del Delito, y deberá ubicarse inmediatamente después del análisis de los elementos que constituyen el ilícito.

III.- No hay impedimento para se actualice una participación eventual en una participación necesaria.

IV.- La teoría de la causalidad no resuelve por sí sola la problemática de la autoría y participación, aunque hay que reconocerle un gran aporte en su estudio, pero limitándola a los delitos de acción con resultado material.

V.- El Código Penal, al establecer una división de las formas de autoría y participación, acepta la teoría restrictiva de autor.

VI.- El elemento general de toda autoría, lo es el dominio del hecho, el que se manifiesta de diversas formas atendiendo a la autoría de que se trate: Como dominio de acción, en la materia; como dominio de voluntad en la mediata; y, como dominio funcional en la coautoría. A partir de la reforma de 1984, con el reconocimiento de la autoría mediata, se estima que nuestro Código sigue la teoría del dominio del hecho.

VII.- Autor de un delito especial impropio, lo es sólo el sujeto calificado; si intervienen sujetos indóneos, éstos responden del tipo básico. Del delito especial propio, responde el autor calificado, en tanto

que el inidóneo, carece de toda sanción, de acuerdo a una integración analógica in bonam partem que se haga del artículo 54 del Código Penal.

VIII.- Delito de propia mano es aquel cuya naturaleza, sólo permite la autoría material como forma de comisión, y por tanto, queda excluida la coautoría y la autoría mediata, pero es posible una participación. En los delitos culposos, sólo es posible una autoría material, y queda excluida cualquier forma de participación (en sentido amplio) culposa. Por cuanto hace a los delitos de comisión por omisión, la autoría se restringe a quien tenga la calidad de garante, y son fuentes de esta calidad: La ley, el contrato y la conducta precedente del autor.

IX.- Los elementos propios de la coautoría son el acuerdo común del hecho punible, y la ejecución común de éste. El acuerdo puede ser expreso o tácito, y se presenta antes o durante la ejecución del delito.

X.- La coautoría sucesiva requiere que los sujetos acepten al tercero que se une, y que éste adopte el plan común establecido por aquellos.

XI.- La coautoría exige un acuerdo común para la realización del hecho punible, lo que implica una ausencia de incertidumbre de autor. La complicidad respectiva, en cambio, carece de ese acuerdo, aunado a una incertidumbre de autor.

XII.- El delito de Asociación Delictuosa existe pese a que sus integrantes no cometan delito alguno. No presupone por otra parte, una coautoría en los delitos que sus agremiados llagaren a ejecutar.

XIII.- No puede ser coautor quien actúa bajo una excluyente de responsabilidad a su favor.

XIV.- De una tentativa en coautoría, responden no sólo los sujetos que han ejecutado un inicio del delito, sino también aquellos que no ejecutaron su parte asignada de acuerdo al reparto de tareas previamente

establecido. La tentativa de coautoría es impune, a menos que constituya una complicidad.

XV.- El desistimiento o arrepentimiento de un coautor ha de ser tal que evite la prosecución de la ejecución del delito, o impida su consumación, pues no basta un retracto de su correspondiente tarea asignada. Esta excusa absolutoria sólo favorece al coautor en quien concurra.

XVI.- La responsabilidad del coautor se rige por la extensión de su dolo. Los hechos que escapen a él, no le son reprochables.

XVII.- El instrumento de quien se vale el autor mediato puede ser: quien obra sin dolo, coaccionado, de acuerdo al orden jurídico, o bien cuando es inimputable.

XVIII.- La tentativa en la autoría mediata, inicia cuando el instrumento da un inicio de ejecución del delito; el cual, por otra parte, no puede arrepentirse o desistirse, por carecer del dominio del hecho.

XIX.- El autor mediato responde de los hechos ejecutados por el instrumento del que se vale, en tanto mantenga el dominio de su ejecución. El instrumento, en cambio, es punible su obra sólo a título de culpa, siempre que el tipo legal lo soporte.

XXI.- La autoría mediata puede presentarse en los delitos especiales, pero no así en los delitos de propia mano y culposos.

XXII.- La naturaleza del partícipe es eminentemente accesoria, y se rige por los principios de la accesoriedad limitada, pues depende de un injusto y no de un autor; este criterio es adoptado por el Código Penal Federal. La participación para ser punible, ha de ser eficiente causal y finalísticamente, elemento este último que excluye toda participación culposa.

XXIII.- Los modos de instigar son ilimitados, siempre que despierten en otro la resolución de cometer un delito; siempre que esos medios sean por acción. En la complicidad, se ayuda psíquica o materialmente, y es posible su realización por omisión.

XXIV.- El dolo del partícipe comprende un hecho punible en concreto, y una persona determinada a quien se instigue o a quien se ayude. La responsabilidad del partícipe, se rige por la amplitud de su dolo.

XXV.- La instigación se presenta siempre antes de que el autor principal resuelva cometer el delito; la complicidad, en cambio, puede ser previa, concomitante o posterior a la ejecución del ilícito.

XXVI.- Se puede instigar o ayudar a la realización de conductas no prohibidas o bien atípicas, por estar conformes con una libertad de acción social, aun cuando no sean ejemplares. También se puede participar en hechos que están conformes a Derecho; lo que el Derecho penal pune es la participación en un injusto, y es irrelevante la culpabilidad del autor principal.

XXVII.- La tentativa de participación es impune, pero no así la participación en la tentativa. El desistimiento o arrepentimiento del autor principal, se hace extensivo al partícipe. Si este último evita la prosecución de la ejecución del delito o evita su consumación, se le exime de toda sanción, de acuerdo a una integración analógica in bonam partem que se haga del tercer párrafo del artículo 12 del Código Penal.

XXVIII.- La actividad del agente provocador, por cumplir con los requisitos de la instigación punible, debe ser sancionado por el resultado acaecido.

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

Las obras que se citan en este trabajo son las siguientes:

Aguilar Romero Ignacio, Sujetos y Objetos del Delito, Trabajo Inédito, México, 1989.

Antolisei Francisco, Manual de Derecho Penal, Ed. Temis, 8a. edición, Bogotá, 1988.

Bacigalupo Enrique, Delitos Impropios de Omisión, Ed. Temis, 2a. edición, Bogotá, 1983.

Bacigalupo Enrique, La Noción de Autor en el Código Penal, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1965.

Bacigalupo Enrique, Lineamientos de la Teoría del Delito Ed. Hamurabi, Buenos Aires, 1989.

Bacigalupo Enrique, Manual de Derecho Penal, Ed. Temis, Bogotá, 1989.

Carranca y Rivas Raúl, Derecho Penitenciario, Ed. Porrúa México, 1981.

Carranca y Trujillo R. - Carranca y Rivas R, Código Penal Anotado, Ed. Porrúa, 14a. edición, México, 1989.

Carranca y Trujillo Raúl, Derecho Penal Mexicano, Ed. Porrúa, 13a. edición, México, 1980.

Carrara Francisco, Teoría de la Tentativa y de la Complicidad, Ed. F: Gonfora y Compañía, Madrid, 1877.

Castellanos Tena Fernando, Lineamientos Elementales de Derecho Penal, Ed. Porrúa, 9a. edición, México, 1980.

Caniceros José - Garrido Luis, La Ley Penal Mexicana, Ed. Botas, México, 1934.

Códigos Españoles, Ed. la Publicidad, Madrid, 1848.

Cuello Calón E., Derecho Penal, t. II, Ed. BOSCH, 18a. edición, Barcelona, 1981.

Fernández Carrasquilla J., Derecho Penal Fundamental, t. II, Ed. Temis, 2a edición, Bogotá, 1989.

Fierro Guillermo J, Teoría de la Participación Criminal, Ed. EDIAR, Argentina, 1964.

Floris Margadan Guillermo, Derecho Romano, Ed. Esfinge, 11a. edición, México, 1982.

Fontán Balestra Carlos, Derecho Penal, Ed. Abeledo Perrot, 10a. edición, Argentina, 1979.

Fontán Balestra Carlos, Tratado de Derecho Penal, t. II, Ed. Temis, Bogota, 1967.

Francisco Pacheco Joaquín, Código Penal Concordado y Comentado, t, I, 2a. edición, Madrid, 1856.

Gimbernat Ordeig Enrique, Autor y Cómplice en Derecho Penal, Universidad de Madrid, Madrid, 1966.

Gómez Eusebio, Tratado de Derecho Penal Argentino, t. I, Ed. Compañía Argentina Editores, Argentina, 1939.

Grispigni Filippo, El Delito Plurisubjetivo, en Revista Jurídica Veracruzana, No. 3, tomo X, Jalapa, 1959.

Jescheck Hans, Tratado de Derecho Penal Parte General, t. II, Ed. BOSCH, Barcelona, 1978.

Jiménez de Asúa Luis, El Criminalista, t. IV, Ed. Víctor P. de Zavalia, 2a serie, Argentina, 1960.

Jiménez de Asúa Luis, La Ley y el Delito, Ed. Sudamericana, 10a. edición, Buenos Aires, 1980.

Jiménez de Asúa Luis, Tratado de Derecho Penal, t. I, Ed. Lozada, 2a. edición, Buenos Aires, 1956.

Jiménez Huerta Mariano, Derecho Penal Mexicano, t. I y V Ed. Porrúa, 5a. edición, México, 1985.

Kaufmann Armin, Teoría de las Normas. Fundamentos de la Dogmática Penal Moderna. Ed. Depalma, Buenos Aires, 1977

Latagliata Raffaele A, El Concurso de Personas en el Delito, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1967.

Leyes penales Mexicanas, INACIPE, México, 1975.

Madrado Carlos, Las reformas Penales, Ed. Porrúa, México, 1988.

Maggiore Giuseppe, Derecho Penal, t. II, Ed. Temis, Bogotá, 1972.

Maurach Reinhart, Tratado de Derecho Penal, t. II, Ed. Ariel, Barcelona, 1962.

Mezger Edmundo, Derecho Penal (Libro de Estudio), Ed. Cárdenas Editores, México, 1985.

Mezger Edmundo, Tratado de Derecho Penal, t. II, Ed. Revista de Derecho Positivo, 3a. edición, Madrid, 1957.

Mir Puig Santiago, Derecho Penal, Ed. Promociones Publicaciones Universitarias, Barcelona, 1984.

Mommsen Teodoro, Derecho Penal Romano, t. I, Ed. La España Moderna, Madrid, 1898.

Pavón Vasconcelos Francisco, Manual de Derecho Penal, Ed. Porrúa, 7a. edición, México, 1985.

Pavón Vasconcelos Francisco, Las Reformas Penales, Ed. Porrúa, 2a edición, México, 1987.

Pérez Luis Carlos, Tratado de Derecho Penal, t. III, Ed. Temis, Bogotá, 1967.

Porte Petit Candaudap C., Apuntamientos de la Parte General de Derecho Penal, Ed. Porrúa, México, 1990.

Porte Petit Candaudap C., Programa de Derecho Penal, Ed. Trillas, 3a. edición, México, 1990.

Puig Peña Federico, Derecho Penal, t. II, Ed. Nauta, Barcelona, 1959.

Ranieri Silvio, Manual de Derecho Penal, t. II, Ed. Temis, Bogotá, 1975.

Reyes Echendía Alfonso, Tipicidad, Ed. Temis, Bogotá, 1989.

Roxin Claus, Sobre la Autoría y Participación en el Derecho Penal, publicado en Problemas Actuales de las Ciencias Penales y la Filosofía del Derecho en Homenaje a Luis Jiménez de Asúa, Ed. Pannedille, Buenos Aires, 1970.

Roxin Claus, Teoría del Tipo Penal, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1979.

Sauer Guillermo, Derecho Penal, Ed. BOSCH, Barcelona, 1956.

Soler Sebastian, Derecho Penal Argentino, t. II, Ed. Argentina, 6a. edición, Buenos Aires, 1973.

Villalobos Ignacio, Derecho Penal Mexicano, Ed. Porrúa, 3a. edición, México, 1975.

Welzel Hans, Derecho Penal Alemán, Ed. Jurídica de Chile 11a. edición, Santiago de Chile, 1976.

Welzel Hans, El Nuevo Sistema del Derecho Penal, Ed. Ariel, Barcelona, 1964.

Wessels Johaness, Derecho Penal, Ed. Depalma, Argentina, 1980.

Zaffaroni Eugenio Raúl, Manual de Derecho Penal, Ed. Cárdenas Editores, México, 1986.

Zaffaroni Eugenio Raúl, Tratado de Derecho Penal, t. IV, Ed. EDIAR, Argentina, 1987.

INDICE GENERAL

	Pag.
INTRODUCCION.....	I

CAPITULO PRIMERO

"NOCIONES DE AUTOR DEL DELITO"

I.- AMBITO HISTORICO	1
A.- DERECHO ROMANO	1
B.- DERECHO ESPANOL	2
C.- DERECHO PRECOLONIAL Y COLONIAL	6
II.- CODIGOS PENALES FEDERALES NACIONALES	8
A.- CODIGO PENAL DE 1871	8
B.- CODIGO PENAL DE 1929	9
C.- CODIGO PENAL DE 1931	10
III.- PROYECTOS DE CODIGO PENAL PERA EL D.F.	11
A.- PROYECTO DE 1949	11
B.- PROYECTO DE 1959	11
C.- PROYECTO DE 1963	12

CAPITULO SEGUNDO

"AUTORIA Y PARTICIPACION"

I.- ASPECTOS GENERALES	14
A.- UBICACION DE LA PARTICIPACION EN LA TEORIA DEL DELITO	14
B.- PARTICIPACION EVENTUAL Y PARTICIPACION NECESARIA	18
C.- TEORIA DE LA PARTICIPACION Y TEORIA DE LA CAUSALIDAD	23
D.- PARTICIPACION STRICTU SENSU Y LATUS SENSU	30

CAPITULO TERCERO

"FORMAS DE AUTORIA"

I.- AUTORIA DIRECTA	32
A.- DENOMINACION	32
B.- CONCEPTO AMPLIO Y RESTRICTIVO DE AUTOR	33
C.- TEORIAS PARA DETERMINAR LA CALIDAD DE AUTOR....	36
1.- TEORIA FORMAL OBJETIVA	36
2.- TEORIA SUBJETIVA	37
3.- TEORIA DEL DOMINIO DEL HECHO	39
D.- ELEMENTOS DE LA AUTORIA	43

1.- GENERALES	43
2.- ESPECIALES	44
a.- Calidades Subjetivas	44
b.- Calidades Objetivas	44
E.- PROBLEMATICA DE LA AUTORIA DIRECTA	44
1.- EN DELITOS ESPECIALES	44
2.- EN DELITOS DE PROPIA MANO	53
3.- EN DELITOS CULPOSOS	54
4.- EN DELITOS DE COMISION POR OMISION	58
F.- AUTORIA DIRECTA A LA LUZ DE LA LEGISLACION PENAL MEXICANA	61
G.- LA PENA PARA EL AUTOR MATERIAL	63
II.- COAUTORIA.....	65
A.- DENOMINACION	65
B.- CARACTERISTICAS PARTICULARES DEL COAUTOR	66
1.- ACUERDO COMUN DEL HECHO	66
2.- EJECUCION COMUN DEL HECHO	68
a.- Teoría Objetiva	68
b.- Teoría Subjetiva	70
c.- Teoría del Dominio Común del Hecho	71
C.- PROBLEMATICA DE LA COAUTORIA	76
1.- AUTORIA CONCOMITANTE	76
2.- COAUTORIA SUCESIVA	78
3.- COAUTORIA Y COMPLICIDAD CORRESPECTIVA	82
4.- COAUTORIA Y ASOCIACION DELICTUOSA	85
5.- MOMENTO DE LA COAUTORIA	87
a.- Delitos Instantáneos	88
b.- Delitos Permanentes	88
c.- Delitos Continuados	89
6.- COAUTORIA DE QUIEN ACTUA CON UNA EXCLUYENTE DE RESPONSABILIDAD A SU FAVOR	92
7.- COAUTORIA EN TENTATIVA	94
8.- TENTATIVA DE COAUTORIA	96
9.- DESISTIMIENTO Y ARREPENTIMIENTO DEL COAUTOR..	96
10.- EXCESO DEL HECHO PLANEADO	98
11.- COAUTORIA EN DELITOS ESPECIALES	101
12.- COAUTORIA EN DELITOS DE PROPIA MANO	102
13.- COAUTORIA EN DELITOS CULPOSOS	103
D.- LA PENA PARA EL COAUTOR	105
III.- AUTORIA MEDIATA.....	106
A.- DENOMINACION	106
B.- ORIGEN DE LA AUTORIA MEDIATA	108
C.- ELEMENTOS DE LA AUTORIA MEDIATA	110
D.- CASOS DE AUTORIA MEDIATA	112
1.- VALIENDOSE DE QUIEN ACTUA SIN DOLO	112
2.- VALIENDOSE DE QUIEN OBRA COACCIONADO	113
3.- VALIENDOSE DE UN INIMPUTABLE	114
4.- VALIENDOSE DE QUIEN ACTUA LICITAMENTE	115
E.- PROBLEMATICA DE LA AUTORIA MEDIATA	116
1.- AUTORIA MEDIATA Y VIS ABSOLUTA	117
2.- AUTORIA MEDIATA Y VIS COMPULSIVA	118
3.- AUTORIA MEDIATA EN TENTATIVA	119
4.- TENTATIVA EN LA AUTORIA MEDIATA	120

5.- DESISTIMIENTO Y ARREPENTIMIENTO DEL AUTOR MEDIATO	122
6.- DESISTIMIENTO Y ARREPENTIMIENTO DEL EJECUTOR	124
7.- EXCESO DEL EJECUTOR	125
8.- AUTORIA MEDIATA EN DELITOS ESPECIALES	126
9.- AUTORIA MEDIATA EN DELITOS DE PROPIA MANO ...	127
10.- AUTORIA MEDIATA EN DELITOS CULPOSOS	128
F.- LA PENA ESTABLECIDA PARA EL AUTOR MEDIATO Y PARA EL EJECUTOR	129

CAPITULO CUARTO

"FORMAS DE PARTICIPACION"

I.- GENERALIDADES DE LA PARTICIPACION	131
A.- NATURALEZA DEL PARTICIPE	131
B.- ¿AMPLIACION DE LA PENA O DEL TIPO?	133
C.- ACCESORIEDAD DE LA PARTICIPACION	134
1.- ACCESORIEDAD MINIMA	135
2.- ACCESORIEDAD LIMITADA	136
3.- ACCESORIEDAD EXTREMA	137
4.- HIPERACCESORIEDAD	138
D.- EFICIENCIA CAUSAL DE LA PARTICIPACION	139
E.- EFICIENCIA FINALISTICA DE LA PARTICIPACION ...	141
F.- CONCURRENCIA DE PARTICIPACIONES	142
II.- LA INSTIGACION	144
A.- DENOMINACION	144
B.- MODOS DE INSTIGAR	145
C.- EL DOLO DEL INSTIGADOR	148
D.- PROBLEMATICA DE LA INSTIGACION	151
1.- MOMENTO DE LA INSTIGACION	151
a.- Instigación en Delitos Instantáneos	153
b.- Instigación en Delitos Permanentes	153
c.- Instigación en Delitos Continuados	154
2.- INSTIGACION A QUIEN ACTUA CON UNA EXCLUYENTE DE RESPONSABILIDAD PENAL A SU FAVOR	154
3.- TENTATIVA DE INSTIGAR	157
4.- INSTIGACION EN TENTATIVA	159
5.- DESISTIMIENTO Y ARREPENTIMIENTO DEL INSTIGADOR	160
6.- DESISTIMIENTO Y ARREPENTIMIENTO DEL INSTIGADO	163
7.- INSTIGACION EN CADENA	165
8.- EL AGENTE PROVOCADOR	166
9.- EXCESO DEL INSTIGADO	170
10.- INSTIGACION EN DELITOS ESPECIALES	173
11.- INSTIGACION EN DELITOS DE PROPIA MANO	177
12.- INSTIGACION EN DELITOS CULPOSOS	178
E.- LA PENA PARA EL INSTIGADOR Y PARA EL INSTIGADO	181

III.- LA COMPLICIDAD	183
A.- DENOMINACION	183
B.- FORMAS DE COMISION Y FORMAS DE PRESENTACION DE LA COMPLICIDAD	184
C.- DOLO DEL COMPLICE	187
D.- PROBLEMATICA DE LA COMPLICIDAD	189
1.- MOMENTO DE LA COMPLICIDAD	189
2.- AYUDA A QUIEN ACTUA CON UNA EXCLUYENTE DE RESPONSABILIDAD A SU FAVOR	193
3.- TENTATIVA DE COMPLICIDAD	196
4.- COMPLICIDAD EN LA TENTATIVA	198
5.- DESISTIMIENTO Y ARREPENTIMIENTO DEL AUTOR PRINCIPAL	200
6.- DESISTIMIENTO Y ARREPENTIMIENTO DEL COMPLICE	202
7.- COMPLICIDAD EN CADENA	204
8.- EXCESO DEL AUTOR PRINCIPAL	205
9.- COMPLICIDAD EN DELITOS ESPECIALES	206
10.- COMPLICIDAD EN DELITOS DE PROPIA MAND	209
11.- COMPLICIDAD EN DELITOS CULPOSOS	210
F.- LA PENA PARA EL AUTOR PRINCIPAL Y PARA EL COMPLICE	212
CONCLUSIONES	214
BIBLIOGRAFIA	218
INDICE GENERAL	223