

1009

UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA  
DE MEXICO

FACULTAD DE DERECHO

“AUTORIA Y PARTICIPACION PARA EFECTOS  
DE INDIVIDUALIZAR LA PENA”

**T E S I S**

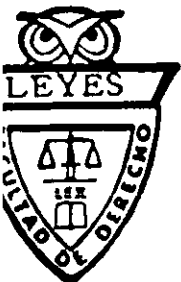
QUE PARA OBTENER EL TITULO DE:  
LICENCIADO EN DERECHO  
P R E S E N T A :  
HILDA SOFIA VILICAÑA LARA

293159

ASESOR: DR. JUAN ANDRES HERNANDEZ ISLAS

MEXICO, D.F.,

2001





Universidad Nacional  
Autónoma de México

Dirección General de Bibliotecas de la UNAM

**Biblioteca Central**



**UNAM – Dirección General de Bibliotecas**  
**Tesis Digitales**  
**Restricciones de uso**

**DERECHOS RESERVADOS ©**  
**PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL**

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

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

AUTORIA Y PARTICIPACIÓN PARA  
EFECTOS DE INDIVIDUALIZAR LA  
PENA



ESTADOS UNIDOS MEXICANOS  
ESTADO LIBRE Y SOBERANO DE GUAYMAS  
MEXICO

FACULTAD DE DERECHO  
SEMINARIO DE DERECHO PENAL

DIRECTOR GENERAL DE LA ADMINISTRACION  
ESCOLAR DE LA U.N.A.M.  
P R E S E N T E.

La alumna VILICAÑA LARA HILDA SOFIA, ha elaborado en este Seminario a mi cargo y bajo la dirección del DR. JUAN ANDRES HERNANDEZ ISLAS, la tesis profesional intitulada "AUTORIA Y PARTICIPACION PARA EFECTOS DE INDIVIDUALIZAR LA PENA", que presentará como trabajo recepcional para obtener el título de Licenciado en Derecho.

El profesor DR. JUAN ANDRES HERNANDEZ ISLAS, en su calidad de asesor, nos comunica que el trabajo ha sido concluido satisfactoriamente, que reúne los requisitos reglamentarios y académicos, y que lo aprueba para su presentación en exámen profesional.

Por lo anterior, comunico a usted que la tesis "AUTORIA Y PARTICIPACION PARA EFECTOS DE INDIVIDUALIZAR LA PENA" puede imprimirse, para ser sometida a la consideración del H. Jurado que ha de examinar a la alumna VILICAÑA LARA HILDA SOFIA.

En la sesión del día 3 de febrero de 1998, el Consejo de Directores de Seminario acordó incluir en el oficio de aprobación la siguiente leyenda:

"El interesado deberá iniciar el trámite para su titulación dentro de los seis meses siguientes (contados de día a día) a aquél en que le sea entregado el presente oficio, en el entendido de que transcurrido dicho lapso sin haberlo hecho, caducará la autorización que ahora se le concede para someter su tesis a examen profesional, misma autorización que no podrá otorgarse nuevamente sino en el caso de que el trabajo recepcional conserve su actualidad y siempre que la oportuna iniciación del trámite para la celebración del examen haya sido impedida por circunstancia grave, todo lo cual calificará la Secretaría General de la Facultad"

A T E N T A M E N T E  
"POR MI RAZA HABLARA EL ESPIRITU"  
Cd. Universitaria, D. F., 20 de marzo de 2001.

DR. LUIS FERNANDEZ DOBLADO.  
DIRECTOR DEL SEMINARIO DE DERECHO PENAL

DOC. 1001  
SEM. 1001  
DERECHO PENAL

A DIOS:  
POR HABERME DADO LA LUZ NECESARIA  
A MI CAMINO.

A MIS ABUELOS:  
VICENTE VILLICAÑA HURTADO +  
MANUELA LARA GARCIA +  
QUIENES CON SU APOYO ME ENSEÑARON QUE:  
LOS OBSTACULOS SIEMPRE HAY QUE VENCER,  
NO IMPORTA CAER, SIEMPRE HAY QUE LEVAN-  
TARSE, LUCHAR, SIEMPRE LUCHAR HASTA EL  
ULTIMO ALIENTO.

A MI MADRE:  
GUADALUPE VILLICAÑA LARA  
QUIEN CON SU TRABAJO FE Y COMPRENSION  
SUPO SACARME ADELANTE Y DARME LA  
OPORTUNIDAD DE TOMAR TODO LO BUENO  
QUE LA VIDA ME OFRECE.

CON MUCHO CARTIÑO A:  
MARIA DE LA LUZ VILICAÑA LARA,  
JOSE VILICAÑA LARA,  
ANA MARIA ANAYA VILICAÑA, JOSE  
MANUEL ANAYA VILICAÑA, JOSE  
RAMON VILICAÑA LARA.  
Y CABALLERO FRUCTUOSO +  
POR SUS CONSEJOS Y APOYO QUE ME  
BRINDARON.

A LA UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA  
DE MEXICO, A QUIEN LE DEBO TODOS LOS  
CONOCIMIENTOS QUE ADQUIRI EN ELLA,  
DE LA HONORABLE PROFESION QUE ME  
ENSEÑO, LA DE LICENCIADO EN DERECHO.

EN ESPECIAL  
A LA "FACULTAD DE DERECHO".

A LOS LICENCIADOS:  
IGNACIO AGUILAR ROMERO,  
JOSE A. OROPEZA,  
JUAN CALDERON HERNANDEZ,  
AGUSTIN ROMERO TORRES,  
JESUS UBANDO LOPEZ,  
FEDERICO MOSCO.  
GEORGINA ALFARO MORALES,  
RICARDO ZUÑIGA VELAZQUEZ.  
POR SU APOYO BRINDADO GRACIAS.

A MI ASESOR DE TESIS:  
DR. JUAN ANDRES HERNANDEZ ISLAS  
POR SU GRAN AYUDA Y ASESORAMIENTO  
PARA LA REALIZACION DE ESTE TRABAJO.  
GRACIAS.

A MIS AMIGOS:  
QUE CON SU AYUDA, AMISTAD Y APOYO  
QUE HAN SABIDO BRINDARME.  
MONICA RUIZ, SABINA MENDOZA ALVARADO,  
ELIZABETH HERNADEZ GARCIA, ARACELI GOMEZ,  
ERIKA ENRIQUEZ ESPINDOLA, ANTONIO GARCIA,  
EDUARDO GONZALEZ LUNA, RAUL SOSA TORRES,  
PEDRO CARMELO, MIGUEL ANGEL HERNÁNDEZ  
GALLARDO.

A MIS COMPAÑEROS DE TRABAJO  
EN ESPECIAL A:  
TOMAS LOPEZ C.,  
LUCIO ANGELES B.,  
YOLANDA GUADALUPE,  
YOLANDA BECERRA,  
MARIBEL GOMEZ MEJIA,  
ARELI PEREZ FUENTES,  
CAROLINA CHAVEZ MANCERA,  
LIC. JAVIER RUFINO  
POR EL APOYO BRINDADO.  
GRACIAS.

EN ESPECIAL A TI  
ALFREDO ESPINOSA MARTINEZ  
POR TODO EL APOYO.  
GRACIAS.

A TODAS AQUELLAS PERSONAS QUE  
SIEMPRE ME ALENTARON Y AYUDARON  
A LO LARGO DE MI FORMACION PERSONAL  
Y PROFESIONAL.  
GRACIAS.



# INDICE

PAG.

INTRODUCCION

## CAPITULO I GENERALIDADES

1.1. CONCEPTO DE PARTICIPACION	1
1.2. EVOLUCION LEGISLATIVA EN MEXICO SOBRE LA AUTORIA Y LA PARTICIPACION	4
A) - Código Penal de 1871	4
B) - Código Penal de 1929	11
C) - Código Penal de 1931	12
1.3. LEGISLACION MEXICANA VIGENTE SOBRE LA AUTORIA Y LA PARTICIPACION	14
A) - Delito Emergente	19

## CAPITULO II FORMAS DE AUTORIA Y PARTICIPACION

2.1. AUTORIA DIRECTA	21
A) - Denominación	21
B) - Concepto amplio y restrictivo de autor	22
C) - Teorías para determinar la calidad del autor	23
D) - Teoría formal objetiva	24
E) - Teoría subjetiva	25
F) - Teoría del dominio del hecho	26
G) - Elementos de la autoría	29
H) - Autoría directa a la luz de la legislación mexicana	31
2.2. COAUTORIA	33
A) - Denominación	33
B) - Problemática de la coautoría	33

C) - Coautoría sucesiva	35
2.3. AUTORÍA MEDIATA	35
A) - Denominación	35
B) - Origen de la autoría mediata	37
C) - Elementos de la autoría mediata	39
D) - Casos de autoría mediata	40
E) - Valiéndose de quien obra coaccionando	40
F) - Valiéndose de un imputable	41
2.4. NATURALEZA DEL PARTICIPE	43
A) - Accesoriedad de la participación	44
2.5. LA INSTIGACIÓN	45
A) - Modos de instigar	46
B) - Problemática de la Instigación	48
C) - Instigación en delitos instantáneos	49
D) Instigación en delitos permanentes	50
E) -Instigación en los delitos continuados	50
F) - Instigación a quien actúa con una excluyente de responsabilidad	51

### CAPITULO III INDIVIDUALIZACION DE LA PENA

3.1. CONCEPTO DE INDIVIDUALIZACION	53
A) - Evolución de la pena	56
B) - Concepto de pena	57
C) - Fin de la pena	58
3. 2 - CLASIFICACION DE INDIVIDUALIZACION	63
A) - Individualización legal o legislativa	64
B) - Individualización judicial de la pena	64
C) - Individualización administrativa o penitenciaria	66
3.3. CRITERIOS QUE FUNDAMENTAN LA INDIVIDUALIZACION DE LA PENA	67
A) - Criterio de culpabilidad	67
B) - Criterio de peligrosidad	68
C) - Criterio político criminal de la pena	69

3.4. ESCALAS DE INTERPRETACIÓN DE LA INDIVIDUALIZACIÓN	70
A) – Grado de injusto	70
1- Intervalo de punibilidad previsto para los delitos	
2- Circunstancias de lugar, tiempo, modo, ocasión y medios	71
3- Escalas específicas para los delitos dolosos o culposos	72
4 - Escala relativa al grado de consumación del delito (delito tentado y consumado)	73
5 - Escala relativa al grado de participación en la comisión del delito	74
6 - Escala del error	74
7 - Escala relativa al concurso de delitos y al delito Continuado	75
8 - Escala relativa a la sustitución de las sanciones	75
9 - Escala relativa a la comunicabilidad de circunstancias objetivas y subjetivas	76
B)- Grado de Culpabilidad	76
3.5. ESCALA ESPECIFICADORA DE LOS CRITERIOS DE LA INDIVIDUALIZACIÓN DE LA PENA, PREVISTA EN LOS ARTICULOS 51 Y 52 DEL CODIGO PENAL	78

CAPITULO IV  
PENAS APLICABLES A LAS FIGURAS DE LA AUTORIA Y LA PARTICIPACION

PENAS APLICABLES A LAS FIGURAS DE LA AUTORIA Y PARTICIPACIÓN  
SEA COMO:  
Autor material  
Coautor  
Instigador  
Cómplice

Encubridor	80
CONCLUSIONES	85
PROPUESTA	85
BIBLIOGRAFIA	86

## INTRODUCCION

La historia ha demostrado que en el desarrollo de toda colectividad humana, ha surgido la necesidad de castigar a los que contravienen las normas de conducta indispensables para la mejor convivencia en la sociedad a la que pertenecen, surgiendo así EL DERECHO, que busca el equilibrio de las relaciones humanas, prohibiendo ciertas conductas o imponiendo otras más ya que el cumplimiento de las normas jurídicas no queda al arbitrio del hombre, puesto que éste debe respetarlas y si no lo hiciere, se le sancionará, y dependiendo de la naturaleza de la violación, será la gravedad de la sanción.

Nuestro trabajo parte de lo general a lo particular, dividiéndose en cuatro capítulos:

En el capítulo primero hablaremos de concepto de participación, evolución y vigencia de la autoría y participación en la legislación mexicana.

El capítulo segundo esta destinado a las formas de autoría y participación.

Corresponde al capítulo tercero, al que considero la parte medular de la presente investigación, se hace mención de la individualización de la pena, su clasificación, criterios que la fundamentan, las escalas de interpretación, y la escala especificadora de los criterios de la individualización, prevista en los

artículos 51 y 52 del Código Penal vigente en le Distrito Federal.

Finalmente el capítulo cuarto, esta reservado a las penas aplicables a las figuras de la autoría y la participación sea como autor mediato, autor, ejecutor, instigador, autor principal y cómplice.

Por último, se expresan las conclusiones y propuestas a las que se llega, señalándose la bibliografía.

CAPITULO I  
GENERALIDADES

## GENERALIDADES CONCEPTO DE PARTICIPACIÓN

La participación, es tan antigua como el delito propio. Un delito puede ser cometido por una sola persona o por varias. Así como se reconoce que el hombre, con su conducta puede vulnerar varias normas, igualmente se acepta que varios hombres, con sus actividades pueden infringir una sola norma existiendo con ello una unidad en el delito con pluralidad de sujetos. Aquí tiene valor el principio no solo de la delincuencia, sino de cualquier otra actividad humana de que “la unión hace la fuerza”.

En el caso de que se diera la comisión del delito por varias personas, los prácticos medievales la denominaban “societas scelerisy”: Si ordinariamente se considera el delito como la conducta de un solo hombre, nada impide reconocer que pueden concurrir, y de hecho con frecuencia sucede que existan varios sujetos activos para la realización del acto o del conjunto de actos que constituyen la infracción penal; en estos casos se dice que hay participación o una contribución de todos esos agentes para la comisión del delito.

Los romanos, no conocieron un régimen general de concurso de personas para un delito, pero dictaron reglas según los diversos tipos de delito.

Conocieron y distinguieron varias formas de concurso y de las actividades de los codeincuentes.

Las distintas figuras de coparticipes fueron designadas con los nombres de conscii, socci, auditores, satellites, ministri, participes (cómplices, correos, auxiliadores, encubridores, ejecutores, participes), y se dio categoría distinta a los que en el delito tuvieran una intervención decisiva (principes sceleris-principales en el crimen), y a los que hubieran prestado a los dirigentes o a los ejecutores materiales una simple ayuda.



En ciertos casos se admitió el concurso negativo, es decir, la persona que habiendo podido impedir el delito no lo hizo.

Así tenemos, también que la participación es la “Intervención de varias personas en el desarrollo del delito. Su estudio en el Derecho Penal es importante, dado que a menudo se presenta el ilícito como resultado de la cooperación de varios delincuentes. Su condición principal es que un conjunto de personas quiera la realización de un mismo delito y que asimismo ejecuten algún hecho encaminado a su producción.”<sup>1</sup>

Castellanos Tena, al referirse a la participación, dice: “...consiste en la voluntaria cooperación de varios individuos en la realización de un delito, sin que el tipo requiera esa pluralidad...”<sup>2</sup>

A la participación en el delito, la definimos en su forma genérica como: “AQUELLA EN LA QUE CONCURREN VARIAS PERSONAS, NECESARIA O EVENTUALMENTE PARA LA PRODUCCIÓN DE UN DELITO”<sup>3</sup>.

Dentro de esta definición, encontramos que en nuestra legislación hay, participación necesaria en el delito y participación eventual, por lo que atendiendo a la intervención de los sujetos en el delito, se ha clasificado en:

- a) Delitos Plurisubjetivos
- b) Delitos Unisubjetivos.

Haciendo referencia a la participación necesaria y eventual con respecto a la clasificación señalada, tenemos que la primera de ellas la encontramos dentro

Z DE LEON MARCO ANTONIO. **Diccionario de Derecho Procesal Penal** y términos usuales en el Proceso Penal. Tomo II, Editorial Porrúa. S.A. 2ª edición. Pág. 1205.

CASTELLANOS TENA FERNANDO. **Lineamientos Elementales de Derecho Penal**, Editorial Porrúa S.A., 1ª edición. Pág. 283.

SINA, ENRIQUE. **Elementos de Derecho Penal**. Editorial Reus S.A. 4ª Edición. Madrid España 1986. Pág. 89.

de los delitos plurisubjetivos, mientras que a la participación eventual estará en los delitos unisubjetivos.

Los delitos plurisubjetivos, se refieren al concurso necesario de sujetos en el delito, debido a la naturaleza de los mismos, la que presupone varios concurrentes, es decir, el tipo penal exige una pluralidad de sujetos para poder configurarse, basta nombrar como ejemplo: la asociación delictuosa; delito en el que se requiere la cooperación de varias personas.

En su propio acto pues la pena aplicable al delito cometido, no sería proporcional a cada uno de los concurrentes. Sin embargo en el concurso necesario pueden darse figuras de la participación eventual, ya que es posible la intervención de instigadores o cómplices en la comisión de delitos, tales como la riña, en los que alguna persona facilita armas a los rijosos.

La participación eventual, sólo se presenta en los llamados delitos unisubjetivos, en los cuales, para configurarse el tipo, sólo requiere la actuación de un solo sujeto que infrinja la ley. en esos casos, el tipo se manifiesta de forma singular, tenemos por ejemplo el delito de homicidio, al que el artículo 302 del Código Penal, define como: “Comete el delito de homicidio el que priva de la vida a otro”, es decir, usa una terminología en singular, señalando como ejecutora a una sola persona. No obstante puede suceder que la ejecución de este delito, se lleve a efecto por más de una persona, habiendo una pluralidad de sujetos infractores, a pesar de ser un delito que puede perpetrarse por un solo sujeto.

En estos casos estamos en la presencia de la participación eventual, ya que la intervención de los partícipes no es permanente, como en el caso de la participación necesaria, pero si circunstancial o contingente, pues la intervención de los sujetos puede darse o no.

Cuando la participación de sujetos es meramente eventual, la conducta de cada uno de ellos, es medida por los principios que rigen la participación criminal.

Para Villalobos: “La participación se refiere a la cooperación eventual de varias personas en la comisión de un delito que podría ser cometido sin la intervención de todos aquellos a quienes se considera partícipes”<sup>4</sup>

De acuerdo a nuestro criterio la definición de Ignacio Villalobos, es a la que nos adherimos ya que la participación debe de entenderse como la intervención de varios sujetos en la comisión de un delito, en donde cada uno de ellos realiza actos tendientes a la realización del mismo.

## 1.2 EVOLUCION LEGISLATIVA EN MÉXICO SOBRE LA AUTORIA Y LA PARTICIPACION

La evolución que en México ha tenido la autoría y la participación, es de suma importancia y para tal efecto a continuación entraremos al estudio de nuestros Códigos Penales, en orden a su aparición.

### A)- CODIGO PENAL DE 1871.

Así tenemos, primeramente el Código Penal de 1871, las disposiciones que hacen alusión a la participación delictuosa, se encuentran comprendidas en los numerales 48 a 59 y del 219 al 223, siendo que los primeros se refieren al título denominado “de las personas responsables de los delitos”, en tanto que los segundos mencionan la “aplicación de penas a los cómplices y encubridores”, reproduciéndose su texto a continuación.

Artículo 48. Tienen responsabilidad criminal:

#### I. Los autores del delito

II. Los cómplices.

III. Los encubridores.

Artículo 49. Son responsables como autores de un delito:

I.- Los que lo conciben, resuelven cometerlo, lo preparan y ejecutan, ya sea por sí mismos, o por medio de otros a quienes compelen o inducen a delinquir, abusando aquellos de su autoridad o poder, o valiéndose de amagos o amenazas graves, de la fuerza física, de dádivas, de promesas, o culpables maquinaciones o artificios.

II.- Los que son la causa determinante del delito aunque no lo ejecuten por sí, ni hayan resuelto ni preparado la ejecución, y se valgan de otros medios diversos de los enumerados en la fracción anterior para hacer que otros lo cometan.

III.- Los que con carteles dirigidos al pueblo, o haciendo circular entre éste manuscritos o impresos, o por medio de discursos, en público, estimulan a la multitud a cometer un delito determinado; si éste llega a ejecutarse, aunque sólo se designen genéricamente las víctimas.

IV.- Los que ejecutan materialmente el acto en que el delito queda consumado.

V.- Los que ejecutan hechos que son la causa impulsiva del delito, o que se encamina inmediata y directamente a su ejecución, o que son tan necesarios en el acto de verificarse ésta, que sin ellos no puede consumarse.

VI.- Los que ejecutan hechos que, aun cuando a primera vista parecen secundarios, son de los más peligrosos o requieren mayor audacia en el agente.

VII.- Los que teniendo por su empleo o cargo él deber de impedir o de castigar un delito, se obligan con el delincuente a no estorbarle que lo cometa; o a procurarle la impunidad en el caso de ser acusado” (participación por omisión dolosa en delitos de deberes especiales.)

Una de las hipótesis más importantes es la comprendida en la fracción VI, que precisamente, se refiere a los actos que a primera vista parecen secundarios y son los más peligrosos. Estas conductas eran sumamente difíciles de desentrañar, y su determinación todavía se dificultaba más en un delito en el que intervinieran una pluralidad de sujetos.

Artículo 50. Son responsables como cómplices.

I.- Los que ayudan a los autores de un delito en los preparativos de éste, proporcionándoles los instrumentos, armas u otros medios adecuados para cometerlo, o dándoles instrucciones para este fin, o facilitando de cualquiera otro modo la preparación a la ejecución: si saben el uso que va hacerse de unas y de otros.

II.- Los que, sin valerse de los medios de que se habla en el párrafo I del artículo anterior, emplean la persuasión o excitan las pasiones para provocar a otro a cometer un delito; si esta provocación, es una de las causas determinantes de éste, pero no la única.

III.- Los que en la ejecución de un delito toman parte de una manera indirecta o accesoria.

IV.- Los que ocultan cosas robadas, dan asilo a delincuentes, les proporcionan la fuga, o protegen de cualquier manera la impunidad; si lo hacen en virtud de pacto anterior al delito.

V.- Los que, sin previo acuerdo con el delincuente, y debiendo por su empleo o cargo impedir un delito o castigarlo, no cumplen empeñosamente con ese deber.

Artículo 51. Si varios concurren a ejecutar un delito determinado, y alguno de los delincuentes comete un delito distinto, sin previo acuerdo con los otros; éstos quedarán enteramente libres de responsabilidad por el delito no concertado, si se llenan los cuatro requisitos siguientes:

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

II.- Que aquél no sea una consecuencia necesaria o natural de éste o de los medios concertados.

III.- Que no hayan sabido antes que se iba a cometer el nuevo delito.

IV.- Que estando presentes a la ejecución de éste, hayan hecho cuanto estaba de su parte para impedirlo, si lo podían hacer sin riesgo grave e inmediato de sus personas.

Artículo 52. En el caso del artículo anterior, serán castigados como autores del delito no concertado, los que no lo ejecuten materialmente, si faltare cualquiera de los primeros requisitos que dicho artículo exige, pero cuando faltare el tercero o el cuarto, serán castigados como cómplices.

Artículo 53. El que, empleando los medios de que hablan los párrafos 1º, 2º y 3º del artículo 49 y párrafo 2º del 50, compela o induzca a otro a cometer un delito; será responsable de los demás delitos que cometa su coautor o su cómplice solamente en estos dos casos.

I. Cuando el nuevo delito sea un medio adecuado para la ejecución del principal;

II. Cuando sea consecuencia necesaria o natural de éste, o de los medios concertados.

Pero ni aun en estos dos casos tendrá responsabilidad por los nuevos delitos, si éstos dejaran de serlo si él los ejecutara.

Artículo 54. El que, por alguno de los medios de que hablan los párrafos 1º, 2º, y 3º del artículo 49 y párrafo 2º del 50, provoque o induzca a otro a cometer un delito; quedará libre de responsabilidad si desiste de su resolución y logra impedir que el delito se consume.

Si no lo consigue, pero acredita haber empleado con oportunidad medios notoriamente capaces de impedir la consumación se le impondrá la cuarta parte de la pena que merecería sin esa circunstancia. En cualquier otro caso se le castigará como autor o como cómplice, según el carácter que tenga el delito concertado.

Artículo 55. Los encubridores son de tres clases.

Artículo 56. Son encubridores de primera clase:

Los simples particulares que, sin previo concierto con los delincuentes, los favorecen de alguno de los modos siguientes:

I.- Auxiliándolos para que se aprovechen de los instrumentos con que se comete el delito o de las cosas que son objeto o efecto de él, o aprovechándose de los unos o de los otros encubridores:

II.- Procurando por cualquier medio impedir que se averigüe el delito, o que se descubra a los responsables de él:

III.- Ocultando éstos, si tienen costumbre de hacerlo, u obran por retribución dada a prometida.

Artículo 57. Son encubridores de segunda clase:

1º- Los que adquieren alguna cosa robada, aunque no se les pruebe que tenían conocimiento de ésta circunstancia, si concurren las dos siguientes:

I.- Que no hayan tomado las precauciones legales para asegurarse de que la persona de quien recibieron la cosa, tenía derecho para disponer de ella;

II.- Que habitualmente compren cosas robadas.

2º- Los funcionarios públicos que, sin obligación especial de impedir o castigar un delito, abusan de su puesto ejecutando alguno de los actos mencionados en el artículo anterior.

Artículo 58. Son encubridores de tercera clase:

Los que temiendo por su empleo o cargo, él deber de impedir o de castigar un delito, favorece a los delincuentes sin previo acuerdo con ellos, ejecutando alguno de los hechos enumerados en las fracciones 1° y 2° del artículo 56, u ocultando a los culpables.

Artículo 59. No se castigará como encubridores a los ascendientes, descendientes, cónyuges o parientes colaterales del delincuente, ni a los que le deban respeto, gratitud o estrecha amistad, aunque oculten al culpable o impidan que se averigüe el delito, si no lo hicieren por interés, ni emplearen algún medo que por sí sea delito.

En la fracción IV, debemos de indicar, que aunque las conductas que señalaba este artículo, de que las conductas que señalaba hubieran podido considerarse como formas de encubrimiento, no lo eran, ya que requerían un pacto anterior con el delincuente, este pacto era de suma importancia, pues podía darse el caso, de que una persona sólo se decidiera a cometer un delito si hubiera tenido garantizado, por un convenio anterior con otro, que al terminar la ejecución, esté último, lo iba a proteger de las autoridades que lo persiguieran.

Finalmente, la fracción V, también consideraba cómplices a aquéllos que teniendo él deber de cumplir con ciertas obligaciones, no lo hicieran, dando con ello lugar a la realización de un delito.

La alusión de esta conducta, en las formas de participación, parece injusta, ya que la voluntad del cómplice no estaba encaminada a la ejecución del hecho delictuoso, y en muchos casos, la vigilancia de una persona podía ser burlada fácilmente por la sagacidad de los criminales, sin que se pudiera atribuir a esa persona una verdadera participación, supuesto que para la existencia de la participación, sea indispensable la intención dolosa de los coparticipes.



Ahora, vamos a referirnos al capítulo denominado “Aplicación de penas a los cómplices y encubridores”, a que se refiere el ordenamiento jurídico que comentamos.

Artículo 219. Al cómplice de un delito consumado, frustrado o intentado o de contacto, se le castigará con la mitad de la pena que se le aplicaría si él fuera el autor del delito atendidas las circunstancias atenuantes y agravantes que en él concurran.

Artículo 220. A los encubridores se les impondrá en todo caso, obren o no por interés, la pena de arresto menos mayor atendiendo a sus circunstancias atenuantes y agravantes que en él concurran.

Artículo 221. Cuando el encubrimiento se haga por interés, además de lo dispuesto en el artículo anterior, se observarán las reglas siguientes:

I. Si el interés consistiere en retribución recibida en numerario paga el encubridor por vía de multa una cantidad doble de la recibida.

II. Cuando la retribución pecuniaria quede en promesa aceptada la multa será de una cantidad igual a la prometida que pagará el que le prometió y otro tanto que satisfará el encubridor.

III. Cuando la retribución no consista en numerarios sino en otra cosa propia del delincuente, se entregará ésta o el precio legítimo de ella por su falta y otro tanto más de dicho precio en los términos expresados en las reglas primera y segunda.

IV. Si a cosa dada o prometida no perteneciere al delincuente, pagará éste como multa el precio de ella y otro tanto más el encubridor, y se restituirá la cosa a su legítimo dueño o su precio a falta de ella si no fuere de uso prohibido. Siéndolo se ejecutará lo que provienen los artículos 106 y 108.

V. Si la retribución prometida o realizada no fuera estimable en dinero, el Juez impondrá al delincuente principal una multa de cinco a quinientos pesos y

de una cantidad igual al encubridor atendiendo a la gravedad del delito y del encubridor a la importancia de la tribución y a las circunstancias personales de los culpables.

Artículo 222. Si los encubridores fueren de los que se trata en la fracción 2ª del artículo 57, además de las penas de que hablan los dos que preceden se les aplicará la de suspensión de empleo o cargo por el término de seis meses a un año.

Artículo 223. Si los encubridores fueren de tercera clase además de imponerles las penas de que se habla en los artículos 220 y 221 se les destituirá del empleo o cargo que desempeñen.

La enumeración de las conductas de autores, cómplices y encubridores, a que hacía referencia el Código de 1871, era bastante completa, con el inconveniente de ser limitativa, ya que pudiendo presentarse el caso de que la conducta de una persona evidentemente culpable, no quedara comprendida en las hipótesis previstas en la norma, dejándose, en consecuencia impune, una acción que debía ser castigada; este Código señalaba con precisión los grados que puede registrar la participación de una persona en determinado delito, relacionándola para los efectos punitivos con las circunstancias personales del responsable y con el hecho en que el delito consiste, queriendo decir con lo anterior que cuando el delito es obra de varios individuos prevalece el criterio de que para castigarlos se debe tener muy en cuenta el grado de participación en el hecho criminoso; es por ello que en su exposición de motivos se decía: ... "Sería inadmisibles que se impusiera al autor del delito la misma pena que a sus cómplices o encubridores".

#### B).- CODIGO PENAL DE 1929

Este ordenamiento legislativo, adoptó la clasificación de las formas de participación en los preceptos de su antecesor, previstas en los artículos 36 a 44

y 177 a 180, en donde los primeros se referían al título “de las personas responsables de los delitos”, cuyo contenido es idéntico al Código de 1871, resultando por este motivo innecesario su transcripción.

Y respecto al capítulo “de la aplicación de las sanciones a los cómplices y encubridores”, hay ligeras variaciones con relación al Código de 1871, como lo podemos observar en los preceptos que a continuación transcribimos.

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

Este artículo, prevé un margen para la aplicación de la pena, fijándola el Juez dentro del máximo y mínimo señalado según su arbitrio.

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

Con referencia a los artículos 179 y 180 su contenido es idéntico a lo establecido por los artículos 221 y 222, respectivamente, del derogado Código.

En este Código, se observan ligeras variaciones, en lo que respecta a la graduación punitiva de los partícipes, dando mayor libertad al juzgador.

#### C).- CODIGO PENAL DE 1931

El Código Penal vigente, hace alusión de las personas responsables de los delitos en sus artículos 13, 14 y 64 y respecto al título denominado: “personas responsables de los delitos”; preceptos que a continuación transcribimos:

Artículo 13. - Son responsables de los delitos:

I. Los que intervienen en la ejecución, preparación o ejecución de uno de ellos.

II. Los que inducen o compelen a otro a cometerlos.

III. Los que presten auxilio o cooperación de cualquiera especie para su ejecución, y

IV. Los que, en casos previstos por la ley, auxilien a los delincuentes, una vez que éstos efectuaron su acción delictuosa.

El Código Penal de 1931 reformado ( reformas de 1983 y 1994 ) (artículo 13).

Fracción I. Los que acuerden o preparen su realización.

Fracción II. Los que lo realicen por sí;

Fracción III. Los que lo realicen conjuntamente;

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

Fracción V. Los que determinen dolosamente a otro cometerlo;

Fracción VI. Los que dolosamente presten ayuda o auxilien a otro para su comisión.

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

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

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

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

Artículo 64 bis, expresa:

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

Artículo 14, también relacionado haciendo referencia al “delito emergente”, expresa:

Si varios delincuentes toman parte en la realización de un delito determinado y alguno de ellos comete un delito distinto sin previo acuerdo de todos los otros, todos serán responsables de la comisión del nuevo delito, salvo que concurren los requisitos siguientes:

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

Fracción II. Que aquél no sea una consecuencia necesaria o natural de éste, o de los medios concertados;

Fracción III. Que no hayan sabido antes que se iba a cometer el nuevo delito, y

Fracción IV. Que no hayan estado presentes en la ejecución del nuevo delito o que habiendo estado hayan hecho cuanto estaba de su parte para impedirlo.

De lo expuesto, en lo referente a la evolución legislativa de la autoría y la participación en México, se observa, que ha tenido un amplio desarrollo doctrinal, ya que a procurado incorporar una regulación específica del tema en comento, a través de la expresa conceptualización de las personas responsables en la comisión de un delito.

### 1.3 LEGISLACIÓN MEXICANA VIGENTE SOBRE LA AUTORÍA Y LA PARTICIPACIÓN.

La complejidad que plantea el tema de la responsabilidad de las personas relacionadas con la comisión de un delito y que, según observado, de lo anteriormente expuesto y siguiente numeral relativo a la evolución legislativa

de la autoría y la participación en México, ha llevado un amplio desarrollo doctrinal sobre el particular.

La ley penal mexicana en sus reformas de 1983 y 1994 procuró incorporar una regulación bastante específica de la materia, a través de la expresa conceptualización de las personas responsables de la comisión de un delito, en ocho fracciones diferentes del artículo 13 del Código Penal y estableciendo las bases de una diferente punibilidad para ellas, atento a lo dispuesto en el artículo 64 bis del propio ordenamiento penal. A su vez ciertas características específicas aparecen también recogidas en el artículo 14 siguiente:

El Código Penal de 1931, fue reformado en el año de 1984, en su artículo 13, por cuya vía se incorporó la regulación más clara acerca de la autoría y la participación, que modificó a la preexistente, que aparecía desarrollada en la línea de la doctrina tradicional que habían recogido las anteriores leyes penales mexicanas, según se relata en el numeral siguiente:

El artículo 13 del Código Penal expresa:

Fracción I. Los que acuerden o preparen su realización;

Fracción II. Los que lo realicen por sí;

Fracción III. Los que lo realicen conjuntamente;

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

Fracción V. Los que determinan dolosamente a otro a cometerlo;

Fracción VI. Los que dolosamente presten ayuda o auxilien a otro para su comisión;

Fracción VII. Los que posteriormente a su ejecución auxilien al delincuente en cumplimiento de una promesa anterior al delito; y

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

El concepto de autor aparece previsto en el numeral 13, fracción II, con la expresión: “Los que lo realicen por sí”. En donde esta fórmula supera a la del texto derogado, que solo expresaba que “son responsables de los delitos, los que intervienen en la concepción, preparación y ejecución de ellos”, lo que originó no pocas confusiones y cuestionamientos. En efecto, no es posible “intervenir” en la mente de los demás, situación que el nuevo texto ya no discute.

El Código Penal en la fracción I reformada centra su atención en el sentido de que la autoría y la participación sólo son dables a partir del injusto típico, cuyo límite mínimo de punibilidad es el que deriva de la tentativa. Así expresa: la fracción I, “acuerdan o preparan la realización del delito”, necesariamente se refiere al delito cometido.

La fracción III del artículo 13 expresa: “los que lo realizan conjuntamente”: Regula el caso de la coautoría. Al respecto cabría observar si con esta fórmula es necesario que cada uno de los coautores realice por sí el hecho típico o bien, es factible la división del trabajo en esa realización del delito (coautoría sucesiva), se estima que con apoyo en la teoría objetiva final, a partir del concepto del dominio del hecho, no existe dificultad en entender que el delito aparece cometido en todo su conjunto y, así, son responsables como autores, quienes intervienen en la realización, que no necesariamente ha de ser completa de cada uno, sino que permite la división. Con anterioridad la coautoría aparecía derivada de la misma fracción I mencionada.

La fracción IV del artículo 13 expresa: “los que lo lleven a cabo sirviéndose de otro”.

Claramente se refiere a la figura del autor mediato, sin dejar dudas acerca de su concepción y alcance, como la persona que utiliza a otra como instrumento, para realizar el injusto típico. Es la figura de la *lunga manus* de

que se ocupo la doctrina clásica. Quien actúa como instrumento puede ser un imputable o inimputable y sólo se requiere su obvio desconocimiento acerca del fin delictivo en que interviene.

La fracción V del mismo numeral 13, expresa: “los que determinen intencionalmente a otro a cometerlo”. Hace referencia a la figura del instigador (autor intelectual), que queda identificado en esta fórmula.

Esta forma de participación sustituye a la del texto reformado que habla de “inducir o compeler a otro”, con lo que confusamente parecía ocuparse de los casos del partícipe, instigador y del autor mediato.

La fracción VI del artículo 13 con la fórmula “Los que intencionalmente presten ayuda o auxilio a otro para su comisión”, hace referencia al cómplice como forma de participación en la comisión del delito. Son los cómplices y los auxiliadores que dolosamente participan en el hecho ajeno, observándolo precisamente como el acto de otro y no la ejecución de un acto propio. Son personas que no tienen el dominio del acto, pero sí intervienen para su realización.

La fracción VII del numeral 13 se refiere a una forma particular de la complicidad caracterizada por su manifestación de auxilio posterior a la ejecución del hecho típico, si bien en cumplimiento de una promesa anterior, con lo que obviamente queda en claro su conocimiento, desde un inicio, acerca del hecho delictivo. Naturalmente el auxilio posterior, sin conocimiento previo, origina no la participación sino el encubrimiento.

Finalmente la fracción VIII del artículo 13 reformado, incluye la figura de la “complicidad correspectiva” o autoría indeterminada, con la expresión “cuando varias personas intervienen en la comisión de un delito, sin estar precisando el daño producido por cada uno de ellos”.



En la reforma a la ley penal publicada en el Diario Oficial de la Federación el 10 de enero de 1994, quedó incorporada la adición del artículo 64 bis del Código Penal, por virtud de la cual se establece una diferencia en la punibilidad de las personas que aparecen mencionadas como responsables en la comisión de un delito en las primeras seis fracciones, respecto de la que sufren quienes intervienen en los términos de las fracciones VI, VII y VIII y que concretamente hacen referencia, a las figuras del autor y el partícipe.

Así en México, los autores que intervienen en la comisión de un delito, individual o conjuntamente sea con las características que permiten reconocerlos como autores directos o mediatos o bien como autores intelectuales, independientemente de que doctrinalmente se les reconozca o no como autores, por ajustarse o no a la concepción que se tenga acerca de éstas, lo cierto es que, atento al texto expreso de la ley penal mexicana, por corresponder a una de las primeras seis fracciones, sufrirán la pena correspondiente a la prevista en el intervalo de punibilidad recogido por el delito doloso de que se trata, debiendo entenderse que se trata de "autores" y no de "partícipes" (la teoría que al respecto resulta más armoniosa es, precisamente la final objetiva a que se hizo mención). En cambio, quienes reúnen las características recogidas en las tres últimas fracciones, en los términos del artículo 64 bis, serán castigados con una pena cuyo máximo es de hasta tres cuartas partes de la pena del delito correspondiente.

Tal regulación aparece también completada, en términos de lo dispuesto en el numeral 51, párrafo segundo, del Código Penal, que entre las bases de las reglas para la individualización de la pena, señala:

En los casos de los artículos 60 fracción IV, 63, 64, 64 bis y 65 y en cualesquiera otros en que este Código disponga penas en proporción a las previstas para el delito intencional consumado, la punibilidad aplicable es,

para todos los efectos legales, la que resulte de la elevación o disminución, según corresponda de los términos mínimos y máximo de la pena prevista para aquél. Cuando se trate de prisión, la pena mínima nunca será menor de tres días.

En consecuencia, el límite de la punibilidad prevista para los partícipes, en términos de lo dispuesto por el artículo 64 bis, deberá ser entendido a partir de los límites mínimo y máximo, previsto para el delito de que se trate (Vg. en el homicidio simple, con una penalidad de ocho a veinte años de prisión, conforme al artículo 307 del ordenamiento penal, debería entenderse que el partícipe. tendrá una pena cuyo intervalo corresponda desde las tres cuartas partes del mínimo. hasta las tres cuartas partes de la punibilidad señalada, es decir, de 6 a 15 años.)

#### A)- DELITO EMERGENTE

Una última figura que también merece ser comentada con relación al estudio de las personas responsables de los delitos es el “delito emergente”, previsto en el numeral 14 del Código Penal, que señala:

Si varios delincuentes toman parte en la realización de un delito determinado y alguno de ellos comete un delito distinto, sin previo acuerdo con los otros, todos serán responsables de la comisión del nuevo delito, salvo que concurran los requisitos siguientes:

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

Fracción II.- Que aquél no sea una consecuencia necesaria natural de este, o de los medios concertados.

Fracción III.- Que no haya sabido antes que se iba a cometer el nuevo delito, o que también habiendo estado haya hecho cuanto estaba de su parte para impedirlo.

En términos del artículo 14 señalado, delito emergente, es el nuevo delito que se comete durante la realización de otro delito, conforme a un proceso causal del todo dependiente y diferente y siempre que concurren las características señaladas en las fracciones siguientes del mismo dispositivo penal.

Independientemente de la técnica que utiliza el legislador en el mencionado artículo, el que incluso aparece redactado en forma confusamente negativa, en realidad las referidas fracciones son una consecuencia lógica de la figura jurídica en cuestión, ya que si el multicitado delito “emerge” o nace durante el proceso de realización de otro delito es natural que para responsabilizar a los partícipes en el mismo, el punto de partida debe ser su posible previo acuerdo, o bien su aceptación acerca de la posibilidad de realización del nuevo delito, unido al hecho de que el nuevo ilícito, hubiese podido ser medio para la comisión del principal o bien su consecuencia necesaria o natural o de los medios concertados y, de aquí, también, la relevancia que puede tener el haber estado presente o no en la ejecución del nuevo delito y, en su caso, siendo así, de que se hubiese hecho lo posible para evitarlo o impedirlo o bien, se hubiese admitido expresa o tácita su realización.

CAPITULO II

FORMAS DE AUTORIA Y

PARTICIPACION

## 2.1 AUTORIA DIRECTA

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.

### Denominación.

El término "autor", no es un producto del derecho penal, sino que éste lo toma, como 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 jurídico penal, autor del delito es quien constituye los elementos de éste; es decir, es autor quien ejecuta una conducta típica, antijurídica y culpable.

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

Wessels, dice: que "Es autor directo quien comete el hecho punible personalmente"<sup>5</sup>.

Como veremos posteriormente, para ser autor material de un delito, no basta ejecutarlo personalmente, requiere además tener el dominio final del hecho; por ende, autor inmediato es aquel que teniendo el dominio final del hecho, ejecuta personalmente el injusto, siéndole reprochable tal proceder.

---

WESSELS HANS. *Derecho Penal*, Editorial. Depalma. Argetina. 1980. Pág. 156.

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 de autor y los del cómplice.

La teoría 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.

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 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”<sup>6</sup>.

Descartando 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”.

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 las áreas respectivas de los que intervienen en la realización del delito: del autor y del partícipe.

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 del 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 del hecho.

#### D)-Teoría Formal Objetiva.

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

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

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 mediata, 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 exige en el autor elementos subjetivos; así, en el cohecho no basta 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.)

#### E)-Teoría Subjetiva.

El meollo de esta teoría, inicia al preguntarse cómo identificar el animus autoris. Para dar respuesta se han establecido dos corrientes: la teoría del interés y la teoría del dolo. Conforme a la primera el animus autoris, coincide con el sujeto que tiene un interés en la causación del delito, 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; verbigracia, 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 autoris, 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.

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"<sup>7</sup>.

En verdad, con ello el autor alemán rehúsa al criterio subjetivo como fundamento de la teoría que sustenta, para tomar como base una teoría objetiva.

#### F)-Teoría del Dominio del Hecho.

Entre la teoría objetiva y la subjetiva, la doctrina encontró 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.

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.

Para esta postura, autor es quien tiene el dominio del hecho, y participe 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.

Maurach, nos dice: que dominio del hecho, es el doloso tener las riendas del acontecimiento típico, 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.

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, estricto 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".

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 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, y arremete contra la postura que sustenta Armin Kaufman, 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, 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 dispara 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.

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 figura 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, 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 cuanto la anulación del dolo, que sería la trágica consecuencia a 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 que 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.

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.

#### G) - Elementos de la Autoría.

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

Los elementos 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.

En los elementos especiales de la autoría, son divididos en calidades subjetivas y objetivas. En la primera, 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.

En las calidades objetivas, 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 los ante los delitos de propia mano.

En los 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. En los delitos especiales, afirma MAURACH, la posibilidad de autoría se limita a la esfera de las llamadas personas calificadas o autores idóneos. Ello tiene como consecuencia que los terceros no pueden ser autores de estos hechos punibles.

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 por el Derecho, vr. gr., la de servidor público (Art. 212.)

En los delitos de propia mano, parece ser, que fue BINDING, quien acuña 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 ZAFFARONI, que se llama delitos de propia mano, a los que sólo puede cometer el autor realizando personalmente la conducta típica. 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.

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

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 reprochable como tal. El acto como tal. es incorrecto o reprobable desde un punto de vista ético social.

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 lo que resulta, 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.

H) - 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 distinguir plenamente a la autoría en las fracciones ( II, III y IV) y de la participación (frac. I, V, VI, VII y VIII.) - Por ello el juzgador deberá tener 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 sosteniendo: "Con la diferenciación de las formas de participación, el legislador, al igual que con la construcción de los tipos, persigue la meta de limitar, sobre la base de 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"<sup>8</sup>.

Para determinar la calidad de autor material, consideramos que nuestro Código Penal, sigue la Teoría del Dominio del Hecho, dado que quien ejecuta por sí el delito, tiene en sus manos su comisión, propio de la autoría mediata.

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.



## 2.2. 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. Al respecto comenta Pavón Vasconcelos: "Coautor, al igual que el autor es quien realiza la actividad, conjuntamente con otro u otros descrita en la ley".

Desde el punto de vista subjetivo, para ser autor no se requiere 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.

En nuestra opinión, la teoría del dominio del hecho, es la que mejor formula el 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".

Nuestro Código Penal vigente para el Distrito Federal, define la coautoría en la fracción III del numeral 13, al poner de manifiesto que son responsables del delito, los que lo realicen conjuntamente.

### B)- Problemática de la coautoría.

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

Problemática relativa al punto que tratamos, es el considerar si cada sujeto responde de lo que aporte, o sí por el contrario del resultado total producido; en el ejemplo antes dado, los dos sujetos responden del homicidio 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”, falta de 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 hincapié, 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 solamente una coincidencia causal de varios supuestos de autoría individual”.

### C) - 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.

Un sector doctrinal, estima requisito para la existencia de la coautoría sucesiva, el que la ejecución del delito se haya iniciado en autoría única; lo cual en nuestra opinión, no es acertado, ya que no vemos obstáculo 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 esa coautoría sucesiva cuando C se une al trabajo delictivo de A, como cuando se una A y B que actúan en forma mancomunada.

## 2.3. AUTORIA MEDIATA

### A) - Denominación.

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

Para delimitar el concepto de coautoría 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.

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".

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".

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"; 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".

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 Echandía, Bacigalupo, Jeschek, Wessels, Welzel y Porte Petit, siendo que el último de los mencionados 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; opinión que es acertada, debido a 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, en reforma de 1984, adoptó una fórmula amplia en la concepción de la autoría mediata, pues considera responsable del delito, a quien lo ejecute sirviéndose de otro (artículo 13 fracción 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"; el nacimiento de esta figura, según lo sintetiza Bacigalupo, "se ha ido desprendiendo de la figura del Mandato 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 Stubel (1828) en reemplazo del concepto causante intelectual. La fundamentación moderna, concluye este autor, comienza con los hegelianos Luden, Koslin, Berner, Halschner".

El motivo que determinó el nacimiento de lo que ahora conocemos como autoría mediata, lo fue la creación de la extrema accesoriedad; Pues en efecto, con esta teoría, los que hoy en día son casos de autoría mediata, eran consideradas hipótesis de instigación, de lo que resultaba que al hacerse efectiva la accesoriedad extrema, en hechos cometidos por terceros carentes de dolo, los instigadores resultaban, contra toda lógica, impunes, dado que contribuían en un hecho típico, más no culpable. Como solución se introdujo precisamente la autoría mediata, por el carácter de autor, al que actuaba atrás del que materialmente ejecutaba el hecho.

Con la introducción de la teoría de la accesoriedad limitada, la figura del autor mediato queda intacta, pues se llegó a la certera conclusión de que, si bien se había creado para no dejar impunes ciertas conductas, lo cierto era que en esencia encerraba una verdadera autoría. En cierta manera, 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, opositor de la teoría del 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.”<sup>9</sup>

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 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 óptica que la autoría inmediata, el dominio de la ejecución del hecho.

### 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 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.

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

Wessels, dice: que el dominio del hecho se presenta en la autoría mediata como 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”.

La teoría objetiva, al reducir la autoría a una ejecución material personal, sufre un descalabro al tratar de explicar la autoría mediata. Solo a la luz de la teoría del dominio del hecho, puede concebirse a la autoría mediata, en la que el autor, sin ejecutar materialmente el hecho, tiene en sus manos el desarrollo de éste. Por ello, creemos que nuestro legislador al comprender la fracción IV del numeral 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 a una calidad en el sujeto activo, estas deberán actualizarse en el autor mediato y no en el ejecutor.

En el robo, el ánimo de apropiación, deberá ser del autor mediato, por lo que sólo quien pueda ser autor material podrá ponerse la investidura de autor mediato

#### D) - Casos de Autoría Mediata.

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, Bacigalupo, dice: "el dominio del hecho proviene del conocimiento del autor mediato y del desconocimiento del instrumento". 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 de ilicitud.

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

#### E)- Valiéndose de quien obra coaccionando.

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 ocurra, no hay duda 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 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 se le coacciona y consecuentemente tiene la posibilidad de obrar de otra manera.

Nuestro punto de vista, es que creemos acertada la postura contraria, ya 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 exigibilidad de otra conducta.

F) - Valiéndose de un imputable.

Por lo que se refiere, 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 imputable 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 tiene el dominio del hecho, porque no puede controlar preponderantemente el curso de los acontecimientos”.

En 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.

La última postura, establece que 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 imputable, 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 accesoriedad limitada. “Como siempre, afirma Jescheck, lo decisivo es aquí el dominio del hecho por parte del hombre de atrás”: en este mismo sentido Welzel, 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”. Si se instiga a un sujeto, por ejemplo, a defenderse contra agresión, sin tener el dominio del hecho, la autoría mediata queda excluida. Por el contrario, quedará actualizada, por ejemplo, si “A incita a X; X mata a B en legítima defensa. A perpetra aquí asesinato por autoría mediata a través de B y X”.

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

#### 2.4. NATURALEZA DEL PARTICIPE

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”.

A esta naturaleza se le ha llamado teoría accesorio de la participación.

Esta corriente sin embargo, no ha sido acogida unánimemente por la doctrina. dado a 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.

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 postura, Teoría Pluralista de la participación.

Contra este sustento, 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 alguna 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) aún cuando el primer sujeto rechace la proposición y el segundo use el cuchillo sólo para cortar un pollo”.

Es la teoría de la accesoriedad, la que 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”.

#### A) - Accesoriedad de la participación

El instigador y el cómplice no tienen 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, participación en el hecho, no lo crean.

Esta accesoriedad 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 accesoriedad mínima, limitada, extrema y de la hiperaccesoriedad.

De acuerdo a la primera postura, es decir de la accesoriedad mínima, 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, ya 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 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 subjetivo y por ello manifestaban que bastaba un hecho típico, y era indiferente el aspecto interno del autor principal.

Respecto a la accesoriedad limitada, se considera que el hecho principal ha de ser típico y antijurídico, o en otros términos, que el instigador y el cómplice participan en un injusto. “Cuando se requiere que la realización del tipo por el autor sea antijurídica, dice Fontán Balestra, la accesoriedad se manifiesta en forma limitada”.

En la accesoriedad externa, como lo vimos, en el punto que antecede, para la teoría causalista no basta un hecho típico y antijurídico en el que participan 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.

## 2.5. LA INSTIGACION

La instigación, es una forma de participar en un injusto. Lo importante resulta determinar que 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 definición, que el instigador debe determinar a otra para la comisión de un delito, lo cual es inexacto, ya que de acuerdo a la teoría de la accesoriedad limitada que hemos ostentado, basta un injusto para participar, independientemente de que éste sea matizado de culpable.

El Código penal, en la fracción V del artículo 13, establece que son responsables del delito, los que determinan intencionalmente a otro a cometerlo. Con esta fracción, aparentemente nuestra legislación penal, requiere que se instigue a la comisión de un delito, y no sólo de una conducta

típica y antijurídica, sin embargo, una interpretación de este precepto, en concordancia con el numeral 54 del mismo Código, nos lleva a asegurar que no es necesaria la culpabilidad del sujeto instigado, y por ello basta con castigar a la comisión de un injusto doloso.

Guillermo Fierro, dice que la esencia de la instigación reside en el producir en otro que debe reunir todas las características y condiciones requeridas para ser autor la resolución debe ser tentado”<sup>10</sup>.

A) - Modos de Instigar.

Independiente al número de formas en que se puede instigar, debemos decir, 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.

Zaffaroni, afirma: “que la instigación debe cometerse mediante un medio psíquico”, ya que lo importante, 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 injusto psíquico”.

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”.

Siguiendo a Carrara, algunos autores consideran como formas de inducción al mandato, la orden, la coacción, el consejo y la asociación. “La nota característica de estas figuras dice Carrara, se reconoce con facilidad. Se contrae a la utilidad del delito. Si el que va a cometerse redunda en pró de quien concurre a él comunicando tan solo su voluntad al autor físico del

mismo, tendremos la orden, la violencia o el mandato, Si la utilidad recae únicamente sobre el autor físico, aparece el consejo. Si la utilidad resultante es común, se da la sociedad”<sup>11</sup>.

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

En 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”

La acción, se dice que hay coacción, cuando un mandato se apoya en la amenaza: Debemos aclarar aquí algunos puntos: 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 del hecho, pues entonces, en sus manos está el cuerpo 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”<sup>12</sup>.

A fin de descartar al consejo como forma de instigación, resulta de gran utilidad 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

ARRARA FRANCISCO, *Teoría de la Tentativa y de la Complicidad*. Ed. F. Góngora y Compañía, Madrid, parágrafo 244, Pág. 183.

JIMÉNEZ DE ASÚA LUIS. *La Ley y el Delito*. Ed. Sudamericana, 10ª edición. Buenos Aires, 1980. Pág. 508.

permitido socialmente, de que 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”.

La asociación: Independientemente se considera que hay instigación cuando un grupo de personas pactan analizar un delito para un común beneficio. Si bien es cierto, puede acontecer que un grupo de personas pacte la comisión del hecho punible, y que todos ellos logren una utilidad, sin embargo, ello no determina una necesaria instigación correlativa; puede ser que todos los sujetos, antes de asociarse, hayan tenido la 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.

#### A)- Problemática de la Instigación

En este punto nos referido al momento de la Instigación, ya que no es posible instigar a quien ya ha resuelto cometer el hecho punible.

La esencia del instigador es que rompe al autor inmediato; de tal manera 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 encontramos en el campo de la complicidad.



No se presenta esta hipótesis que tratamos, en tanto el delito al que se pretende instigar y el ya resuelto por el autor material coinciden. La problemática empieza 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 se 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 circunstancia que califique el hecho o atenúe, es indudable que no hay instigación, ya que esta 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 en 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 cometa 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.

#### C) - Instigación en delitos instantáneos

No hay impedimento alguno para considerar la instigación a la comisión de un hecho punible instantáneo. Como sería el caso de A que ha recibido la paga para privar de la vida a una persona determinada.

Debemos agregar igualmente, que la instigación no cabe 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 suceder 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.

#### D)- Instigación en los Delitos Permanentes

Se puede determinar a la comisión de un delito permanente, es importante decir, que durante la prolongada consumación de esta clase de ilícitos, no puede instigarse a su realización, en virtud de que el delito ya se consume, peor si 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 lesione a fin de presionar a la familia de la víctima para obtener el rescate; o bien tras el fracaso de obtener la suma solicitada le determina a que lo prive de la vida.

#### E)- Instigación en los Delitos Continuados.

Se puede instigar a la comisión de un delito continuado; es decir, determinar a una persona para que con diversas acciones, abrazadas por una unanimidad 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. Como sería el caso en que A ha resuelto robar 10 perlas de las quince que conforman un collar (en 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. ya que, respecto de las primeras diez, el autor material ya había tomado la resolución.

F) - Instigación a quien actúa con una Excluyente de Responsabilidad

Hemos asentado que la instigación requiere por lo menos de un injusto perpetrado por el autor principal, y es irrelevante si éste es culpable o no; esto es, se toma como punto de partida la teoría de la accesoriedad 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 termino, es decir cuando se instiga a la comisión de hecho antijurídico (que necesariamente ha de ser típico.

Welzel, dice: todos los tipos señalan las formas de conducta que se apartan gravemente de los órdenes históricos de la vida social.

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. Inclusive la instigación puede hacerse en el sentido que utilice el engaño si la mujer ha sobrepasado los dieciocho años. Regularmente, las conductas que son atípicas no son ejemplares, sin embargo son tolerables, ya que se mantienen dentro de un marco de libertad de acción social.

A falta de alguno elemento del tipo subjetivo (dolo o elemento subjetivo del injusto) hace imposible una instigación, pues el autor determinado ha de ejecutar dolosamente: La existencia de un obrar culposo puede consistir puede constituir una autoría mediata por parte del supuesto instigador.

**CAPITULO III**

**INDIVIDUALIZACION DE LA PENA**

### 3.1. CONCEPTO DE INDIVIDUALIZACION

Antes de entrar al estudio del presente capítulo, es necesario hacer mención que en toda sentencia, es forzoso individualizar la pena y en cumplimiento de esta tarea, el juez, hará uso del llamado **arbitrio judicial**, que es la facultad, legalmente conferida a los jueces para dictar sus resoluciones, según las seguridades de cada caso.

El juez es la figura principal del proceso, la función que le compete es la aplicación del derecho por la vía del proceso. El juez es, por lo tanto, un aplicador del derecho, no un creador es un continuador de la obra del legislador encaminándola a su fin esencial, que no puede ser otro que el imperio de la justicia en la vida; la función jurisdiccional en materia penal consiste pues, en mediante la aplicación de derecho penal, sacar las consecuencias legales que se deducen de una infracción penal de esta naturaleza, imponiendo al responsable o responsables una sanción preestablecida para el caso en el código o ley aplicable, previo el desarrollo del proceso, o declarando la inculpabilidad y la consiguiente absolución cuando se halle justificada.

Los juzgadores disfrutan de acuerdo al Derecho Positivo Mexicano, de las facultades para el señalamiento de las penas, arbitrio que no pugna con la garantía de legalidad consagrada en el artículo 14 de la Constitución Federal, cuya parte relativa prohíbe la aplicación de la pena que no esté decretada por una ley exactamente aplicable al caso de que se trate, pues si el propio ordenamiento punitivo establece en forma determinada las penas, al señalar para cada delito dos términos: mínima y máximo, dentro de los cuales se ejercita el arbitrio, hacen posible la adaptación de la norma a cada caso,

teniendo en cuenta las notas diferenciales del delito y las peculiaridades del delincuente, pero bajo el imperio de una ley común.

Por otra parte, complementa el arbitrio judicial con las intenciones jurídico-penales de la conmutación y sustitución de sanciones, la condena condicional, la libertad preparatoria y la retención.

“El arbitrio judicial dentro de los márgenes legales, lejos de violar las garantías constitucionales de legalidad estricta en el campo penal, entraña, a no dudarlo, una excelente conquista que permite, mediante la adecuación de la sanción para cada caso concreto, el predominio de la justicia y, consecuentemente, el imperio de la seguridad y del bien común”.<sup>13</sup>.

El arbitrio judicial en la individualización de la pena, consiste precisamente en la facultad otorgada al juez para que valore conforme a su prudente conciencia y dentro de un marco de legalidad, las diversas circunstancias jurídicas que se presenten en el proceso, para que en el juicio respectivo, particularice correctamente la pena que en su caso deberá aplicarse al sujeto enjuiciado; en virtud de que el juzgador deberá realizar la citada actividad jurisdiccional, con base a los límites que la ley le ordena, para no violar los derechos públicos subjetivos del condenado.

Individualización de la pena.- “Es el procedimiento por medio del cual la pena abstractamente determinada por la ley se adecua al delito cometido por el concreto autor”<sup>14</sup>.

Individualización de la pena.- “Adaptación de la sanción penal correspondiente a las circunstancias exteriores de ejecución y a las peculiaridades del delincuente”<sup>15</sup>.

---

COLIN SANCHEZ GUILLERMO. **Derecho Mexicano de Procedimientos Penales**. 17ª edición, Editorial Porrúa. México 1997. Pág. 591.

CREUS CARLOS. **Derecho Penal**. Parte General. Editorial Astrea. Buenos Aires. 1998. Pág. 403.

RAFAEL DE PINA, DE PINA VARA. **Diccionario de Derecho Penal**. 27ª edición, editorial Porrúa México 1999. Pág. 318.

Para Zaffaroni “la individualización de la pena es algo más que la mera cuantificación: la cuantificación nos indica de qué cantidad de bienes jurídicos puede privarse al penado, en tanto que la individualización nos señala a la vez la medida de esa privación, así como el tratamiento resocializador al que debe someterse (es decir, indica para qué, en concreto, se le hace objeto de esa privación)”.

El concepto de individualización de la pena, es tan amplio que excede el marco mismo del derecho penal, ya que abarca la cuantificación, la selección y la ejecución de la pena. Por consiguiente, propone que lo adecuado es referirse a la determinación de la pena en el caso concreto.

Jescheck, señala que la determinación judicial es: “ la determinación de las consecuencias jurídicas del hecho punible llevada a cabo por el juez conforme a su naturaleza, gravedad y formas de ejecución, eligiendo una de las diversas posibilidades previstas legalmente.

En nuestro país se considera a la individualización de la pena como la adecuación de la pena a la personalidad del delincuente.

Al respecto Rodríguez Manzanera, indica que: “la verdadera individualización de la pena comienza con la que realiza el juez en la sentencia condenatoria con respecto a un caso concreto y con relación a un delincuente determinado”

“Individualizar la pena significa decidir el quantum de la pena, determinando y precisando su monto, en calidad y cantidad, lo que, naturalmente, es una decisión que guarda relación con el sentido y fin de la pena”<sup>16</sup>.



Por lo que brevemente hablaremos de la evolución, concepto y fin de la pena.

## B) Evolución de la Pena

Castellanos Tena, "nos dice que los estudiosos de la materia agrupan en cuatro períodos las tendencias que ofrecen algunas notas comunes, a saber: el de la venganza privada; el de la venganza divina; el de la venganza pública y el período humanitario. Hay quienes señalan una quinta etapa correspondiente a los últimos tiempos, denominada científica, por considerarse que presenta perfiles y caracteres propios".

Rodríguez Manzanera afirma que: "pueden reconocerse varias etapas en la reacción penal como una clara tendencia a ser más benévola, y una curva que va, de penar solamente algunas conductas, a penar únicamente aquéllas que se considere indispensable hacerlo.

En la etapa primitiva, la reacción penal no tenía límites, cada cual se desquitaba como podía. Originándose así el sistema talionario (ojo por ojo, diente por diente, etcétera.)

Una segunda etapa principal al imponerse la venganza pública, en que, para las faltas más graves se hizo necesario la intervención del Estado en donde poco a poco fue acaparando la reacción penal, absorbiéndose mayor número de conductas punibles, hasta lograr un monopolio de la pena, pues se considero de interés público y no privado el que el crimen sea justamente castigado.

Estamos en plena retribución, pero las ideas van evolucionando y el concepto puramente jurídico va quedando atrás para plantear un sentido más humano y técnico en la aplicación de la pena.

Surgiendo el método científico mostrando que las cosas están envueltas con nuestra sensibilidad y entendimiento, es decir, venerando un nuevo

concepto sobre la verdad o realidad sobre del porqué de los fenómenos, incluyéndose desde luego a la conducta humana, y en ésta, a la delictual, la cual ahora se ve como una enfermedad social, y ante ella se dice que se debe tener un tratamiento para “curar” al delincuente de tal mal y, lograr su reincorporación a la sociedad que pertenece. Consistiendo todo ello propiamente dicho, en la evolución de la pena como institución jurídica hasta nuestros días.

### B) Concepto de Pena

La pena.- es el sufrimiento impuesto, conforme a la ley, por los adecuados órganos jurisdiccionales, al culpable de una infracción penal.

Mezger, nos refiere que: “La pena en sentido amplio, abarca todas las consecuencias jurídico-penales del hecho punible, esto es, las consecuencias reguladas por el derecho penal. De ahí que a éstas no pertenezcan por ejemplo, las indemnizaciones tratadas en el Código Civil, pero si las medidas de seguridad...”

Daza Gómez afirma: “La pena es la principal consecuencia jurídica del delito... para entender esta definición debemos de estudiar los tres aspectos de la pena: su justificación, su sentido y su fin. Se justifica la pena por su necesidad como medio de represión indispensable para mantener las condiciones de vida fundamentales para la convivencia de las personas en una comunidad”<sup>17</sup>.

Zaffaroni, “concibe a la pena como un mal que se impone a quienes han cometido un delito. De este punto de vista, se la considera como una reacción

contra quienes atacan a la sociedad, constituyendo al decir de MAGGIORE, la sanción característica de aquella trasgresión que se llama delito”.

#### D) Fin de la Pena.

Conceptualizando al fin como meta o resultado que se busca con el medio empleado, obtenemos como premisa: que la pena en su relación jurídica con el delito, persigue diversos fines conforme a la voluntad del legislador para considerar punible una conducta delictual; todo ello en virtud de que toda conducta humana, entre ella la legislativa, se encuentra vinculada con la dogmatización del mundo de las causas y efectos, en donde la voluntariedad referida es la causa, el medio será entonces la legitimación y legalidad del delito y la pena, mientras que el fin de esta última será el resultado que se planteó en el ente volitivo del legislador, al momento de especificar en concreto la sanción aplicable a cada figura delictiva.

De tal suerte que el fin de la pena se encuentra sujeto a la conceptualización que tenga el legislador respecto del derecho Penal al momento de su creación, lo cual de ninguna manera es inmovible, sino que a su vez, se encuentra circunscrito con relación a la época de su elaboración y vigencia.

Al respecto Ramírez Delgado señala: “Los fines que se pudieron perseguir con la imposición de la pena para quien incurría en un delito hace 200 doscientos años no pueden ser los mismos en la actualidad, pues la sociedad va evolucionando y por consecuencia, todo lo que gira en su contorno debe evolucionar a la par; de lo contrario, se queda rezagado e inadecuado a la realidad social que se vive; así por ejemplo los fines que se perseguían antiguamente al tutelar el “honor” y castigar su ofensa como se hacía en aquellos tiempos no pueden ser los mismos que se persiguen en la

actualidad, pues el concepto o idea de lo que significa en estos días el "honor" es muy diferente y por consecuencia, no se puede seguir castigando igual o con la misma pena un determinado delito".

De lo anterior, podemos advertir que el fin de la pena también se encuentra relacionado con la forma de visualizar nuestro contexto social y cultural ya que conforme al concepto o idea que se tenga de ciertos valores socioculturales, se obtendrá o pretenderá los fines de la pena; y es evidente que en este concepto han tenido gran influencia las distintas formas de pensamiento que se ha tenido sobre el concepto de pena, es decir, las llamadas Teorías sobre la Pena.

En este sentido Rodríguez Manzanera afirma: "...las teorías que han tratado de explicar el fin de la pena, se han dividido en absolutorias, relativas y mixtas.

De las teorías mencionadas se desprenden tres distintas posibles finalidades de la reacción penal; la retribución, la prevención general y la prevención especial.

Las teorías absolutas consideran a la pena como un fin en sí mismo, se castiga porque se debe castigar, sea como retribución moral o como retribución jurídica.

Los ejemplos más claros los tendríamos en Kant para quien la pena es un imperativo categórico (retribución Moral), y en Hegel quien aplica la dialéctica considerando que la pena es la negación de la negación del derecho, que es el delito (retribución jurídica.) Algunas de las teorías religiosas, con ideas de retribución divina, son absolutistas, se castiga porque se ha pecado o delinquido; para estas teorías, la pena es simplemente la consecuencia del delito, es la retribución, la explicación que debe sufrir el delincuente.

Las teorías relativas consideran a la pena como un medio para lograr algo, sea esto la conservación del pacto social (Rousseau), la prevención general (Feurebach), la prevención especial (Grolman), etcétera, la pena se convierte así en un medio para prevenir delitos y para asegurar la vida en sociedad; se sigue el principio-, para que no se peque, para que no se delinca.

En las teorías mixtas toman algo de cada una de las demás, y tratan de conciliar la retribución absoluta con otras finalidades preventivas, y podemos encontrar desde los eclécticos totales que aceptan las tres funciones, hasta los radicales que no aceptan ninguna”.

Daza Gómez, indica: “Existen cuatro corrientes en cuanto a las penas: teoría absoluta, teoría de la prevención especial, teoría de la prevención y teoría de la prevención general positiva.

1.- Teoría absoluta, esta teoría sobre la pena busca, como condición de la responsabilidad, elementos que permitan fundamentar una responsabilidad ético-jurídica del autor, La teoría Kantiana del derecho se basa en la metafísica de las costumbres, entendiéndola como la forma de conocimiento racional puro.

El conocimiento apriori que se deriva del intelecto puro y de la razón pura. Kant fundamenta el castigo, argumentando la igualdad como balanza de la justicia.

Por lo tanto, cualquier daño inmerecido que se ocasione a otra persona, se lo ocasiona el mismo autor. De ahí que la Ley del Talión ofrezca garantía más segura para aplicar una pena. Kant asevera -... La Ley penal es imperativo categórico; y desdichado aquel que se arrastra por el tortuoso sendero eudominista, para encontrar algo que, por ventaja se puede obtener al descargarse del culpable, en todo o en parte, las penas que merece según el proverbio farisaico-. Kant sostiene la teoría retributista de la pena, en la cual

no hay idea de resocialización, sino de una base o fundamento de la pena, en el ojo por ojo y diente por diente.

2.- En la teoría de la prevención especial, para Von Liszt, la pena es en su origen una acción del castigo, reconociéndolo como inmoral.

La acción instintiva no tiene nada que ver con la ética. El origen puede y debe ser, pues, desvinculada de la ética, sin necesidad, por ello, que ésta sea negada o repelida; las teorías de prevención especial utilizan elementos que permiten fundamentar un pronóstico sobre la conducta antisocial del autor. Estas teorías han introducido un elemento catrológico de la culpabilidad en el concepto – ético jurídico-, que procura expresar la relación de la acción con la total personalidad del autor.

3.- Teoría de la prevención general (Von Feurebach), se fundamenta en que el Estado es una sociedad civil organizada constitucionalmente mediante el sometimiento a una voluntad común, siendo su principal objetivo la creación de la condición jurídica, es decir, la existencia conjunta de los hechos conforme a las leyes del derecho.

De ahí que toda lesión jurídica vaya a contradecir el objetivo del Estado, por lo tanto el Estado debe buscar mecanismos para evitar lesiones jurídicas.

Para Feurebach, la pena tiene como objetivo la conminación de un castigo, -la ley intimida a todos los ciudadanos y la ejecución debe dar efectividad a la ley, resulta que el objetivo mediato (o final) de la aplicación es, en cualquier caso, la intimidación de los ciudadanos mediante la ley-.

4.- La prevención general positiva (de Claus Roxin), sostiene que – el Derecho Penal enfrenta al individuo de tres formas: amenazando, imponiendo y ejecutando penalmente, y como es obvio, estas tres esferas de actividad necesitan su justificación,... sólo están justificadas si tienen en cuenta la doble restricción que encierra el principio de protección de prestaciones y bienes

jurídicos... el límite de la pena es sin duda la culpabilidad del autor, la pena no puede sobre pasar la medida de la culpabilidad.

Lo trascendente en la teoría de Claus Roxin, es que la culpabilidad es independiente del concepto de libre albedrío, de manera tal que el concepto de culpabilidad, que en cuanto realidad experimental no se puede discutir, tiene la función de asegurar al particular que el Estado no extienda su potestad penal en intereses de la prevención general y especial más allá de lo que corresponde como libre y capaz de culpabilidad”.

Por lo expuesto, resulta evidente pensar que el hombre en su lucha tanto interna como externa, sobre el bien y el mal trata de justificar la aplicabilidad del dualismo trasgresión o delito-pena, con el imperativo de una necesidad de sobrevivencia social; sin embargo este fenómeno del derecho de castigar va más allá en virtud de que el fundamento ético-jurídico del delito y la aplicación de la pena, debe estar basado no sólo en un sistema de protección de sobrevivencia social como fin mismo, pues de ser así podría tener como consecuencia el ser considerado como un mero instrumento tiránico dirigido a la protección de intereses propios del Estado, entendiéndolo a éste como el representante de una clase social en el poder, en virtud de que las determinadas valoraciones de los bienes jurídicos tutelados por la norma penal, que nos muestran los autores citados, no buscan en sí como fin de la pena.

El enaltecer los valores ético-jurídicos y culturales del ser, por el ser mismo, sino que hasta ahora sólo lo hacen, ya como una retribución social de castigo, ya una intimidación, o bien una “readaptación” del individuo, por el disvalor que en su caso tuviera su conducta o el resultado de la misma.

Empero es válido pensar que la pena no necesariamente debe perseguir como fin la retribución de un mal por el mal mismo, mediante la disminución

total o parcial de los bienes jurídicos, ni tampoco la intimidación, puesto que se puede advertir claramente que con aumentar en cantidad o calidad la disminución de los bienes jurídicos, no se logra intimidar al sujeto para en su caso prevenir la comisión de futuros delitos, ya que éste en un momento dado, en el iter-criminis, puede ni siquiera estar tomando en cuenta la consecuencia que le pudiera acarrear con dicha conducta delictiva, es decir, la aplicación de la pena: en tal caso no surte efectos la temibilidad como fin de la pena, y de igual manera en tales circunstancias puede considerarse que nunca estuvo adaptado o socializado; por ende no debe de adoptarse como penas aquellas sanciones que hieren los sentimientos normales de piedad y respeto a la persona, aun la del delincuente, sino que la pena como fin verdaderamente preventivo del delito, debe tender al mejoramiento de la propia concepción que tiene el delincuente de sí mismo como persona, y en consecuencia suministrar a ese sujeto motivos psicológicos y sociales de buena conducta futura, dando vida con ello, a un moderno concepto de prevención especial, como fin específico de la pena.

### 3.2 CLASIFICACION DE INDIVIDUALIZACION

La determinación de la pena concreta que ha de aplicarse al que ha cometido un delito constituye un proceso de adaptación que se inicia con la descripción tipificadora de la ley y concluye con la ejecución de la pena efectivamente impuesta.

En este sentido, cabe distinguir tres tipos de individualización de la pena, la individualización legal o legalista, la individualización judicial y la individualización administrativa o penitenciaria.



A)- Individualización legal o legislativa; hace referencia a las bases de la individualización que previene la propia ley y que implica la individualización legislativa.

Es la que aparece prevista en la ley penal cuando señala en el LIBRO SEGUNDO, la pena aplicable para cada uno de los delitos previstos en él, dentro de los márgenes del intervalo de punibilidad previsto, naturalmente tanto respecto de los tipos básicos, como de los especiales y complementados, también cubre las referencias legales previstas en el LIBRO PRIMERO del propio ordenamiento, señalando los diversos criterios para determinar la pena en el caso concreto, haciendo uso de las diferentes instituciones jurídicas reguladas y las disposiciones legales previstas para determinar en la ley penal el proceso de individualización de la pena.

Implica la fase de la individualización de la pena que supone el conocimiento y valoración por parte del Órgano jurisdiccional, de todos los elementos de prueba que se hubieran presentado en la secuela de un proceso y que le permiten determinar la verdad jurídica, por vía de la función que lo define.

Resulta de controversia con la sentencia que da fin al proceso, en caso de ser esta condenatoria, la misma es base jurídica para la imposición de la pena que deberá ejecutar la autoridad administrativa correspondiente, en la inteligencia de que la sentencia implica la individualización judicial de la pena que concreta los criterios de la individualización legal o legislativa, con lo cual se da inicio a la fase de la judicial.

B)- Individualización judicial de la pena; es la que realiza el juez, ya que una vez establecido el marco penal con la fijación legal de la pena, el juez determinará la correspondiente al caso particular, es decir, aquí el juzgador

hace uso de todos los medios que la ley pone en sus manos para adaptar la pena al sujeto que ha cometido una infracción.

De acuerdo con lo expuesto, observamos que la individualización judicial penal propiamente dicha, se da cuando un juez tiene conocimiento de la realización de un delito y atendiendo a las circunstancias particulares del hecho y del delincuente pone una sanción: sin embargo, éste proceso es muy delicado, ya que como se dijo, con la pena se afectan bienes jurídicos importantes para el sujeto, por tanto, deben tomarse en cuenta múltiples factores y fines al decretarse la sanción: además es importante señalar que por determinación de la pena, no debemos entender únicamente la imposición de una pena privativa de libertad, sino en todo caso, las medidas de seguridad que el juez considere conveniente imponer.

Doctrinalmente se ha considerado a la individualización judicial de la pena, como: "el procedimiento de elección entre varias medidas y varias magnitudes de una misma medida, dejada al discreto arbitrio del juez por la ley misma."<sup>18</sup>.

De lo anterior, resulta evidente que el concepto en comento, es claro al ser definido doctrinalmente, en virtud de que del mismo se desprende que el individualizar la pena, implica que el juez penal al dictar su sentencia (condenatoria), hace uso de todos los medios que la ley le pone a su alcance para adaptar la pena al sujeto que está juzgando, logrando de esta forma la impartición de la justicia a la que tiene derecho todo individuo, sobre la base de los fines y las características propios de la pena, es decir, buscando tanto la prevención general como la especial del delito, dentro de un marco de legalidad previamente establecido.

C) - Individualización administrativa o penitenciaria, Malo Camacho, al respecto señala: "...es la función individualizadora en la ejecución, que en general corresponde al poder Ejecutivo y ya no al poder judicial... Naturalmente en esta última fase, se dan aspectos de individualización que son propios y específicos de la autoridad administrativa... en México, atento a lo dispuesto en la Ley de Normas Mínimas sobre la Readaptación Social de Sentenciados, de 1871, a su vez relacionada con las diversas leyes o reglamentos de ejecución penitenciaria, de las entidades de la República, la fase de la individualización penitenciaria es particularmente relevante. Entre otras de las instituciones jurídicas penitenciarias que se previenen, vale recordar sobre todo lo dispuesto en los artículos 8 y 16 de la Ley de Normas Mínimas sobre Readaptación Social de Sentenciados que previenen, respectivamente, formas diversas de preliberación, de libertad anticipada y de libertad inmediata, como también las de medidas orientadas a la readaptación social en internación por vía del régimen progresivo técnico que se prevé y, por otra parte, la remisión parcial de la pena sobre la base del trabajo, con la intervención de un "Órgano Técnico Criminológico"... Naturalmente, a esta fase de la individualización administrativa, corresponde también la actividad de otros órganos del Ejecutivo, vinculadas con el cumplimiento de otras penas diversas de la prisión..."

Cabe señalar que independientemente de la validez conceptual que a cada uno de los ámbitos específicos señalados de la individualización legislativa, judicial y ejecutiva, tales manifestaciones específicas del proceso aparecen estrechamente interactuados, de manera tal que se integran todos en un único concepto general de la individualización de la pena. Que naturalmente es el que se define por la función jurisdiccional del órgano

---

judicial, en la inteligencia de que la misma implica a los otros, sin los cuales no se le podría entender, ya que la misma sólo supone la aplicación y concreción de la ley, a la vez que apoya su validez en la realidad de su ejecución.

En resumen por individualización de la pena se debe de entender como un concepto único, que naturalmente abarca a los tres contenidos mencionados.

### 3.3 CRITERIOS QUE FUNDAMENTAN LA INDIVIDUALIZACION DE LA PENA.

La pena aparece delimitada, para los efectos de su individualización, sobre la base de los criterios de: la culpabilidad por el hecho, al criterio de la peligrosidad así como al criterio criminal (basado en principio de culpabilidad y en la prevención general y especial), de los que a continuación trataremos a cada uno de ellos.

#### A) Criterio de Culpabilidad

El criterio de la culpabilidad, afirma que la pena y su individualización, no deben responder a la personalidad o al carácter del sujeto o a cualesquiera otra referencia con la así denominada culpabilidad del autor y, por tanto limitan también la reincidencia como factor de imposición penal autónomo y directo, sino que implica que la pena debe determinarse exclusivamente en relación con el hecho realizado.

El criterio de la culpabilidad subsiste, en que necesariamente tenga que acudirse para esto a sostenerlo en base sólo al criterio del libre albedrío, que resulta ser cuestionable, por la imposibilidad de su demostración; pero que, en cambio, puede ser sostenido sobre la base de otros criterios, como lo es, la conciencia de la propia persona de que al vivir en el seno de un grupo social

tiene responsabilidades que cumplir frente a la misma y su incumplimiento lo hace merecedor de una respuesta penal de la propia comunidad, lo que a su vez, se relaciona con el entendimiento de que la convivencia social exige respetar determinados papeles sociales, sin los cuales la convivencia no sería viable y, por esto, más que por un fundamento ético individual, es por un fundamento ético social que se da la exigibilidad de la conducta conforme a derecho; lo que a su vez no impide, sino que exige, examinar la posible responsabilidad de la persona como base del reproche, responsabilidad, ésta, que precisamente se refiere a su capacidad de autodeterminación, a la conciencia de la antijuridicidad, y a la no-exigibilidad de otra conducta, aspectos estos que sin la culpabilidad no sería posible revisar, como acertadamente ha sido relevado.

Naturalmente este criterio de culpabilidad que se sostiene, de entrada niega y se opone a la culpabilidad de autor.

#### B) Criterio de la peligrosidad.

El criterio de la peligrosidad, surgido y desarrollado al amparo del positivismo sociológico italiano en el derecho penal, y de allí extendido a otros países, que afirmó la idea de punir en función de la peligrosidad manifestada por la persona y en este sentido, a la vez que afirmó la existencia de las medidas de seguridad, específicamente aplicadas en función de la peligrosidad, en relación con la responsabilidad social y no la responsabilidad personal que fundaba a la culpabilidad, también sin embargo, trajo no pocas de sus consecuencias al ámbito mismo del contenido de la pena, antes impuesta en función de la culpabilidad, lo que llevó al concepto de un derecho penal de peligrosidad, a su vez en relación con un derecho penal de autor y no de acto, como también a una culpabilidad de autor y no-culpabilidad por el hecho cometido, propiciando la existencia de medidas no sólo posdelictuales

sino también predelictuales, a partir del “estado peligroso”, de la persona, con los graves cuestionamientos a la luz del principio de legalidad y, consecuentemente, de los principios de tipicidad y culpabilidad por el acto.

Este criterio de imposición de la pena aparece definido en función de evitar la comisión de la conducta delictiva futura y no como pena por el delito ya cometido.

### C) Criterio político criminal de la pena.

Este criterio es el que está en la base del principio de la necesidad de la pena, ya que si el Estado existe para salvaguardar la convivencia de los hombres en un ámbito de satisfacción de lo necesario para su bienestar y felicidad, en cuanto personas que tienen una dimensión individual y social, naturalmente no tendrían sentido imponer una pena, cuando ésta resulta ser socialmente innecesaria. A su vez, el criterio preventivo especial de la pena, que es el que pone el acento de atención en la persona del sujeto responsable y culpable y su reincorporación social útil, aparece orientado y delimitado en la línea del respeto al principio de legalidad, recogiendo también las características fundamentales que definen al estado de derecho y, por tanto, la concepción misma de la pena como auto constatación del Estado, que lleva a confirmar el sentido y fin de la pena de acuerdo con las características que le derivan de la estructura jurídico política de aquél. de manera tal que son estos los límites de la prevención especial, orientada hacia fines de corrección y de reincorporación social útil del sentenciado.

La ley penal mexicana se apoya en estos criterios, a partir de lo dispuesto en el artículo 18 de la Constitución en que expresamente se hace referencia al principio de la readaptación social. el cual se relaciona con las bases de la decisión política fundamental del Estado mexicano, que definen su estructura política, en la cual se reconoce a la persona en su dimensión

individual y social, a partir de la declaración que afirma la soberanía originaria del pueblo, como base del gobierno democrático, republicano, representativo y federal, bajo el principio de la división de poderes, en los términos de lo dispuesto en los artículos 39, 40, 41, 49, a su vez en relación con los derechos humanos que como garantías individuales y sociales aparecen previstas principalmente en el Capítulo primero de la Constitución.

### 3.4. ESCALAS DE INTERPRETACIÓN DE LA INDIVIDUALIZACIÓN.

Las escalas de interpretación en la individualización de la pena se distinguen de la siguiente manera:

A - Grado de injusto

B - Grado de culpabilidad;

C- Correctivo por la peligrosidad; en los términos que la ley penal reformada la recoge, sobre todo por vía de la reincidencia mantenida solo como criterio para la individualización de la pena (artículo 52.)

A) Grado del injusto.

El concepto “grado del injusto” hace referencia a la posibilidad y necesidad de graduar la gravedad, mayor o menor del injusto, entendiendo como la conducta típica y antijurídica o del delito en sentido estricto.

Hace referencia a la objetividad del delito realizado, en tanto que conducta que produce un resultado lesivo o bienes jurídicamente protegidos, que suponen la violación al orden jurídico penal, sin que estén protegidos por la presencia de reglas permisivas que supongan el ejercicio de derechos reconocidos por la ley.

Implica, por tanto, todos aquellos aspectos objetivos o subjetivos, relacionados con la conducta y resultados típicos que precisamente deben ser objeto de desvaloración en el juicio de reproche de culpabilidad.

Los grados del injusto son los siguientes:

1. Intervalo de punibilidad previsto para los delitos. Pena prevista dentro de los límites mínimo y máximo, del intervalo de punibilidad previsto para todos y cada uno de los artículos del Libro segundo del Código Penal. (Vgr.: artículo 307: “Al responsable de cualquier homicidio simple... se le impondrá de 8 a 20 años de prisión”; en el delito de robo, la punibilidad recogida en el artículo 379, refiere tres posibilidades, de acuerdo con el valor de lo robado, etcétera.

#### 1.- Circunstancias de lugar, tiempo, modo, ocasión y medios

Las penas aparecen tanto en relación con los tipos básicos, como también en relación con los tipos especiales, y con los tipos complementados o circunstanciados, conformados ambos en forma privilegiada o calificada. Como ejemplo de los tipos especiales: el parricidio respecto del homicidio simple, hoy denominado como homicidio agravado por razón del parentesco artículo 323; respecto del tipo básico de homicidio simple, para el caso del calificado o agravado; como ejemplo de los tipos circunstanciados o complementados y en su forma agravada:

El artículo 372 señala: Si el robo se ejecutare con violencia, a la pena que le corresponda por el robo simple se agregará de seis meses a cinco años de prisión; artículo 381: “además de las penas que correspondan conforme a los artículos 370 y 371, se aplicarán al delincuente hasta cinco años de prisión en los casos siguientes: previéndose catorce fracciones que contemplan situaciones calificantes diversas, tales como la comisión del delito en lugar



cerrado, el robo cometido por el dependiente o doméstico, el robo cometido estando la víctima a bordo de un vehículo particular o de transporte público, la presencia de personas armadas, etcétera". A su vez, como forma atenuada: en los delitos contra la vida o la integridad corporal previstos en los artículos, 308 y 314 que regulan la riña, "si el homicidio se comete en riña, se aplicará a su autor de 4 a 12 años de prisión.

Como se observa, los tipos especiales y circunstanciados suponen la realización de la conducta regularmente prevista en el tipo básico, pero bajo ciertas condiciones exigidas por la ley que implican, en general, circunstancias de tiempo, lugar, modo u ocasión, que implican un más grave riesgo para el bien jurídico protegido, o bien la lesión o puesta en peligro de otros bienes jurídicos penalmente protegidos que, por lo mismo, generan el incremento en la penalidad correspondiente y que, a su vez, suponen tales circunstancias, precisamente el contenido del ámbito situacional relevante para la ley penal.

### 3) - Escalas especificadoras para los delitos dolosos o culposos.

Todos los tipos delictivos previstos en el Código Penal, aparecen en general previstos como tipos delictivos dolosos, salvo los expresamente referidos en el numeral 60 párrafo segundo. Así, la escala del delito doloso, es la que como principio general aparece expresamente prevista en el Libro Segundo del Código Penal, cuya interpretación debe ajustarse a lo dispuesto en los artículos 8 y 9 del Código Penal. A su vez, y como excepción a la regla general de punición al delito doloso, se da el caso de la forma de comisión culposa, para cuyo efecto, la respectiva regulación con lo dispuesto en el artículo 60 siguiente.

Para la escala del delito doloso, el artículo 8 expresa: "Las acciones en omisiones delictivas solamente pueden realizarse dolosa o culposamente"; y el artículo 9 refiere: "Obra dolosamente el que, conociendo los elementos del

tipo penal, o previendo como posible el resultado típico, quiere o acepta la realización del hecho descrito por la ley...”.

La escala para los delitos culposos, aparece especificada en el mismo artículo 9, segundo párrafo, que expresa: “...obra culposamente el que produce el resultado que no previó siendo previsible, o previó confiando que no se produciría, en virtud de la violación a un deber de cuidado, que debía y podía observar según las circunstancias y condiciones personales.” A su vez el artículo 60 relativo a la aplicación de la sanción a los delitos culposos, expresa: En los casos de los delitos culposos se impondrá hasta la cuarta parte de las penas y medidas de seguridad asignadas por la ley al tipo básico del delito doloso, con excepción de aquellos que la ley señale una pena especificadora. Además se impondrá, en su caso, suspensión hasta de diez años, o privación definitiva de derechos para ejercer profesión, oficio, autorización, licencia o permiso.

Las sanciones por los delitos culposos, solo se impondrán en relación con los delitos previstos en los siguientes artículos 150, 167 fracción VII, 169, 199 bis, 290, 291, 292, 293, 302, 307, 323, 397 y 399 de este Código.

Cuando como consecuencia de actos o hechos culposos calificados como graves..., la pena será de cinco a veinte años de prisión.

4) Escala relativa al grado de consumación del delito (delito tentado y consumado.)

En esta escala se previene tanto al delito consumado como al delito tentado o tentativa del delito. En términos generales, los tipos delictivos previstos en el Libro Segundo del código Penal, aparecen previstos como delitos consumados, razón por la cual la penalidad correspondiente al delito consumado, es la que refiere en los mismos. A diferencia de éstos, la escala de la tentativa del delito, aparece prevista en términos de lo dispuesto en el

artículo 12 del Código Penal, a partir del concepto de la tentativa punible, misma que aparece definida haciendo referencia a sus diferentes posibilidades, distinguiendo entre la tentativa acabada o inacabada o delito frustrado, haciendo referencia al desistimiento y al arrepentimiento. La penalidad, a su vez, aparece prevista en el artículo 63 que expresa:

Al responsable de tentativa punible se le aplicará, juicio del juez, y teniendo en consideración las prevenciones de los artículos 12 y 52, hasta las dos terceras partes de la sanción que se le debiera imponer de haberse consumado el delito que se quiso realizar...

#### 5) Escala relativa al grado de participación en la comisión del delito.

El artículo 13 del Código Penal, previene en ocho fracciones las diversas formas en que se manifiesta la responsabilidad de las personas que intervienen en la comisión del delito, y que, en general la doctrina los refiere como autores o partícipes. La punibilidad aparece señalada en el artículo 64 bis que expresa: “En los casos previstos para las fracciones VI, VII y VIII del artículo 13, se impondrá como pena hasta las tres cuartas partes de la correspondiente del delito de que se trate y, en su caso, de acuerdo con la modalidad respectiva”.

#### 6) Escala del error.

El artículo 15 del Código Penal, en relación con la escala del error vencible, expresa:

En caso de que el error al que se refiere el inciso a) de la fracción VIII del artículo 15 sea vencible, se impusiere la punibilidad del delito culposo si el hecho de que se trate admita dicha forma de realización. Si el error vencible corresponde al inciso b) de la misma fracción, la pena será de hasta una tercera parte del delito que se trate.

### 7) Escala relativa al concurso de delitos y al delito continuado.

Conforme a lo dispuesto en los artículos 64 del Código Penal, a su vez en relación con los artículos 7, 18 y 19 sobre concurso de delitos, se establecen las bases de regulación de esta escala.

Respecto del concurso de delitos, el artículo 64 expresa: En caso de concurso ideal, se aplicará la pena correspondiente al delito que merezca la mayor, la cual se podrá aumentar hasta una mitad más del máximo de duración, sin que pueda exceder de las máximas en el Título Segundo del Libro Primero.

En caso de concurso real, se impondrá la pena del delito que merezca la mayor, la cual podrá aumentarse con las penas que la ley contempla para cada uno de los delitos restantes, sin que exceda del máximo señalado en el Título Segundo del Libro Primero. Cuando el concurso real se integre por lo menos con un delito grave, la autoridad judicial impondrá la pena del delito que merezca la mayor, la cual deberá aumentarse con cada una de las penas de los delitos restantes, sin que exceda del máximo señalado antes mencionado.

Por su parte, en relación con el delito continuado el mismo precepto 64 expresa, en su tercer párrafo: "...y en caso de delito continuado se aumentará hasta una tercera parte la pena correspondiente al delito cometido".

### 8) Escala relativa a la sustitución de las sanciones.

En los artículos 70 a 76 del código Penal se previene la regulación correspondiente.

El artículo 70 establece la base de esta regulación, al expresar:

La prisión podrá ser sustituida a juicio del Juzgador, apreciando lo dispuesto en los artículos 51 y 52 en los términos siguientes:

Fracción I. Por trabajo a favor de la comunidad o semilibertad, cuando la pena impuesta no exceda de cuatro años;

Fracción II. Por Tratamiento en libertad o semilibertad, si la prisión no excede de tres años

O

Fracción III. Por multa, si la prisión no excede de dos años.

9) Escala relativa a la comunicabilidad de circunstancias objetivas y subjetivas.

El artículo 53 del Código Penal expresa: “No es imputable al acusado el aumento de gravedad proveniente de circunstancias particulares del ofendido, si las ignoraba, inculpablemente, al cometer el delito.”

B) Grado de la Culpabilidad.

Por cuanto se refiere al grado de la culpabilidad del agente, sobre la base de entender está como el reproche o la responsabilidad de la persona; se observa que esta última se asienta en:

Aspectos relativos a la imputabilidad del agente;

Aspectos relativos al conocimiento y comprensión de la antijuridicidad de la conducta;

Aspectos relativos a la no-exigibilidad de la conducta.

En este orden de ideas, el grado de la culpabilidad, aparece recogido, entre otros aspectos, en los siguientes:

La referencia prevista en el artículo 51, relativo a que dentro de los límites fijados por la ley, los jueces y tribunales aplicaran las sanciones “... teniendo en cuenta las circunstancias peculiares del delincuente”.

El artículo 52 del Código Penal, como referencia general, en su rubro señala que “ el juez fijará las penas y medidas de seguridad que estime justas y procedentes dentro de las máximos y mínimos señalados para cada delito, con base en la gravedad del ilícito y el grado de la culpabilidad del agente, teniendo en cuenta...”.

El artículo 52, fracción IV, cuando se refiere la forma y grado de intervención del agente en la comisión del delito, así como su calidad y la de la víctima u ofendido;

“La edad, la educación, la ilustración, las costumbres y las condiciones sociales y económicas del sujeto, así como los motivos que lo impulsaron o determinaron a delinquir. Cuando el procesado perteneciere a un grupo étnico, indígena, se tomaran en cuenta además de sus usos y costumbres”;

El artículo 52 fracción VII se refiere: “Las demás condiciones especiales y personales en que se encontraba el agente en el momento de la comisión del delito, siempre y cuando sean relevantes para determinar la posibilidad de haber ajustado su conducta a exigencias de la norma”.

Independientemente de lo dispuesto en los artículos 51 y 52 otros artículos penales relacionados con aspectos referentes a la valoración del grado de la culpabilidad, son: Artículo 54 “El aumento o disminución de la pena, fundadas en las calidades, en las relaciones personales o en las circunstancias subjetivas del autor de un delito, no son aplicables a los demás sujetos que intervinieron en aquél.

Son aplicables las que se funden en circunstancias objetivas, si los demás sujetos tienen conocimiento de ellas.

#### b) Artículo 66.

En caso de que el error a que se refiere el inciso a) de la fracción VIII del artículo 15 sea vencible, se impusiere la punibilidad del delito culposo si el

hecho de que se trata admite dicha forma de realización. Si el error vencible es el previsto en el inciso b) de dicha fracción, la pena será de hasta una tercera parte del delito que se trate.

### 3.5. ESCALA ESPECIFICADORA DE LOS CRITERIOS DE LA INDIVIDUALIZACIÓN DE LA PENA, PREVISTA EN LOS ARTICULOS 51 Y 52 DEL CODIGO PENAL.

Las reglas señaladas en las anteriores escalas previenen las diferentes reglas que la ley contempla para la individualización de la pena estas encuentran aplicación a través de las dos reglas fundamentales que contempla la ley penal para la individualización de la pena y que se encuentran contenidos en los numerales 51 y 52 del Código Penal, mismas que por tanto se presentan como las reglas finales básicas del proceso de individualización de la pena, de la ley penal mexicana que culmina y perfecciona el resultado de las escalas mencionadas en el punto anterior, que a su vez, suponen la estructura general de la individualización de la pena.

De conformidad a los artículos 51 y 52 del Código Penal vigente en el Distrito Federal, se deberán de aplicar las penas o sanciones establecidas para cada delito correspondiente, pero la pena de prisión nunca será menor de 3 tres días y la máxima prevista en el precepto 25 del mismo Código; las cuales deben de ser justas y procedentes, tomando en cuenta la gravedad del delito y el grado de culpabilidad que se le reproche al agente, tomando en cuenta el artículo 52 en sus fracciones I, II, III, V, VI Y VII, pero para efectos de nuestro estudio resaltamos que deberá de tomarse en cuenta la fracción IV, es decir, la forma y grado de intervención del sujeto en la comisión del delito, así como su calidad y el de la víctima u ofendido, esto es, que para efectos de

aplicar una pena justa. el juzgador deberá aplicar la pena al justiciable en términos específicos de su participación en el evento típico que se le atribuye. es decir ya como autor. coautor, cómplice o instigador, dando margen así que en base en su grado o forma de participación y en uso del prudente arbitrio judicial y su grado de culpabilidad que se le reproche y dentro de los márgenes previstos. se individualizará entonces la pena, por consiguiente dentro de la escala especificadora de los criterios de la individualización de la pena prevista en los artículos en comento.

**ESTA TESIS NO SALE  
DE LA BIBLIOTECA**



## CAPITULO IV

# PENAS APLICABLES A LAS FIGURAS DE LA AUTORIA Y LA PARTICIPACION

## PENAS APLICABLES A LAS FIGURAS DE LA AUTORIA Y LA PARTICIPACION.

Este capítulo esta reservado al análisis de la pena que en el caso en particular se debe de imponer a las distintas figuras de la autoría y participación, esto es, al autor material, autor, al autor mediato, al ejecutor, así como para el instigador o instigado, al autor principal y al cómplice.

De lo que podemos decir que determinar la pena significa precisar en el caso concreto la sanción que se impondrá a quien a intervenido en un hecho delictivo.

En principio, que podemos decir que la pena establecida en cada norma penal, está destinada al autor directo. (De ahí el anónimo "el que..."), lo que significa que la ley penal al imponer la pena al causante directo del resultado punible, más no así a sancionar con diversa pena cuando 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 peculiaridades del delincuente, además de las particularidades que establece el artículo 52 del Código Penal.

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 que nos preguntemos: ¿ qué sujeto representa mayor peligrosidad, quien 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 su 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 como se ha dicho las circunstancias exteriores de ejecución y las peculiaridades del delincuente, esto de acuerdo al precepto 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 desvalorada, por incumplir un deber de cuidado que las circunstancias y condiciones le imponían, le será reprochable a título de culpa, esto último en el caso de que la comisión del tipo legal soporte la culpa.

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”<sup>19</sup>.

El Código Penal ha establecido una equiparación de penas para los responsables del delito, sean autores o partícipes, circunstancia ésta que no es del grado de Poerte Petit, quien indica: “creemos que esta posición del ordenamiento jurídico, de señalar una idéntica pena para los que intervienen en el delito, no es acertada 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 en el delito realizado”<sup>20</sup>

Sin embargo, no vemos sólido lo dicho por el escritor citado, pues una división tan clara de autores y partícipes, no conlleva necesariamente a una disminución o a un aumento de la pena para éstos últimos, además 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 precepto 51 del Código Penal para el Distrito Federal, los jueces 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 peculiaridades 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.

Respecto de la pena que debe imponerse al autor principal, al cual ayudó o auxilio 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 numerales 51 y 52 del Código Penal.

En cuanto 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 Jeschck “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<sup>21</sup>.

Nuestro Código Penal, unifica la pena para los coautores, y no emite una graduación de penas para los participantes 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 regidas en los precitados artículos 51 y 52: esto, sin embargo, no resulta una solución del todo 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 por ejemplo podemos decir, que el mérito que corresponde a un médico que realiza una operación del corazón, no puede compararse con el mérito de los enfermeros que se limitan a arrimar los instrumentos necesarios, así 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.

De lo que podemos concluir, que de conformidad a lo previsto por los dos últimos párrafos del artículo 13 del Código Penal para el Distrito Federal, se desprende que los autores o partícipes a que se refiere dicho precepto les será aplicada la pena estrictamente de acuerdo a su propia culpabilidad, afirmándose así que para los sujetos cómplices y para quienes intervienen en el delito, cuando no se puede precisar el resultado que cada cual produjo, se les aplicara dentro de los márgenes de punibilidad del delito correspondiente con relación a lo dispuesto por el artículo 64 bis del Código Punitivo, esto es, hasta las tres cuartas partes de la correspondiente al delito de que se trate y en su caso acorde con la modalidad respectiva, teniéndose así entonces que tanto

para el autor, coautor, instigador, será la punibilidad dispuesta por el Código Penal en su modalidad respectiva y atendiendo al contenido de los numerales 51 y 52 del Texto citado.

CONCLUSIONES

Y

PROPUESTA

## CONCLUSIONES

1.- El presente trabajo concluye que la participación debe entenderse como la intervención de varios sujetos en la comisión de un delito, en donde cada uno de ellos realiza actos tendientes a la realización del mismo.

2.- Las formas de autoría son: la autoría directa, coautoría y la autoría mediata.

3.- Las formas de participación son: la instigación y la complicidad.

4.- Los tipos de individualización de la pena son: la legislativa, judicial y administrativa; siendo la Individualización judicial la que nos importa y se da cuando el juez tiene conocimiento de la realización de un delito y atendiendo a las circunstancias particulares del hecho y del delincuente impone una sanción.

5.- La graduación de las penas, la tiene el juzgador al momento de individualizar la pena para cada sujeto, de acuerdo a lo previsto en cada tipo penal y tomando en consideración el contenido de los artículos 51 y 52 del mismo Ordenamiento Punitivo.

## PROPUESTA.

Que el juzgador al momento de dictar una sentencia condenatoria cuando varios sujetos han cometido diverso delito, lo haga tomando en consideración la forma y grado de intervención de cada uno de ellos, ya que en algunas ocasiones la pena es la misma para todos.



## BIBLIOGRAFIA

Castellanos Tena Fernando. Lineamientos Elementales de Derecho Penal, Ed. Porrúa S.A., 1ª ed. Pág. 283.

Colin Sánchez Guillermo, Derecho Mexicano de Procedimientos Penales, Ed. Porrúa. 17ª ed. México 1997. Pág. 591.

Cuello Calón Eugenio, Derecho Penal. Tomo I. Parte General, Volumen segundo; Ed. Bosch. Casa editorial, S. A, Urgel, 51 bis- Barcelona. 18ª ed.

Creus Carlos, Derecho Penal, Parte General. Ed. Astrea. Buenos Aires 1998.

Carrara Francisco, Teoría de la Tentativa y de la Complicidad, Ed. F.

Góngora y Compañía, Madrid, 1987, parágrafo 244, Pág. 183.

Daza Gómez, Carlos Juan Manuel, Teoría General del Delito, Ed. Cárdenas Editor y distribuidor, México 1997, Pág. 337

Carlos Fontain Balestra. Derecho Penal. Introducción y parte general, actualizada con la legislación vigente. Nueva jurisprudencia, Ed. Abelado-Perrot. Buenos Aires. 14ª ed. Pág. 446.

Fierro Guillermo J., Teoría de la Participación Criminal. Ed. Ediar. Argentina, 1964. Pág. 246.

Gimbernat Ordeig E. Autor y cómplice en Derecho Penal, Universidad de Madrid, Facultad de Derecho, 1966. Pág. 25.

Jiménez De Asúa Luis, Principios de derecho penal. La ley y el delito, Ed. Abelado- Perrot. Sudamericana Buenos Aires. 3ª ed.

Jiménez De Asúa Luis. La Ley y el Delito. Ed. Sudamericana, 10ª ed. Buenos Aires, 1980. Pág. 508.

Jeschek Hans, Tratado de Derecho Penal Parte General, Tomo II, Ed. Bosch, Barcelona. 1978. Pág. 967.

Heinrich Jescheck Hans, Tratado de Derecho Penal. Parte General, Volumen Segundo. Ed Bosch, casa editorial, S.A- Urgel, 51 bis- Barcelona. 3ª ed.

Malo Camacho Gustavo, Derecho Penal Mexicano. Teoría General de la Ley Penal del Delito. Teoría de la Culpabilidad y el injusto responsable. Teoría de la Pena, Ed. Porrúa Av. República de Argentina No. K15. México 1998.

Mezger Edmundo, Derecho Penal Parte General, Edit. Cárdenas Editor y Distribuidor, México 1990, Pág. 353.

Mezger Edmundo, Derecho Penal (Libro de Estudio), Ed. Cárdenas Editores, México, 1985. Pág. 314.

Pessina, Enrique. Elementos de Derecho Penal, Ed. Reus S. A. 4ª ed. Madrid España 1936. p.p. 488 y 489

Porte Petitt Candaudap, Programa de Derecho Penal, Ed. Trillas, 3ª ed. México 1990. Pág. 908.

Sainz Cantero José A, Lecciones de Derecho Penal. Parte General. Ed. Bosch. casa editorial, S.A- Urgel, 51 bis- Barcelona. 3ª ed. Pág. 810.

Soler Sebastian, Derecho Penal Argentino. Edit. Tipográfica, Buenos Aires Argentina 1953. Tomo I, Pág. 493

Villalobos, Ignacio. Derecho Penal Mexicano. Ed. Porrúa S.A., 3ª ed. México 1975. pág. 481.

Wessels Hans. Derecho Penal, Ed. Depalma, Arg. 1980. Pág. 156.

Zaffarini Eugenio Raul. Teoría del Delito. Ed. Ediar Argentina 1973. Pág. 653

Zaffaroni Eugenio Raúl. Manual de Derecho Penal, Ed. Cárdenas Editores, México. 1986. Pág. 502

Zaffaroni Eugenio Raúl. Tratado de Derecho Penal, Tomo IV, Ed. Ediar, Argentina, 1987. Pág.299.

## LEGISLACIÓN

Código Penal para el Distrito Federal en materia del Fuero Común. Ed. Sista.

## DICCIONARIOS

Rafael de Pina, de Pina Vara. Diccionario de Derecho Penal, Ed. Porrúa S.A., 27ª ed., México 1999. Pág. 318

Díaz De León Marco Antonio, Diccionario de Derecho Procesal Penal, y de términos usuales en el proceso penal; tomo II: Ed. Porrúa. S. A., 2ª ed. Pág. 1205.