

308909
42
24.

UNIVERSIDAD PANAMERICANA

FACULTAD DE DERECHO
CON ESTUDIOS INCORPORADOS A LA
UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO



EL CONCURSO DE PERSONAS EN EL DELITO

T E S I S

QUE PARA OBTENER EL TÍTULO DE:

LICENCIADO EN DERECHO

P R E S E N T A I

CARLOS ALBERTO NAVARRO ROMERO

MEXICO, D. F.

1997

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN



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.

A DIOS:

A ti, Señor, Amigo, quien nunca nada me ha negado, quien me ha acompañado toda mi vida, quien ha llenado de alegría y fortaleza mi alma, a ti Padre, te dedico este pequeño esfuerzo, pidiéndote siempre guies mis pasos por el sendero que sólo tú representas: el de la Justicia.

A MI AMA:

Con profundo agradecimiento y cariño, por esta vida que me ha regalado, por el ejemplo que siempre ha sido de fortaleza, amor y honestidad, por ser mi mejor maestra en esta noble profesión y sobre todo por estar siempre conmigo en todo momento. Madre: te quiero.

A MI ABUELA:

Como un pequeño homenaje a quien siempre me ha apoyado y me ha regalado el mejor consejo.

?

A MIS TIAS ROSI Y LULU Y A ALEX:

Con gran cariño y agradecimiento a su apoyo incondicional.

A JESUS GOMEZ
In memoriam.

A MIS AMIGOS:
Humberto, Edgar, Francisco y Erik.

A LILI:

Por ser el mejor regalo que me ha dado la vida, con todo mi amor.

I N D I C E

Introducción	i
<u>CAPITULO I.</u>	
-Ideas Generales	10
A. Naturaleza Jurídica	
a) Concepción Monística	
b) Concepción Pluralística	
c) Otras Concepciones Monísticas	
I) Teoría de la autonomía	
II) Teorías accesorias	
II.a.) Objetiva	
II.b.) Subjetiva	
II.c.) Causalidad	
II.d.) Hecléctica	
<u>CAPITULO II</u>	
<u>ANTECEDENTES HISTORICOS</u>	21
A, DERECHO PENAL ROMANO	

- B. DERECHO CRIMINAL GERMANICO
- C. ANTIGUO DERECHO PENAL ESPAÑOL
- D. DERECHO PENAL CANONICO
- E. DERECHO MEDIEVAL INGLES

CAPITULO III

EL CONCURSO DE PERSONAS EN EL DELITO

(Planteamiento Tradicional)

37

A. ELEMENTOS DEL CONCURSO DE PERSONAS EN EL DELITO

B. FORMAS DEL CONCURSO DE PERSONAS EN EL DELITO

B.1. Autoria

B.1.1. Autor Mediato y Autor Inmediato

B.1.2. Autor Material y Autor Intelectual (definiciones)

B.1.2.a. Autor Intelectual

B.1.2.a.a.) Instigación

B.1.2.a.b.) Provocación

B.1.2.a.c.) Determinación

B.1.2.b) Autor Material

B.1.3. Criterio Cuantitativo

B.2. Participación:

- B.2.1. Elementos de la Participación
 - B.2.2. Formas de la Participación
 - B.2.2.1. Criterio Gradual
 - B.2.2.2. Criterio Temporal
 - B.2.2.3 Criterio Cualitativo
 - B.2.3. La Participación y la Tentativa
 - B.2.4. Participación y Autoría a la luz de la Legislación vigente hasta 1994
 - B.2.4.a) Legislación
 - B.2.4.b) La comunicabilidad de las circunstancias
 - B.2.5. Desistimiento activo y arrepentimiento eficaz en los Partícipes
- B.3. El Encubrimiento

CAPITULO IV

LA AUTORIA.

(Concepción Finalista)

83

A. LA ACCION FINAL

B. LA AUTORIA

B.1. CONCEPTO EXTENSIVO Y RESTRICTIVO DE AUTOR

B.2. CONCEPTO FORMAL Y MATERIAL DE AUTOR

B.3. TEORIA MATERIAL OBJETIVA

(TAMBIEN LLAMADA FINAL OBJETIVA)

CAPITULO V**LA PARTICIPACION.**

124

A. CASOS QUE SE EXCLUYEN DE LA PARTICIPACION**B. ASPECTOS GENERALES EN LA TEORIA****DE LA PARTICIPACION****C. LA ACCESORIEDAD EN LA PARTICIPACION****CAPITULO VI.****CONCLUSIONES**

141

BIBLIOGRAFIA.

El Concurso de Personas en el Delito

"El concurso es siempre de conducta y no de voluntad sin conducta"

RANIERI.

INTRODUCCION

En el ámbito del delito, existen muchos fenómenos que merecen la atención de los estudiosos del Derecho, uno de ellos en especial atrapó mi atención, por considerarlo de importancia y escasamente tocado por los autores, es el que se denomina "C O N C U R S O", dicho fenómeno existe en razón al delito mismo y la doctrina reconoce al CONCURSO REAL o MATERIAL, esto es cuando se cometen tantos delitos como conductas del sujeto activo,

y el CONCURSO IDEAL O FORMAL¹, que si bien es cierto, tiene como consecuencia la producción de diversos delitos, a diferencia del anterior, estos toman vida a consecuencia de una sola conducta desplegada por el sujeto activo; como ejemplo de los primeros, puede citarse al delincuente que roba el bolso a una mujer, y al tratar de ser detenido por otra persona, le produce lesiones, mas adelante vuelve a robar y concluye un día de delitos que cobran vida por una conducta distinta cada vez; entre los segundos, puedo citar el que produce un conductor de vehículo, quien manejando en estado de ebriedad choca con otro vehículo, causando en ese mismo momento lesiones, homicidio, daño en propiedad ajena (diversos) y ataques a las vías de comunicación (delito el anterior que unos autores consideran doloso y otros culposo).

Sin embargo, la anterior y breve referencia aunque necesaria, no resulta ser el objetivo de esta tesis, la cual he querido enfocar al importante y difícil mundo del llamado "CONCURSO DE PERSONAS EN EL DELITO". En efecto, al amparo de este tema deberá precisarse, si una conducta que tiene conexión con el delito siempre deba ser considerada culpable y, como consecuencia, acreedora a una sanción de las previstas por el Código Penal, o ajena al delito aunque de alguna manera se hubiere coadyuvado a su consumación.

Son innumerables las ocasiones en que hemos escuchado decir por parte del delincuente: "¿por qué se me castiga

¹ WELSEL HANS, Delito Penal Alemán, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1987, Traducción del Alemán por los profesores Juan Bustos Ramírez y Sergio Yañez Pérez.

si yo no cometí el delito?", o bien "¿por qué se me castiga, si a mi no se me encontró el objeto robado, ni el arma homicida?"; a lo anterior, contestaría cualquier abuelo con sentido común de la siguiente manera: "que tanto peca el que mata la vaca como el que le detiene la pata". En efecto, las anteriores palabras nos dan a entender en forma sencilla, que no es necesario que el delincuente directamente realice la conducta delictuosa, descrita en la norma, para ser considerado como productor del ilícito; ejemplo de lo anterior, lo encontramos en los autores intelectuales, quienes de ninguna manera se manchan las manos, ni realizan conducta alguna directamente encaminada a producir el delito que, sin embargo, nació en su cerebro, esto es, el autor intelectual no puede ser considerado como causa directa de la transformación en el mundo de los fenómenos, pero sí de la iniciativa que los produce.

Es en el Título Primero del Código Penal, en donde se regula el CONCURSO DE PERSONAS, bajo el rubro "RESPONSABILIDAD PENAL", en cuyo capítulo III se encuentra la referencia a "PERSONAS RESPONSABLES DE LOS DELITOS"; concretamente el artículo 13 contiene toda una diversidad de relaciones e incidencias con la conducta principal descrita en la figura típica a la que cada dispositivo ha de relacionarse, esto es, los autores o partícipes del delito; en efecto, en sus diferentes fracciones se hace mención a lo siguiente:

I.- Los que acuerden o preparen su realización;

II.- Los que lo realicen por sí;

III.- Los que lo realicen conjuntamente;²

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

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

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

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

VIII.- Los que sin acuerdo previo, intervengan con otros en su comisión, cuando no se pueda precisar el resultado que cada quien produjo.³

² También llamada en la teoría responsabilidad o actualmente culpabilidad conjunta o coparticipación.

³ Conocida tanto en la práctica como doctrinariamente como responsabilidad correspondiente o correlativa (actualmente culpabilidad correspondiente o correlativa).

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

Del contenido anterior, se desprenden las diversas hipótesis en las que el sujeto puede intervenir, y que comprenden una gama de situaciones que van desde quien piensa el delito, pasando por quien lo realiza o ejecuta, hasta quien ayuda después de su consumación; esto es, el artículo transcrito hace referencia a lo que dogmáticamente conocemos como autor intelectual, autor material, autor mediato, cómplice, encubridor e instigador, entre otros.

Cabe destacar por su especial aportación, que entre los que prestan ayuda o auxilian a otro para su comisión, se encuentran aquellos cuya actividad, extraída por sí misma, se podría decir que nada tiene que ver con el delito, esto es, el que cuida a otro mientras roba, conocido en el mundo de la delincuencia, como el que "echa aguas", el cual sin hacer nada para que se consume el tipo, se le considera como responsable; no puede dejar de mencionarse en éste momento, a aquellos cuya ayuda viene después de consumado el delito, como los que se encargan de esconder las armas empleadas o los objetos robados, o bien, quienes se encargan de venderlos o deshacerse de ellos; finalmente los que intervienen en su comisión, junto con otros y no consta quien de ellos produjo el resultado, lo que fue contemplado por el Legislador al imponer una punibilidad especial, misma que se

encuentra regulada por el artículo 64 bis del Código Penal, el que otorga "hasta las tres cuartas partes de la pena correspondiente al delito de que se trate".

En este orden de ideas, se advierte la existencia de delitos que la doctrina identifica como delitos monosubjetivos, individuales o de sujeto único y delitos plurisubjetivos como son los de concurso necesario también denominados pluripersonales, o los llamados de concurso no necesario, los cuales llevan consigo la comisión de un delito cometido por varias personas; esto es, los que son susceptibles de realizarse o de consumarse, por una o mas personas y los que para su realización necesariamente requieren la intervención de dos o mas personas; como ejemplo de los primeros puedo citar al carterista que, con su habilidad personal, sustrae él solo la cartera de otro; en cuanto a los segundos, tenemos como ejemplo el delito de bigamia o el adulterio en cuyos casos se requiere siempre la presencia de dos o mas sujetos, y finalmente aquellos en los que el tipo no contiene en sus elementos la necesidad de la pluralidad de gentes, pero que puede ser cometido en concurso de personas.

También es importante mencionar, que el Derecho Positivo se ha pronunciado correctamente al incluir no sólo a quienes materialmente consuman un delito, sino a aquellos otros que aportan la idea principal para tal consumación, o una ayuda efectiva después de consumado el delito, mismos que juegan un papel importante, pues sin su aportación en muchas ocasiones el delito no llegaría a cometerse.

Con lo anterior se pone de manifiesto la diversidad de conductas, mediante las cuales el delito puede realizarse por uno o mas sujetos, y en este último caso surgen los fenómenos que el Derecho denomina CONCURSO DE PERSONAS EN EL DELITO.

No podemos afirmar, que lo anterior sea conquista del mundo moderno, pero sí se puede asegurar, que es en ésta época cuando mas importancia se ha dado al CONCURSO DE PERSONAS EN EL DELITO, por el nacimiento de las pandillas juveniles, o bien, por la aparición del crimen organizado, del que tratan con mayor rigor las reformas al Código Penal creando incluso una legislación especializada en materia de delincuencia organizada⁴, ya que una gran mayoría de ilícitos se cometen precisamente con la intervención de varios sujetos que unidos, bien en forma profesional o de manera transitoria, acuerdan la comisión de delitos cobrando día a día mayor fuerza la formación de agrupaciones que tienen como finalidad "el crimen organizado"; como ejemplo de lo anterior, son del conocimiento público los carteles de narcotraficantes que tanto suge cobran hoy en día por el profesionalismo y disciplina con que se producen.

Es necesario ocuparnos de conocer los elementos y formas de aparición del CONCURSO DE PERSONAS EN EL DELITO, al ocuparnos de este tema, examinaremos el grado de responsabilidad, hoy en día culpabilidad, de cada uno de sus

⁴ LEY FEDERAL CONTRA LA DELINCUENCIA ORGANIZADA, Publicada por Decreto en el Diario Oficial de fecha 7 de noviembre de 1996

participantes a la luz de otras instituciones jurídicas como la tentativa, y haremos referencia a la forma de sancionar las diversas participaciones delictuosas, haciendo finalmente referencia a la legislación vigente en México, en los casos necesarios se hará uso de los ejemplos como auxiliares para la mejor comprensión del tema en estudio.

Finalmente nos ocuparemos de realizar un planteamiento de las doctrinas que se han insertado en la Ciencia Jurídica Penal, esto es la causalista y la finalista, principalmente, además de planteamientos internos de ambas teorías que podrían en un momento llegar a resolver de alguna manera el problema que para un jugador significa resolver quien es autor y quien es partícipe; sin embargo y replanteando lo anterior nos topamos como siempre con el problema político el cual no permite resolver del todo los problemas, aún cuando los estudiosos del derecho se desgasten infructuosamente, toda vez que la solución podría otorgarla como muchos autores lo señalan, no discutir entre qué teoría resulta aplicable sino crear un concepto unitario de autor y de partícipes, o por el otro lado la aplicación casuística de dichas teorías, de conformidad con el fin del Derecho: la justicia, compartiendo en ambos el criterio de sanción, no de conformidad a la conducta narrada en la norma, sino a través de la peligrosidad social del autor y la necesidad de resocialización del mismo; en ambas nos topamos con un gran problema: el derecho constitucional, alrededor del cual debe girar el derecho en todo país, esto es el principio de legalidad y el famoso "*nullum crimen sine lege*" base soporte del derecho penal en el mundo entero, y la imposibilidad de otorgar a nuestras autoridades la facultad de aplicar en conciencia, basados en comportamientos asociales, esto es, en la peligrosidad real del individuo, las penas por la comisión

de las mismas, aplicando con atenuantes contenidas en las disposiciones especiales y por considerarse un comportamiento atípico, penas menores a los colaboradores del autor.

Lo anterior parece un sueño irrealizable, en función, como lo he dicho, de la política jurídica, y de ... nuestras autoridades, imaginemos poner tal poder en manos de nuestras actuales autoridades y funcionarios públicos, y cómo puede ocurrirse a alguien pensar en derribar a la ley del concepto de ser supremo en que la ha colocado nuestro mundo luspositivista a ultranza.

Todas las anteriores cuestiones serán motivo del presente trabajo, con la esperanza de que motive a la continuación en el estudio de estos temas en nuestro derecho mexicano, y que motive a futuras generaciones a intentar un cambio en nuestro muy cerrado sistema actual hacia el logro de la mejor convivencia entre las personas.

"Autor Principal es el que ejecuta el acto físico en el cual consiste la consumación del delito. si muchos ejecutan, muchos serán los autores principales; todos los demás aparecen como delincuentes accesorios"

CARRARA.

CAPITULO I

IDEAS GENERALES

En líneas anteriores ya hice referencia a cuando el delito es cometido por una sola persona o por varias, en el primer caso se puede concentrar en la misma, las fases que recorre el iter criminis, hablamos de un delito unisubjetivo; en el segundo caso en cambio, concurren varias personas a la producción de un resultado delictuoso, nos estamos refiriendo al delito colectivo o plurisubjetivo.

De éste modo si varios sujetos intervienen con sus ideas o acciones a producir un delito, estamos en presencia del concurso el cual se distingue en necesario o no necesario o eventual.

Al respecto, Jiménez Huerta señala: "La figura típica no sólo se amplía en proyección del propio comportamiento del sujeto activo primario, captando momentos de su conducta que yacen con anterioridad al instante consumativo que el tipo recorre, sino también de personas y acciones diversas de las que la figura menciona específicamente". Examinada ya la ampliación de carácter temporal que experimenta el tipo a través del dispositivo legal de la tentativa, cumplimos ahora hacer referencia a aquellas otras que captan conductas diversas de la que la figura describe

Las figuras típicas describen tan solo en cada caso concreto, la conducta de uno o varios sujetos activos primarios. Las palabras el que haga tal cosa o el que omita esta otra son superlativamente elocuentes. Resulta innecesario advertir que en estas expresiones puede quedar comprendida una pluralidad de personas no obstante que el pronombre personal de la oración es utilizado en forma singular.

Todos los que realizan íntegramente la acción principal típica, son sujetos activos primarios; su intervención personal es subsumible directamente dentro del tipo. Ahora bien, las personas que no han ejecutado dicha acción principal pero hubieran efectuado con aquel fin acciones anteriores o simultáneas, no pueden quedar comprendidas dentro del tipo penal, pues dichas acciones no se tipificarían en el mismo.

El Derecho Penal no puede limitar su alcance al sancionar exclusivamente las conductas de quienes, de modo principal lesionan o ponen en peligro los bienes jurídicamente protegidos. En el ámbito de su área entran también en juego otras personas de las que el tipo expresamente menciona, pues en torno a la conducta principal que en él se describen, existen otras accesorias, como ya se dijo anteriormente, y las cuales son igualmente importantes para llegar al fin perseguido. Y desde el momento en que estas resultan en mayor o menor grado coadyuvantes de la acción principal y, por tanto, antijurídicas, obvio es que adquieren una trascendental importancia que no es posible desconocer si se quiere que el derecho penal valore los hechos del mundo circundante en su viviente plenitud.⁵

Al señalar en líneas anteriores, el concurso eventual, estamos haciendo referencia a la forma en la que para producir el delito, pueden concurrir una o más personas, que es el caso de la gran mayoría de los delitos. La falsificación de documentos puede ser obra de una o varias personas, por lo tanto los mayores problemas se presentan con relación al concurso eventual, el que en forma preponderante ocupará nuestra atención.

A. NATURALEZA JURÍDICA

⁵ JIMENEZ HUERTA MARIANO, Derecho Penal Mexicano, Tomo I, Ed. Porrúa, S.A. México 1977.

Como se ha venido sosteniendo, el delito no suele siempre ser obra de una sola persona, sino producto de varias que cooperan a su ejecución, aportando acciones lícitas o ilícitas que el tipo penal no requiere.

La causalidad y la participación se hayan íntimamente ligadas, toda vez que, la primera no puede ser destinada a unificar los conceptos de la codelincuencia y que mas bien nos sirve de guía para sostener un innumerable conjunto de problemas.

La Causalidad hace que se figuen en el delito las actividades de los que en él participan, y que son totalmente ajenas de los encubridores, ya que constituyen una conducta posterior al resultado.

El encubridor recibe los objetos, favorece la huida, oculta a los delincuentes, etcétera, pero esto no es producir o contribuir a agotar el tipo penal que liga a los autores por los cómplices; sin embargo, juegan un papel tan importante, que tal vez sin su ayuda no se hubiera emprendido la conducta delictiva.

Sin embargo, es necesario delimitar su aportación para no equivocar esta figura con el tema central de éste trabajo; lo

anterior ha sucedido en otras legislaciones como la Noruega, en cuyo código se ha determinado que cualquier acto de coparticipación, y en general de cooperación, es equivalente a la conducta del autor.

Sobre el problema de la naturaleza del fenómeno que nos ocupa, se han elaborado principalmente dos concepciones.

a) La que se ha denominado UNITARIA O MONÍSTICA, que es la tradicional, y la cual considera en la codefincuencia, un delito único con tantas responsabilidades como partícipes. Es la unidad de delito, con pluralidad de agentes en donde se presenta un denominador común, que es el propio delito con tantos responsables como delinquentes.

Dentro de este sistema hay dos tipos cuyas diferencias estriban en la clasificación de los codefincuentes, y en la importancia reconocida a su participación.

El sistema que rige en la mayoría de los países, reserva la pena íntegra asignada al delito para los autores; esto es, para aquellos cuya conducta es causa eficiente, y dentro de los autores se comprende, tanto a los autores materiales que han ejecutado los actos constitutivos, como los llamados autores intelectuales, que

han concebido y resuelto el delito, pero sin ejecutarlo ellos mismos, sino haciéndolo ejecutar a otros.

En otras legislaciones, los encubridores tienen el concepto de partícipes, si bien en las legislaciones clásicas más perfectas -como ya se dijo- también el encubrimiento es una legislación especial, como consecuencia de la causalidad.

El segundo sistema que es el del Código Francés, afirma que el delito es único y que el cómplice es responsable por participación en el delito del autor, pero se aplica a aquél la misma pena de éste, haciéndole responsable íntegramente del delito del otro al cual él ha provocado o ayudado. Dentro de la categoría de cómplices se incluye a los instigadores, que en el tipo anterior eran autores, erradamente designados como intelectuales.

La teoría tradicional, no solo declara la unidad del delito, sino que liga estrechamente las responsabilidades de los codeincentes, haciendo depender las conductas accesorias de las principales; concepto el anterior que si se lleva a su mayor rigor produce consecuencias francamente injustas.

En efecto, el inductor no será condenado, aunque pusiera su mayor empeño en la instigación, si el que había de ser el ejecutor material desiste en realizarlo, y por el contrario cuando

este se exceda en la ejecución, el inductor vendrá a responder de actos que no han estado en su voluntad.

Así por otra parte, tenemos que el cómplice que contribuye a la preparación del delito quedará o no impune y será responsable de tentativa o de delito consumado, al tenor de la conducta del autor principal, no obstante ser ya perfecta su contribución de cómplice; finalmente cuando el autor no es responsable o ha muerto o es desconocido, no podrían en rigor lógico ser responsables los cómplices, puesto que su responsabilidad es accesoria y se determina en función a la principal.

Para evitar estos inconvenientes se creó la doctrina de la equivalencia de toda participación, misma que considera la acción realizada por cada uno de los participantes, como una infracción de la que cada uno responde equivalentemente. En suma: según este sistema, se considera que el cómplice es también autor; sin embargo, fue propugnado por Getz y adoptado por el Código Penal Noruego, que suprime la Teoría del Concurso de Delinquentes, y considera al cómplice como autor y permite la disminución de la pena para aquél cuya participación tuvo escasa importancia.

Otro sistema es hacer de la complicidad un delito "autógeno" llamado "delito de concurso", de naturaleza accesoria que se imputaría por un título especial independientemente de la

contribución prestada al delito principal. La teoría de la "Complicidad del Delito Distinto", expuesta por Massari, no ha tenido gran fortuna, además de considerarla divorciada de la realidad; no puede negarse, se dice, que el delito es producto de varios partícipes, y que la responsabilidad de cada uno recibe significación y relieve del conjunto.

Los equívocos de la teoría de la Participación, se evitan según Alimena, cuando se dice: "cada uno responde del hecho propio". Esto ya fue observado por Carrara, los errores se corrigen haciendo constar que si el delito es el mismo para todos, cada uno responde según la propia acción, de modo que el delito objetivamente único, se produce tantas veces cuantos son los partícipes y para cada uno se produce en relación a él y a su obra.⁴

b) La segunda concepción, es la llamada PLURALISTICA la cual considera que se producirán tantos delitos como participantes hayan intervenido, aun cuando es cierto que se encuentran unificados por una voluntad común y por el resultado, de este modo podríamos afirmar, que según la primera teoría hay concurso en un delito y en la segunda varios delitos en concurso.

A mi parecer, es la primer teoría la aceptada por lógica, en su concepción "unitaria", la cual si bien no es perfecta,

⁴ IDEM.

y contiene multiplicidad de errores, también lo es que al amparo de ella surgen los principales problemas del "Concurso de Personas en el Delito".

c) Junto con la teoría aceptada, se han dado otras teorías **MONÍSTICAS**.

c.i.) La Teoría de la Autonomía, esta afirma que todos los partícipes realizan una causa eficiente productora del resultado, y por lo tanto todos deben ser responsables, sin distinguir entre autores y cómplices.

En contra de la Teoría de la Autonomía -que es inaceptable- por que en ella no hay distinciones ni grados de responsabilidad, se han elaborado varias teorías que fijan su atención en algún elemento accesorio.

c.ii.) Las Teorías Accesorias son:

ii.a.) Las que fijan su atención de modo primordial en el elemento objetivo del delito, fundando la distinción entre autores y partícipes, en la diversa eficiencia causal de las actividades de estos; así utilizando los conceptos de causa y

condición, se estima que la actividad del partícipe sería condición y la del autor causa eficiente del resultado.

ii.b.) Una segunda teoría se apoya esencialmente en el elemento "subjetivo", o sea en la culpabilidad, con la distinción de que los autores proceden con dolo de autor y en interés propio, los partícipes con dolo de partícipe y en interés ajeno. Esto significa que la naturaleza de la actitud de los partícipes, no es de autonomía, y tiene importancia sólo en cuanto que se dirigen o adhieren al hecho realizado por el autor del delito; se podría decir en pocas palabras, que los autores realizan actos de naturaleza ejecutiva, mientras que los partícipes se adherirían a los actos del autor, por medio de una conducta accesoria.

ii.c.) Una tercer teoría de la accesoriadad, une en forma indisoluble el problema del nexo causal al de la participación, por ello recibe el nombre de TEORIA DE LA CAUSALIDAD, en ella según sea la concepción que sobre esta se tenga, así se resolverá aquélla.⁷

ii.d.) Al tratar de encontrar la naturaleza del Concurso de Personas en el Delito, se ha elaborado una teoría

⁷ VILLALOBOS, *Dinámica del delito*, Ed. Jus, México, 1955, pp-210-211, señala las teorías de la accesoriadad, de la causalidad, de la pluralidad de delitos y del desarrollo definitivo de la teoría causal. Para un examen mas profundo ver CAVALLLO, *Diritto Penale*, Giuffrè, Milana, 1955.

basada en la accesoriedad, pero con las siguientes variantes; ante todo debe distinguirse entre autores y partícipes; los autores son aquellos que han observado objetivamente los actos realizados y examinado subjetivamente la intención asumida, por lo tanto deben ser considerados causa con relación al resultado.

Lo anterior, por consiguiente resume las dos teorías tradicionales de la accesoriedad y de la causalidad. Solo utilizando tales conceptos podemos resolver el problema de la naturaleza de esta institución jurídica, sin embargo las nuevas teorías diseñadas por la doctrina final de la acción, que trataremos mas adelante, nos puede también ser útil para buscar la sanción mas justa para partícipes y autores.

"La falta de eficiencia causal del acto de participación, se resuelve en una ausencia de participación."

BETTIOL.

CAPITULO II

ASPECTOS HISTORICOS

Es difícil pensar en un tema que puede incluso concebirse dentro del campo filosófico del derecho, pueda tener algún antecedente histórico, sin embargo, pretenderé en las líneas siguientes describir la evolución que el tratamiento de los delitos cometidos por varios sujetos activos han tenido a lo largo de la historia del hombre.

A. DERECHO PENAL ROMANO

Al iniciar el estudio de la evolución del derecho penal en Roma, podemos observar, además de que es un derecho que no

evolucionó al ritmo del derecho privado, manifestaciones que nos llevan a afirmar que el Derecho Penal Romano parte desde una etapa de *venganza privada*, que no era más que una forma primitiva de la dualidad delito-pena, cuando se verificaba un acto lesivo a los intereses particulares o del grupo, el ofendido o sus familiares "cobraban con la misma moneda" la ofensa recibida y en ocasiones hasta en forma más estricta.

Formas de venganza privada son posibles de apreciar en fragmentos de Catón al hacer referencia a una ley regia "... *si quis membrum rupit aut os pregit, proximus cognatur visci scitur...*"⁸

El Derecho Penal Romano a su vez habría de vivir una etapa de expulsión de la paz, donde aquel individuo, que cometía un acto lesivo en contra de algún miembro de la comunidad, o en contra de la comunidad misma, que pusiera en peligro la paz existente, por este simple hecho se hacía acreedor a una pena; y de la etapa de la composición por medio de la cual el tallón podía ser redimido. Este último sistema estaba reconocido por la ley de las XII tablas.

Por su parte, Ferrini nos muestra que la actividad del estado prohibía las venganzas privadas contrarias al interés de la

⁸ DE BENEDETTI, ISIDRO, Anotaciones en torno al Derecho Penal Privado en Roma, en Revista de Ciencias jurídicas y sociales de la facultad de Cs. Is. y Ss. de la U.N.L., año X (3ra época), 1945 num. 45-46 (Santa Fe 1945) Pág. 157.

sociedad diciendo : *"si quis hominus liberum dolus sciens mori dult parricidas est..."*⁹

Pero sin lugar a dudas, el grado de desarrollo del Derecho Civil Romano, como lo hemos mencionado, jamás habría de tener comparación con la escasa regulación dada al derecho punitivo.

Enfocándonos en la teoría de la participación, tuvieron una legislación mas completa a la de los pueblos que les precedieron, pero no tan acabada ya que ignoró algunos aspectos resaltados por las escuelas modernas.

La autoría se limitaba para los romanos, se refería sólo al que cometía la conducta típica, físicamente, la actuación de otros sujetos se consideraba solo complicidad, aún y cuando ello, no implicaba una disminución de la pena.

Por ejemplo, en el homicidio se trataba a los autores, instigadores o restantes cooperadores con igual rigor, así Ulpiano decía que quien mandaba cometer un homicidio respondía igual que

⁹ DE BENEDETTI, ISIDRO Dp. Cit. Pág. 158

el que lo había cometido "*Mandator coedis pro homicida habetur*"¹⁰

Se consideraba autor el que realizaba la acción principal y a los demás sus "*socii*"; por ejemplo era autor en el "*furtum*" el que sustruía la cosa del lugar, en el robo "*rapina* o *bonorum raptorum*", el que se apoderaba por medio de la fuerza de lo ajeno, en el homicidio el que clavaba el puñal, en la falsificación el que a sabiendas escribía, sellaba o leía el instrumento o el que hacía, grababa o ponía el sello falso.

Asimismo, los romanos consideraban como complicidad a la instigación, y no como una forma autónoma de participación. Sin embargo se llegó a diferenciar en algunos preceptos, como por ejemplo la Ley de las XII tablas, la cual consideró diferente el hurto al hecho consistente en guardar lo hurtado y los clasificó como delitos independientes llamando al segundo "hurto interceptado" (*furtum conceptum*), pero después, esto habría de ser eliminado para dar el mismo tratamiento.

Ya en la época imperial se habrían de diferenciar las sanciones aplicables a los coparticipes.

¹⁰ GROIZARD y GÓMEZ DE LA SERNA, ALEJANDRO D., El código Penal de 1870 (Solomencia 1897), Tomo I, pág. 107

Castigaban también el concurso mediante actos omisivos: "Será castigado con la misma pena el que habiendo podido impedir esto, no lo impidió" (*eadem poena afficitur is qui cum prohibere tale qui potuit, non prohibuit*)¹¹

Es decir, para los romanos había dos tipos de participación, el "autor" que cometía el acto y los cómplices "socii" que intervenían en la mencionada comisión.

Refiriéndonos específicamente al "furtum" podemos encontrar diversas formas de participación:

Según Ulpiano para que se diera la complicidad en el hurto, eran necesarios dos actos:

- 1.- La persuasión o el consejo (concilium) y
- 2.- El acto material (opus).

¹¹ MAGGIORE, GIUSEPPE, Derecho Penal, Traducción de la 2da edición italiana por José J. Ortega Torres (Buenos Aires 1954), Vol. 11, Pág. 94, quien cita como fuente al D. 48, 10 fr. 9, parog. 1

De ahí que el Digesto señalara que no es justificable quien favorece la fuga del culpable sin darle ayuda (Dig. parr. 4º, Ley 44 id de Furtis), y la ayuda material sin la intención a su vez, no genera responsabilidad, pues si una persona presta Instrumentos con los cuales se habrá de cometer un delito, pero lo ignora, puede ser considerado cómplice (Dig. parr. 4º Ley 54 de Furtis). Es impresionante descubrir como la intención en torno a la cual giran las que se dicen nuevas teorías se han concebido tiempo atrás desde la época de los grandes juristas romanos.

Por otra parte, se señala como requisito para que existiera participación en la comisión de un delito que el mismo estuviere consumado.

Como decíamos anteriormente, la punibilidad atribuida al autor principal no habría de diferir de la del cómplice, incluso podía ser el cómplice castigado y el autor ser inimputable, por ejemplo el esclavo que cometía un delito por orden de su señor o bien con el conocimiento del mismo, el señor era su cómplice.

Finalmente, las causas excluyentes de responsabilidad de los sujetos actores en el delito no habrían de transmitirse a los cómplices, salvo en casos en que las circunstancias influían en la impunidad.

B. DERECHO CRIMINAL GERMANICO

Como característica primordial del Derecho Penal Germánico podemos resaltar la objetividad en el trato de la materia penal, la valoración excesiva del resultado dañoso sobre el aspecto subjetivo.

En el derecho penal germánico podemos apreciar, como en el derecho penal romano una evolución desde una etapa de venganza privada que se manifiesta en un largo periodo a través de la *"Friedenlosigkeit"* (perdida de la paz), la *"Falde"* como una extensión de la venganza de la sangre hacia la estirpe del agresor, etc.

"Para el germano, el delito era un agravio o un daño, la venganza una obligación y la pena una composición o, mas bien, el precio a la renuncia del derecho de vengarse".¹²

¹² FIERRO, J. GUILLERMO, Teoría de la Participación Criminal. EDIAR, Sociedad Anónima Editora, Comercial, Industrial y Financiera, Pág. 117

En este contexto no encontramos manifestaciones de la teoría de la participación criminal en el Derecho Germánico, de hecho se puede afirmar que no la conocieron, debido este hecho tal vez a la escasa formación intelectual de los pueblos primitivos germanos, o en la poca utilidad que pudiera representarles una teoría como la que nos ocupa, ya que en ellos predominaba la responsabilidad colectiva.

C. ANTIGUO DERECHO PENAL ESPAÑOL

Dentro del territorio español habría de predominar en principio el Derecho Romano, durante la dominación de este pueblo, hasta la intervención de los pueblos visigóticos, quienes habrían de tener primitivas manifestaciones de rechazo a la actividad delictiva, similar a la mayoría de los pueblos bárbaros tales como la venganza de la par, las ordalías, etc., así como algunas manifestaciones propias del Derecho Romano imperial.

Dentro de la legislación visigótica cabe mencionar al Código de Eurico, a la Lex Romana Visigothorum o Breviario de Alarico, el Liber Iudiciorum y más tarde el Fuero Juzgo y es este Fuero Juzgo, en el que encontramos una amplia regulación de la Participación, aunque con los caracteres propios de la época, pero en ocasiones con innovaciones muy propias como por ejemplo

establece en la Ley II, Título IV del libro VII, que la reparación del daño causado por el delito, no alcanza al "Señor de la tierra" quien sólo está obligado a ayudar al juez cuando su cooperación le fuera solicitada, para aprehender o castigar al delincuente, por lo cual se descarta la participación de toda la colectividad en el castigo correspondiente al delito, y se manifiesta la participación mediante vínculos ajenos al delito mismo.

Por su parte dentro de la Ley VII del Título II, del libro VII expresa: *"...No deven ser dichas ladrones, tan solamente los que fazen el furto; mas los que lo saben y lo consienten, é los que reciben la cosa del furto, sabiéndolo..."*, en el citado precepto podemos apreciar una confusión entre la participación y el encubrimiento, ambas se identificaban en su concepción y en su tratamiento, aún y cuando existían algunas diferencias en cuanto a su punibilidad.

Respecto del rapto podemos encontrar el precepto de la Ley I, Tit. III lib. III paragr. XII que cita: *"Todo omme que ayudare levar mujer por fuerza, si es omme libre, peche VI onzas de doro y demás reciba I azotes e si fuere siervo y lo fiziere con voluntad de su sennor, el sennor peche por el, quanto debe pechar el omme libre así cuemo es de susso dicho..."*, en el mismo es interesante apreciar como se comienza a aplicar el principio del desplazamiento gradual de la responsabilidad del autor mediato.

En cuanto al homicidio, podemos apreciar que el Tit. V, del Lib. VI, parágrafo XII señala: *"... porque el que manda o aconseja fazer omezillo, es más enculpado que aquel que lo haze de fecho, por ende, establecemos espeçialmente que si el siervo dize que so sennor le mandó matar, e si el sennor no se pudlere por su sacramento, el siervo que fixo omezillo debe recibir CC azotes e ser sennalado layda mientre; e los señores que le mandaron fazer deben ser descabezados..."*

Asimismo, continúa diciendo *"... el omme libre que consela con otro fazer omezillo, e aquellos que dieron alguna ferida al mataron, deben recibir muerte, e aquellos que lo conselaron maguera no fueron con él, reciba cada uno CC azotes por el conselo que dieron, e dem cada uno de ellos L sueldos a los parientes del muerto; e si no ovieren onde los paguen, ean siervos de los parientes del muerto..."*.

De los preceptos antes mencionados podemos apreciar que se encuentran equiparados en cuanto a la punibilidad la autoría y la coautoría, la complicidad y la Instigación, pero se admite una cierta forma de complicidad secundaria.

En cuanto al robo el precepto en estudio establecía: *"...cuando varlos reunidos ejecutan algún robo a Invitación de uno de ellos, el que esto hace, peche en once duplos todo lo que robaren, los que le forzaron e los que fueron con él, si fueron*

hombres libres, peche cada uno cinco sueldos; e si non oviere onde los pague, reciba cada uno L azotes...".

La vigencia del fuero Juzgo habría de continuar hasta el período de la reconquista para dar paso al florecimiento del derecho foral, es decir a los ordenamientos locales y municipales, que se caracterizan por las graves penas impuestas a los infractores.

Con Alfonso X, "El Sabio" se habría de suscitar un florecimiento de la labor legislativa, que se comienza con el "Fuero Real", "Las Leyes del Estilo", "El Espéculo" y sobre todo "Las Siete Partidas".

El Fuero Real rechaza el principio de solidaridad que caracterizaba al derecho foral por influencia germánica, lo cual nos es posible apreciar en la Ley IX, libro IV: *"...que cada uno debe padecer pena por lo que fizco, e no uno por otro, así que el padre non pene por el fijo, ni el fijo por el padre; ni la mujer por el marido, ni el marido por la mujer; ni el hermano por el hermano; ni el yerno por el suegro, si el suegro por el yerno; ni el pariente por el pariente; más cada uno sufra pena por lo que fiziere, según fuero manda, y el mal se cumpla en aquel que lo fiziere..."*.

El Fuero Real estableció diferencias en el trato a las personas, de acuerdo a su participación en la comisión de un

delito, solo en preceptos aislados, lo cual habría de suprimirse con la Las Siete Partidas que señaló: *"...dixeron los sabios antiguos que a los mallecheros, e a los consejadores e a los encubridores, deve ser dada yqual pena..."*.

Asimismo la partida VII, Ley X, Tit. IX decía: *"...E deuen fazer esta enmienda, también los fazedores de la deshonrra del tuerto, como aquellos que gelo mandaron..."*.

D. DERECHO PENAL CANONICO

Tal vez la influencia más grande de la Iglesia en el Derecho Penal fue durante la Edad Media, donde el Derecho Eclesiástico junto con el Germánico constituyeron el cuerpo jurídico medieval hasta la separación de la Iglesia y el Estado.

Por influencia del Derecho Romano se acrecienta la valoración del subjetivismo en el delito aún y cuando el derecho germánico lo rechazaba rotundamente tendiendo hacia el objetivismo.

Respecto a la participación, el derecho canónico carecía de principios y teorías perfeccionadas, aún y cuando distinguían los grados de participación, por ejemplo denominaban "Mandante" al instigador, entendido como el sujeto capaz de prever las consecuencias y los alcances de una conducta delictiva; el derecho canónico castigaba la participación sólo cuando esta era voluntaria.

Al igual que en el Derecho Romano y por influencia directa de éste, el Derecho Canónico otorgaba igual pena a todos los participantes en la comisión de un delito, independientemente del grado o importancia de la participación, ya que este derecho daba gran relevancia al elemento moral de la conducta.

E. DERECHO MEDIEVAL INGLES Y DERECHO PENAL ALEMÁN

El Derecho Medieval Inglés estaba caracterizado por la profunda influencia del derecho germánico y de algunos elementos del derecho canónico.

Durante el siglo VII con el Rey Enrique V se estableció que en caso de participación en la comisión de un homicidio, se catalogaría como "Ejecutor" al que había dado el golpe fatal, que

sería el obligado a pagar el "*Wergeld*", que significaba la indemnización a los parientes del muerto, una multa a favor del soberano y otra a favor del juez.

Los cómplices pagaban el "*Hofebatz*" (multa) en cual era proporcional al "*Wergeld*" pagado por el autor.

Si la participación era indirecta (otorgando los medios para la comisión de un delito) se podía obligar al pago de todo o parte del "*Wergeld*" si no se lograba comprobar que el medio no se había prestado con la intención de que se cometiera el delito y en ocasiones el "*Wergeld*" dependía del préstamo hecho por ejemplo si se había prestado la espada se pagaba una tercera parte del "*Wergeld*", si era cuchillo, la mitad y si se prestaba el caballo, la totalidad del "*Wergeld*".

Ya en el Derecho moderno, el Derecho alemán ha tenido una evolución impresionantemente, en función de los pensadores y estudiosos de las conductas humanas como han existido en ese país, así, es en el Derecho Penal Alemán donde podemos señalar que surge el concepto de "participación" como tal. En el siglo XVIII un comentarista de la *Constitutio Criminalis Carolina* llamado Boehmer ya distinguía entre el concepto de causalidad física y causalidad moral, esto es, distinguía entre la autoría y la complicidad física por una parte, es decir, quien realiza el delito materialmente, y por otra parte la causación de cometer el delito, esto significa la mente perversa que desarrolla

los pasos necesarios para cometer un crimen. Ya en el siglo XIX, Feuerbach, uno de los principales pensadores y representantes de la doctrina jurídico penal alemana, separaban la complicidad de la autoría dividiendo esta última en autoría física e intelectual, de manera que quedaba separada de manera interesante la autoría y la instigación por una lado y la complicidad como tal en otro. Fue hasta el Código Prusiano de 1851 al cual seguía en muchos de sus conceptos el Código Penal de 1871 el que desarrolló las doctrinas que actualmente se utilizan en la práctica y se enseñan en muchas Universidades. La escuela de Hegel ya no pudo sostener más la reunión en un sólo concepto de la autoría como tal y la instigación, debido a lo relevante que para esta teoría fue la libre voluntad de individuo; anteriormente, el Código Penal francés ya daba un tratamiento al instigador como partícipe de un hecho ajeno y no como autor del mismo, a partir de este momento y debido a la ocupación francesa en Alemania se separan los conceptos de autoría y participación.

En éste Código se contempla la posibilidad de que el autor pueda verse ayudado por varios "socios", recalcando que si éstos tenían los mismos derechos existiría coautoría.

Uno de los aspectos más importantes que han marcado el desarrollo de una doctrina de la participación, estudiado por la jurisprudencia alemana fue el caso de Staschinski, que fue famoso en muchos países; este caso se debió a que el agente entrenado en la Unión de Repúblicas Soviéticas Socialistas, asesinó en dos momentos diferentes a dos políticos Ucranios en el exilio, el

tribunal resolvió entonces atenuar la pena del agente soviético, toda vez que sólo era cómplice del gobierno Soviético. Este caso y muchos otros en relación a crímenes cometidos en campos de concentración alemanes cuestionaron si puede existir autoría mediata, cuando el mismo instrumento es, a la vez autor, esto es lo que se llama autor detrás del autor.

Es importante aclarar que fue hasta terminar la Segunda Guerra Mundial cuando la doctrina alemana se decidió a estudiar a fondo el planteamiento de la participación en los delitos, y principalmente la delimitación entre las doctrinas que nos explicarían la diferencia casi imperceptible entre instigadores y autores mediatos, toda vez que anteriormente, sólo eran cómplices aquellas personas que cometían una conducta, típica, antijurídica culpable y punible, de conformidad con la teoría pentatómica del delito.¹⁵

¹⁵ ALBA MUÑOZ JAVIER y MENDOZA IGLESIAS IGNACIO. Apuntes del 2o.-B de la carrera de Derecho en la Escuela Libre de Derecho, recopilación personal. Distinguen claramente entre las diversas concepciones del delito, distinguiendo tres teorías principales a saber, la teoría heptatómica del delito (conducta, típica, antijurídica, culpable, imputable, condiciones objetivas de punibilidad, y finalidad), la teoría pentatómica (con las conocidas: conducta, típica, antijurídica, culpable y punible), y la tetatómica (con sólo la conducta, típica, antijurídica y culpable), personalmente y desde un punto de vista muy keiseniana, preferimos también considerar la pena (anotación al margen).

Es impropio y poco técnico, jurídicamente hablando, pensar en la instigación a un delito de omisión. Lo que se designa como "instigación" a omitir, es en realidad un "disuadir" del cumplimiento del mandato, esto es, el impedir que se forme o se lleve a efecto la decisión de la acción.

H. WELSEL

CAPITULO III
EL CONCURSO DE
PERSONAS EN EL DELITO
(Planteamiento Tradicional)

A. ELEMENTOS DEL CONCURSO DE PERSONAS.

Existe acuerdo entre los estudiosos del Derecho en señalar los siguientes elementos en el concurso de personas en el delito:

- a).- Pluralidad de sujetos.

b).- Cada uno de ellos debe realizar por lo menos una acción o una omisión, las cuales deben ser idóneas para producir el resultado en su conjunto y converger en la producción del resultado único (elemento objetivo) y,

c).- Las voluntades de los sujetos deben dirigirse a la producción del resultado único (elemento subjetivo).¹⁴

Por lo que toca al elemento objetivo, no hay nada especial que destacar salvo el hecho de la concurrencia objetiva para producir el resultado único.

El elemento subjetivo, en cambio presenta la peculiaridad de un doble aspecto, como lo es una voluntad de los sujetos dirigida hacia las demás conductas y al resultado. Por consiguiente por lo que toca a este último, puede corresponder a alguna de las tres formas de culpabilidad, es decir, puede haber representación y voluntariedad del resultado (actitud dolosa), puede existir ausencia de voluntariedad del resultado y un estado positivo de negligencia, imprudencia, impericia, falta de cuidado, de reflexión etc. (actitud culposa), y una conciencia y voluntad dirigidas a un resultado menos grave del producido (preterintencionalidad), la cual fue reconocida por un tiempo en nuestro derecho, hoy en día ya no contemplada en nuestra legislación positiva.

¹⁴ SANTINELLO, señala de manera muy simple dichas requisitos en *Manuale di Diritto Penale*, Milano, 1955, p. 189.

Estudiado el mismo elemento subjetivo, con relación al tiempo resulta entonces que puede ser: anterior, concomitante o posterior al hecho delictuoso.

B. FORMAS DEL CONCURSO DE PERSONAS EN EL DELITO

Por lo que se refiere a las formas que puede revestir el concurso de personas en el delito, los autores utilizan en general el término "formas de participación", lo que induce a graves confusiones.

Al emplear la voz "participación" como forma de concurso de personas (junto a la autoría y al encubrimiento, ahora legislado en un tipo penal independiente, y no como forma de concurso de personas en el delito), se apoya en razones esencialmente técnicas y no en el sentido general que se le da a esa expresión.

Tengo que puntualizar la distinción entre autoría, complicidad y encubrimiento en general (aclarando que esta división fue realizada por autores que desconocían que en nuestros

tiempos el encubrimiento sería, como lo hemos mencionado, un tipo penal independiente al concurso de personas, y por lo tanto diferente regulado a partir del artículo 400 de nuestro Código Penal para el Distrito Federal, en materia común y para toda la república en materia Federal, sin deducir de esto que escape a la clasificación didáctica), en la teoría manejada por la mayoría de los juristas mexicanos actuales, de donde resulta que:

AUTOR.- Es el que en forma psíquica o material realiza los actos típicos del tipo penal y por lo tanto se adecua perfectamente su accionar o conducta a la norma descrita en el mismo.

PARTICIPE O COMPLICE.- Es aquel que coadyuva con el autor a la realización del delito. Al respecto, mas adelante en teorías de la participación y de la autoría que expondré mas adelante se podrá ampliar y precisar los aspectos correspondientes a este modo de concurso de personas.

ENCUBRIDOR.- Es el que después de cometido el delito, ayuda a los autores y partícipes en cualquier forma, siendo ésta una definición general y meramente teórica que puede abarcar los supuestos del actual tipo de encubrimiento regulado en el artículo 400 de nuestro Código Penal para el Distrito Federal, en materia común, y para toda la República en materia Federal, contenido en el Título Vigésimo Tercero el cual define como sujeto activo del delito de encubrimiento: "aquel que:

i.- Con ánimo de lucro, después de la ejecución del delito sin haber participado en éste, adquiera, reciba u oculta el producto de aquél a sabiendas de esta circunstancia.¹⁵

Si el que recibió la cosa en venta, prenda o bajo cualquier otro concepto, no tuvo conocimiento de la procedencia ilícita de aquella, por no haber tomado las precauciones indispensables para asegurarse que la persona de quien la recibió tenía derecho para disponer de ella, la pena se disminuirá hasta en una mitad;¹⁶

ii.- Preste auxilio o cooperación de cualquier especie al autor de un delito, con conocimiento de esta circunstancia, por acuerdo posterior a la ejecución del citado delito;

iii Oculte o favorezca el ocultamiento del responsable de un delito, los efectos, objetos o instrumentos del mismo o impida que se averigüe;

¹⁵ Es resaltable la mala redacción del presente artículo el cual a partir de su creación, ha ocasionado múltiples injusticias debido a su exagerada articulación, y que a la vez puede ser útil y adaptable a diversos sentidos.

¹⁶ La amplitud del presente supuesta, contenido en la norma, es tal, que ha servido, a muchas autoridades para amenazar y en ocasiones extorsionar a genio inexperto que compra de buena fe, o recibe determinado bien o producto sin saber que es producto de algún ilícito, en lugar de limitar el campo de acción de los delincuentes, problemática que corresponde a la rama de la criminología y no del presente estudio, tal es el caso de muchos comerciantes de lotes de autos que por mas que intentan determinar la procedencia lícita de algún automóvil, no lo logran y se ven en graves problemas al darse cuenta que algún automotor adquirido, o incluso ya vendido, es detectado como robado.

IV.- Requerido por las autoridades, no dé auxilio para la investigación de los delitos o para la persecución de los delincuentes;

V.- No procure, por los medios lícitos que tenga a su alcance y sin riesgo para su persona, impedir la consumación de los delitos que sabe van a cometerse o se están cometiendo, salvo que tenga obligación de afrontar el riesgo, en cuyo caso se estará a lo previsto en este artículo o en otras normas aplicables.

No se aplicará la pena prevista en este artículo en los casos de las fracciones III, en lo referente al ocultamiento del infractor, y IV, cuando se trate de:

- a. Los ascendientes y descendientes consanguíneos o afines;
- b. El cónyuge, la concubina, el concubinario y parientes colaterales por consanguinidad hasta el cuarto grado, y por afinidad hasta el segundo; y
- c. Los que estén ligados con el delincuente por amor, respeto, gratitud o estrecha amistad derivados de motivos nobles

El juez, teniendo en cuenta la naturaleza de la acción, las circunstancias personales del acusado y las demás que señala el artículo 52, podrá imponer en los casos de encubrimiento a que se refieren las fracciones I, párrafo primero y II a IV de éste

artículo, en lugar de las sanciones señaladas, hasta las dos terceras partes de las que correspondería al autor del delito; debiendo hacer constar en la sentencia las razones en que funda para aplicar la sanción que autoriza éste párrafo.¹⁷

Antes de analizar cada una de las formas, cabe mencionar que para Mezger en su Tratado de Derecho Penal¹⁷, la autoría comprende la de una sola persona, la coautoría y la autoría mediata; a su vez divide la participación en : instigación y auxilio (complicidad). Jiménez de Azúa¹⁸, distingue entre autores y coautores, instigadores, cooperadores necesarios y cómplices.

Me he permitido incluir la anterior referencia solamente como una situación meramente práctica para continuar la relación de mérito y no perder la continuidad de éste tema que es medular en mi trabajo.

B.1. Autoría

¹⁷ MEZGER, Tratado de Derecho Penal, Madrid 1955, tomo II, pag 290

¹⁸ JIMENEZ DE ASUA LUIS, La Ley y el Delito, México, Buenos Aires, Editorial Sudamericana, 1954, 1979, pag. 537.

Por lo que toca al autor si empleamos un criterio formal habrá:

B.1.1. AUTOR MEDIATO Y AUTOR INMEDIATO

AUTOR INMEDIATO.- Es el que con su propia conducta integra el delito.- Al decir de Jiménez de Azúa¹⁹ son los que toman parte directa en la ejecución del hecho.- Autor es el que ejecuta la acción que forma el núcleo del tipo de cada delito "in species".- Por eso la participación es, como la tentativa, una causa de extensión de la pena, puesto que el Código Penal define cada delito en vista de la consumación por el autor. Puede darse el caso que también se denomine autor al que produce el resultado típicamente antijurídico con dolo o con culpa, valiéndose de otro sujeto que no es autor o no es culpable, o es inimputable. en tal hipótesis, nos hallamos en presencia del autor mediate. Esto es un autor mediate que se vale de una agente que no es autor. Independientemente de estas definiciones no olvidemos que nos encontramos hablando de un planteamiento tradicional y general del tema que será tratado mas a fondo y con nuevas definiciones en lo sucesivo del presente trabajo, sin que los conceptos anteriores sean definitivos.

¹⁹ IDEM, Supra cit.

También puede suceder que un hombre induzca a error a otro, haciéndole creer que propina una purga al enfermo cuando en realidad es un veneno. En este ejemplo, el que causó el error es el autor mediato, quien se vale de un inculpable. El caso más interesante lo ofrece la obediencia jerárquica, en cuyo caso la pena correspondiente se le impondrá a quien haya dado la orden ilegal. También existe el caso de quien se vale de un sujeto inimputable. Se ordena a un niño para que sustraiga una cantidad o quite la vida a otra persona, estando en este caso el autor mediato valiéndose de un inimputable.

Se ha establecido la figura del autor mediato como del inmediato, pero el autor no constituye codeinuencia, al contrario, es su negación. Lo más corriente de las conductas delictivas es que se perpetren por un solo hombre. Acaso hubiera sido justo separar la codeinuencia de la conducta del autor. Cuando el Código Penal define un delito, lo hace contemplando la consumación y la autoría, por eso, la tentativa y la participación no son más que causas ampliatorias de la subordinación al tipo o la imposición de un castigo.

AUTOR MEDIATO.- Es el delincuente que realiza el delito valiéndose de otro, como ya apuntábamos en líneas anteriores; en efecto, utiliza a un sujeto como instrumento. Sobre el particular, alguna teoría afirma que éste puede ser instrumento pasivo si es un incapaz, o bien instrumento doloso en los demás casos.

Se ha criticado esta clasificación del Instrumento, por estimarse que no opera en cuanto a los delitos estrictamente personales. En efecto, en el caso de aquel que utilice como instrumento para cometer el delito de estupro a un enfermo mental, sufre una quiebra ésta teoría.

En general, la gran mayoría de los delitos admite la forma de autor mediato, siendo innecesario señalar que el sujeto que realiza la acción no es responsable, y si lo es el autor mediato.

Tanto el autor mediano como el inmediato pueden concurrir con otras personas en delito en grado de tentativa.

B.1.2. AUTOR MATERIAL Y AUTOR INTELECTUAL

Una segunda clasificación que utiliza un criterio substancial distingue entre:

- a) AUTOR INTELECTUAL (Psíquico o moral), y
- b) AUTOR MATERIAL.

El primero sería aquel que actúa con su voluntad propia sobre otros para que éstos cometan materialmente el delito.

El segundo sería el que en forma objetiva, directa y física realiza la conducta típica.

a) AUTOR INTELECTUAL

La autoría Intelectual se divide en:

a.a) Instigación

a.b) Provocación, y

a.c) Determinación.

a.a) INSTIGACION : Es cuando el sujeto se limita a reforzar en otra persona un propósito que existe en ella con anterioridad²⁰.

²⁰ Este es el criterio de ANTOLISEI, en su obra Manuale de Diritto Penale, Parte Generale, Giuffrè, Milano 1947, p.280

En palabras de Hans Weiser, la teoría finalista nos dice que instigar es: "determinar dolosamente a un hecho doloso" (a través de influencia espiritual). Esto quiere decir que es un elemento importante, el originar la decisión al hecho en el autor, no necesariamente también dar origen al plan del hecho. Por eso, es instigador quien da el precio exigido al asesino que se ha ofrecido por dinero para cometer el hecho. Asimismo, en la teoría finalista se mencionan ciertos lineamientos en relación a la instigación.

1.- Es indiferente la clase de medio empleado para la instigación: persuasión, consejo, hasta aparente disuasión. Los medios como la fuerza, la amenaza o el error no deben llegar hasta tal punto que el autor no obre dolosamente sobre la causa de su propia decisión, pues habría autoría mediana. Por eso completando lo anterior podríamos decir que el medio obligatorio ha de contener una influencia espiritual, es decir, del pensamiento, pero a tal grado que llegue a influir directamente en la realización del hecho y en el dominio del mismo.

2.- Para que exista instigación, el hecho debe estar perpetrado o por lo menos alcanzar el grado de tentativa punible. Es motivo de discusión el fijar los límites de la instigación, cuando alguien, decidido a la ejecución de un hecho, es determinado de

otro modo de comisión dentro del mismo delito o un delito semejante. Hago notar, que la teoría finalista no distingue entre la instigación y determinación, utilizándolas como sinónimas, no así en esta clasificación de la autoría intelectual, utilizando el criterio substancial.

3.- El dolo del instigador tiene que estar encaminado, a través del autor, a la realización del tipo del delito; luego entonces ha de comprender el conocimiento de las circunstancias del hecho, respecto del tipo delictual, siendo importante aclarar que para el dolo del instigador es suficiente el dolo eventual.

4.- El instigador tiene que haber querido un hecho determinado. La instigación ha de ser individual tanto respecto del hecho como del autor, sin que sea necesario que el instigador conozca al autor. El excitar simplemente tendencias criminales, no es suficiente para que exista la instigación; esta debe dirigirse a un autor determinado o por lo menos un círculo de autores individualmente determinados, de otro modo no se plantea la instigación.

Instigador para Jiménez de Azúa (Op. cit) es el que induce a otro a cometer el hecho. El instigador no es un autor mediate porque cuando se trata de éstos últimos, ellos responden, ya que la persona de la que se valieron no es actora, no es culpable, o es inimputable. En cambio, el autor es demandado por el instigador, la instigación es por tanto: "una causa de extensión

del tipo de pena, así como una forma de participación a la que han de serle aplicables los principios propios de la misma*.

De lo anterior, debemos recalcar que para que se dé la instigación se necesita la "causación intelectual" o dicho con frases de Mezger: "una casualidad actuada de un modo psíquico".²¹

Hasta este momento, y con independencia de las tesis que se plantearán en lo sucesivo, considero que el instigador, de acuerdo con estos autores tradicionalistas, es aquel que incita, provoca o induce a otro a delinquir. Con esto quiero decir que en la instigación es indispensable que en el hecho concorra otro sujeto al cual se le pueda dar la categoría de autor material.

Contrariamente a la forma de pensar de algunos autores²², estimo que no es una forma accesoria de participación (entendiendo por esta la complicidad), sino una auténtica forma de autoría. Recordemos que Weisel dice que la teoría del autor tiene por objeto establecer el centro personal de atención del injusto, tomando en cuenta que el injusto reside en la lesión externa de un bien jurídico, por lo tanto no es posible descartar al instigador como autor, ya que en él existe el origen del actuar injusto, y como consecuencia, la lesión del bien jurídico.

²¹ Op. Cit.

²² SOLER, Derecho Penal Argentino, Buenos Aires, 1956, Tomo II.

Lo anterior significa que en la instigación encontramos dos elementos:

Primero: Una incitación, provocación o inducción para que otro ejecute el delito, y

Segundo: una especial intención dirigida a que el sujeto instigado, realice el delito.

De lo antes expuesto sólo se desprende que en el instigador se debe comprobar una actitud dolosa, pudiendo presentarse la forma de dolo eventual, uniéndonos con la teoría finalista.

Una cuestión interesante es el problema de la instigación culposa. Algunos tratadistas²³, niegan la posibilidad de la misma por estimar que la instigación debe ser siempre intencional. Otros como el maestro Jiménez Huerta dicen que también en los delitos culposos es configurable la instigación, ya que el agente provocador puede actuar pérfidamente en ésta clase de delitos, dice además que no existe o es exiguuo todo obstáculo conceptual para la imprevisión, la negligencia, la impericia o la

²³ op. Cit. WELSEL HANZ, Derecho Penal Alemán

falta de reflexión, que cause igual daño que un delito intencional, se de conjuntamente en dos o mas personas, por ejemplo, aquel que induce o instiga a otro para que el conductor de un vehiculo apriete el acelerador y aumente la marcha en un camino sinuoso, de doble sentido y circulación fluida, cometiendo con esto un ilícito. A pesar de todo lo anterior, me adhiero al primer criterio (por lo pronto), negando también la posibilidad de la instigación culposa, pues de acuerdo con el concepto que tenemos de los elementos de la instigación, faltaría la especial intención del inductor dirigida a que el sujeto instigado realizara el delito.

Otro interesante problema o cuestionamiento es el de el exceso en la instigación, es decir, se presenta en los casos en que el sujeto inducido, realiza hechos no comprendidos en la intención del instigador. Pienso que no puede considerarse responsable a éste del exceso, debiendo imputársele sólo la realización del resultado querido. A éste respecto las teorías encaminadas al resultado nos dicen que el instigador sólo responderá hasta donde el hecho coincide con su dolo; no responde por el dolo del autor. Aquellas desviaciones que son irrelevantes respecto del autor, también lo son respecto del instigador, por ejemplo: el error en la persona del autor. Al instigador debe castigársele de acuerdo al marco penal que se aplica al hecho principal.

En general, puedo afirmar que todas las pruebas que existen sobre el dolo han de aplicarse exactamente a éste

problema, incluyendo la solución que estima a cargo del instigador el resultado mas grave en los delitos calificados por el evento ²¹.

A la luz de la Tentativa, la instigación actúa en forma normal. Esto significa que se puede instigar a realizar actos de ejecución que no consuman el delito, siendo responsable de los mismos el instigador. La instigación tentada es aquella que se realiza o se perpetra independientemente de la determinación, sólo es punible cuando el hecho constituye un crimen; la pena admite las atenuantes. La instigación tentada ha de cumplir con los requisitos de un tentativa de instigación, esto es, tiene que contener el principio de ejecución de un influencia en la voluntad, estar dirigida seriamente a la comisión de un ilícito e individualizada respecto del hecho y del autor. El hecho a que se instiga tiene que configurar, de acuerdo a la representación del instigador, en la persona del autor, un tipo que la ley califique como delito.

Puede presentarse el caso de la instigación a la que no siga la ejecución del delito, situación en la cual algunos tratadistas estiman que no debe responsabilizarse al instigador; sin embargo otros autores y algunas legislaciones toman en cuenta la peligrosidad del inductor considerando prudente aplicarle una sanción o una medida de seguridad, siendo la instigación, el hecho de mover la voluntad de otro para que realice una conducta ilícita, y otros tratadistas y legislaciones que consideran que no es

²¹ Ibidem. WELSEL, Derecho Penal Alemán.

prudente que se le sancione, si nunca logra su cometido, es decir, la realización de un delito.

Por lo que toca a las FORMAS que pueden revestir la Instigación, debemos aceptar las siguientes:

a.a.1.) EL MANDATO.- Existe cuando se encarga o se encomienda a otro la comisión de un delito con el fin exclusivo de obtener una utilidad o provecho.

a.a.2.) LA ORDEN.- Existe cuando se da un mandato de cometer un delito siempre y cuando exista relación jerárquica con abuso de autoridad del superior.

a.a.3.) LA COACCION.- Consiste en el mandato de realizar un acto delictuoso que se ejecuta bajo la amenaza de un mal grave.

a.a.4.) EL CONSEJO.- Es la inducción que se hace a alguien, para que éste cometa un delito, para beneficio del inductor.²⁸

²⁸ MAGGIORE, Derecho Penal, Ed. Temis, Bogotá, 1954.

En forma incorrecta, algunos autores incluyen como forma de la instigación la asociación y la connivencia.

La primera no puede ser forma intelectual de autoría, a lo más se le puede situar como un estado delictuoso.

Por lo que se refiere a la connivencia, nosotros la ubicamos como forma de participación psíquica dentro de la misma participación, pues consiste en un hecho accesorio y no en uno principal.

a.b.) LA PROVOCACION.- Se estima en general, como una forma intelectual de autoría que consiste en incitar a una persona a cometer un delito, invitándolo de una forma sugestiva.

En esta forma de autoría intelectual, encontramos un elemento objetivo que consiste en la incitación a producir un delito y un elemento subjetivo, de carácter negativo, como lo es la ausencia del deseo de producir el delito de propia mano; es decir, no hay interés particular en que se realice éste, sino sólo la finalidad de que otro pudiere realizarlo.

En la nueva redacción realizada en la tercera Ley modificadora del Código Alemán, se reconoce a las acciones preparatorias no punibles por regla general, por una parte castiga ya la proposición oral y su aceptación, aún cuando no estén vinculadas al compromiso de beneficios que pudiere lograr el provocador, y por la otra, somete a pena también el concierto para actuar en autoría de un delito. Sin embargo, no basta el simple inicio de deliberaciones serias, de todos modos, resulta dudosa la extensión que se hizo de la citada punibilidad en la provocación; en opinión de los autores alemanes, tanto en la declaración de estar dispuesto como en la aceptación de una proposición, el hecho ha de ser un delito en la persona del autor y en el concierto, en la persona de ambos autores.

A la luz de la culpabilidad afirmamos que puede existir la provocación dolosa cuando el sujeto tiene la intención de producir el resultado; del mismo modo, se podía presentar la provocación preterintencional, sin embargo, la anterior concepción trajo consigo innumerables problemas de división entre la conducta dolosa y la culposa y como consecuencia tal figura fue retirada del Código Penal, concluyéndose ésta únicamente en forma doctrinaria; cabe aclarar que no se puede admitir la provocación culposa en la anterior figura, pues en ésta forma de autoría intelectual, se requiere necesariamente la intención.

Es interesante destacar que en la provocación se puede presentar la forma de tentativa.

Por lo que toca a la punibilidad del provocador, no hay uniformidad al respecto, ni doctrinariamente, ni en las legislaciones, no sólo de nuestro ámbito espacial de validez, sino en otros países.

a.c.) LA DETERMINACION.- Esta forma de autoría intelectual, se presenta cuando el sujeto, hace nacer en otros, un propósito criminal que antes no existía. Se indica de éste modo que la diferencia entre el determinador y el instigador, consiste justamente en que el primero hace surgir en otros, un propósito criminal que antes no existía, y el segundo es aquel que se limita a reforzar en otra persona un propósito criminal ya existente.²⁸

Así el determinador participaría de todas las características del instigador, con la diferencia de que en aquel, el propósito criminal estaba ausente *ab initio*, es decir que el determinador hace que un justo cometa un delito que en su vida había pensado realizar; también los casos de culpabilidad y tentativa se resuelven en forma idéntica.

No confundir en ningún momento, al determinador con el autor mediate, quien sólo induce al error a una persona para que cometa un ilícito penal; un magnífico ejemplo de autoría mediate con la cual quedará clara esta idea, y así poder

²⁸ Op. Cit. ANTOLISEI, p. 180-

diferenciarla con el determinador, es la que menciona el maestro Luis Jiménez de Asúa²⁷: "Puede suceder que un hombre induzca al error a otro, haciéndole creer que propina una purga al enfermo, cuando lo que realmente le da es un veneno. En este ejemplo el que causó el error es el autor mediató que se vale de un Enculpable".

Una vez vista y concluida la instigación y el estudio del autor intelectual, podemos entrar al interesante tema del autor material.

b. AUTOR MATERIAL.

Podemos decir que el autor material es aquel que en forma directa ejecuta la conducta delictuosa, integrando los elementos del tipo penal.

Autor material es entonces, quien realiza la conducta principal, o sea, el sujeto activo primario, que efectúa la conducta delictiva descrita por el tipo penal, privar de la vida en el homicidio; copular en la violación; apoderarse en el robo, que puede conllevar conductas accesorias que serán tratadas con posterioridad.

²⁷ JIMENEZ DE ASUA LUIS, La Ley y el Delito, op. Cit.

El autor material examinado desde el punto de vista de la culpabilidad, puede ser doloso cuando tenga representación y voluntad en el resultado; podrá ser también autor material preterintencional cuando haya tenido representación y voluntad de un determinado evento de menor entidad al producido; por último podrá ser autor material culposo cuando concurren las notas de esta forma de culpabilidad, es decir, aquel que mediante una acción no querida, produce el resultado típico, esto es, por una falta de cuidado o negligencia.

Según la opinión de Weisel, no existe en el ámbito de los delitos culposos la diferencia entre autoría y participación, porque toda clase de concusación en la producción no dolosa de un resultado mediante una acción que lesiona el cuidado conforme al ámbito de relación, es ya autoría.

Del mismo modo el autor material puede serlo en cualquiera de las formas de tentativa.

Por lo que toca a la punibilidad, deben estimarse perfectamente responsables a los sujetos que en forma material produzcan el resultado típico; esto ingresa en la punibilidad aquellos autores accesorios.

La doctrina alemana afirma que en cuanto a la culpabilidad del autor, el juez ha de investigar cual es el cuidado requerido en el ámbito de relación para el autor en su situación concreta y luego a través de la comparación determinar si era adecuada al cuidado o no.

Siguen afirmando los finalistas en los delitos culposos, que la acción del tipo no es determinada legalmente; sus tipos por eso son "abiertos" o "con necesidad de complementación", ya que el juez tiene que complementarlos conforme al caso concreto, conforme a un criterio rector general.

El concepto de cuidado requerido en el ámbito de relación, es un concepto adjetivo y normativo, para determinar su contenido no interesa qué cuidado ha aplicado o podría aplicar el autor, sino cuál es el cuidado "requerido en el ámbito de relación", es cuidadosa aquella conducta que habría seguido un hombre razonable y "prudente" en la situación del autor, luego entonces, el contenido del cuidado objetivo se determina en el caso concreto desde dos puntos de vista a saber: uno intelectual y uno normativo. (Es por esto que la "prudencia" con la que resuelva un juez una situación de ésta índole resulta de gran importancia, al tradicional estilo del derecho de juristas romano, pues sólo el jurisprudente puede decir exactamente con qué prudencia debió actuar el actor.)

El concepto de cuidado objetivo comprende la consideración de todas las repercusiones de una acción que son previsibles -"objetivamente"-, mediante un juicio razonable; sólo puede lograr el contenido del cuidado objetivo, para el caso individual, la consideración de dos aspectos relacionados entre sí: el reconocimiento razonable del peligro y el colocarse prudentemente frente a ellos.

B.1.3. CRITERIO CUANTITATIVO:

Una tercera clasificación de la autoría que utiliza "un criterio cuantitativo", distingue entre:

a) **AUTORIA UNIPERSONAL.**-- Que existe cuando hay un solo autor con el cual colaboran partícipes.

b) **COAUTORIA.**- Cuando son varios los autores; es decir, cuando éstos realizan en igualdad las circunstancias del hecho típico; lo anterior significa que en la coautoría hay necesidad de una cooperación consciente y deseada por varias personas para producir el resultado típico, de tal manera que en forma asociada, cada uno produce el resultado con la cooperación

de los demás, en pocas palabras: se requiere "la ejecución común consciente".²⁴

Todas las soluciones anotadas para los autores, se aplican en forma inalterada para los coautores

B.2. La Participación:

La participación estudiada en esta concepción tradicionalista, se refiere a la complicidad, por lo que es común encontrar indistintamente los vocablos complicidad y participación, considerándolos como expresiones sinónimas.

Después de relatar lo que para los autores que hemos denominado tradicionalistas en este trabajo (y que el mundo del Derecho Penal ha denominado causalistas) las formas de autoría, cabe precisar que todos aquellos que no pueden ser considerados autores intelectuales o materiales de un delito, son partícipes o cómplices del mismo; con lo anterior se deja precisado que todas las personas que auxilian, que colaboran en forma accesoria, que ayudan a la producción de un delito sin realizar alguna de las

²⁴ IBIDEM.

formas típicas del mismo, son partícipes o cómplices de la infracción penal.²⁹

La participación o complicidad se puede presentar en cualquiera de los estadios del "Iter criminis"; esta es, lo mismo en la concepción que en la resolución, en la preparación o ejecución y consumación del delito.

B.2.1. ELEMENTOS DE LA PARTICIPACIÓN:

- a) La realización de un hecho que tenga alguna relevancia, para que se pueda ejecutar el delito, y,

²⁹ No se debe tomar este criterio como definitiva, ya que fue a su vez estudiada de los autores que hemos denominado como tradicionalistas, faltándonos hasta este momento considerar diversas corrientes de pensamiento que han venido a revalorizar la Ciencia Jurídica Criminal, adelantando que algunas otras autores, que estudiaremos mas adelante, opinan que no se puede llamar al autor intelectual, ni al mediato como partícipes, cada vez que no podríamos entonces considerarlos como "autares" (ya sea mediatos o intelectuales), contradicción conceptual sumamente lógica ya que un autor no puede ser partícipe y viceversa. Ya hablaremos también de algunas criterios que dan solución a este problema como lo es por adelantarnos un poco, la Teoría del "dominio del hecho", la cual permite en muchos casos diferenciar entre autares y partícipes, las cuales en muchas ocasiones están divididas por una frontera casi imperceptible, pero extremadamente importante, ya que dicha diferencia - contenido de esta tesis- puede ser la diferencia entre la libertad y la pena privativa de la libertad, sin merced a libertad alguna, o en el caso de algunas legislaciones que lo permiten, la diferencia entre la vida (aunque sea en prisión) y la pena de muerte.

b) Que el hecho mismo tenga un carácter meramente accesorio, secundario o sustituible; es decir, que por sí mismo no pueda considerarse elemento de la conducta típica.

El partícipe o cómplice auxilia al autor del delito, es decir, presta su colaboración para éste pueda desplegar su conducta delictiva en toda su intensidad; la participación implica necesariamente un sujeto que debe ser estimado como autor del delito.

Lo anterior significa que la diferencia entre cómplice y autor, estriba en que éste efectúa el acto principal delictivo y aquél meros actos de auxilio o colaboración, es decir, en la autoría el sujeto debe tener dolo de autor, o sea dirigir su intención a realizar la conducta típica integrativa del delito, y en la participación dolo de cómplice, o sea la intención dirigida a coadyuvar, a colaborar con el autor.³⁰

³⁰ La presente concepción parece muy simplista a la luz de teorías que expondremos más adelante, sin embargo cabe realizar este comentario en vía de preparación o lo posterior, toda vez que cabe cuestionarnos qué sucede con el que ejecuta todos y cada uno de los elementos constitutivos del tipo penal, pero que no planeó ni preparó, ni giró instrucción para que el ilícito fuera cometido, y también el que realiza un ilícito convencido por algún otro agente, y que presenta dolo de autor siendo también partícipe, toda vez que quien lo facilitó o delinquir también tiene ese dolo de autor. Ambas situaciones pueden ser resueltas con las teorías que expondremos en capítulos subsiguientes.

Debe preclarse que el autor no necesita saber que se le ayudará; y por otro lado la complicidad puede prestarse por hechos y consejos, luego también, según la teoría predominante cabe la complicidad por omisión.

La complicidad tiene que favorecer "objetivamente" el hecho principal y éste favorecimiento ser querido "subjetivamente" por el cómplice, para lo cual basta el dolo eventual. Favorecer, significa prestar una colaboración causal para la comisión del hecho principal, luego en los delitos de resultado también una colaboración para el resultado; por esto, no puede existir complicidad cuando el cómplice no quiere favorecer en modo alguno el hecho.

B.2.2. FORMAS DE LA PARTICIPACIÓN:

Por lo que se refiere a este tema, realizaremos la clasificación correspondiente atendiendo a tres criterios: uno gradual, otro temporal y un tercero cualitativo, de acuerdo con el orden seguido.

1. Criterio Gradual.

Atendiendo al criterio gradual la doctrina tradicional, como la hemos denominado en el presente trabajo, la participación se divide en:

- a) PRINCIPAL (o primaria)
- b) ACCESORIA (o secundaria)

La primera se contrae a las actividades de auxilio o cooperación para consumir el evento criminoso; la segunda en general, se refiere a las de coadyuvancia en la simple ejecución del delito.

No debe confundirse la participación en la consumación del delito con la coautoría, pues ésta implica que los sujetos realicen actos de ejecución del tipo delictivo, y aquella simples actos de colaboración, de auxilio, de ayuda para que los coautores actúen, recordando que ésta concepción se da en una gran corriente o pensamiento que hemos denominado tradicional, pues, como diremos mas adelante, las tendencias actuales se dirigen en éste aspecto a las diversas teorías como las del dominio del hecho, para determinar partícipes o autores.

2. Criterio Temporal.

En cuanto al criterio temporal la participación, en éste punto de vista "tradicional", puede ser:

- a) ANTERIOR (o precedente),
- b) CONCOMITANTE (o simultánea), y
- c) POSTERIOR

a) LA ANTERIOR consiste en la ayuda previa que el cómplice presta al futuro autor para que éste pueda desarrollar con mayor eficacia su actividad criminal, productora del delito.

b) LA CONCOMITANTE, estriba en el auxilio o colaboración de los sujetos en el momento de estarse realizando el delito por parte de los autores.

c) Por último, LA POSTERIOR, sería la ayuda prestada a los autores del delito una vez que éstos efectuaron el mismo, pero existiendo una promesa anterior de colaboración, pues de modo distinto estaríamos en presencia del encubrimiento,

aclarando, como lo hemos venido haciendo, que ésta última figura, ha sido concebida a últimas fechas como tipo independiente, contemplado en el artículo 400 de nuestro Código Penal para el Distrito Federal, sin embargo, es materia de ser nombrado en el presente estudio, toda vez que muchos autores lo siguen considerando desde un punto de vista doctrinario como forma de participación.

3. Criterio Cualitativo.

Por lo que respecta al criterio cualitativo es posible distinguir la siguiente clasificación:

- a) PARTICIPACION PSIQUICA, y
- b) PARTICIPACION FISICA.

La primera daría lugar a la forma llamada connivencia, estimada por algunos autores como complicidad negativa; en cuanto a la segunda comprendería todos los actos de auxilio o colaboración que efectuaran en forma material positiva los cómplices.

La connivencia consiste en el auxilio prestado al autor del delito guardando silencio acerca del mismo, es decir, no denunciando o poniendo en conocimiento de la autoridad su realización.³¹

En la legislación mexicana positiva, aún cuando no se encuentra denominada en tal forma, se sanciona la connivencia en relación al delito de que se trate, pues la misma se determina por el artículo 13 del Código Penal cuando alude a los responsables del delito, sin dejar de considerar el artículo 400 que contempla el encubrimiento, al que hemos hecho referencia con anterioridad.

Si examinamos la participación a la luz de la culpabilidad podemos hacer las siguientes referencias:

a) La participación dolosa en delito doloso.- En éste caso no existe dificultad a la luz de la teoría tradicionalista, como hemos venido llamándola, pues la mayoría de los autores que encontramos en esta corriente de pensamiento, este caso es aceptado en forma unánime por los autores, no así en los autores de la corriente finalista a la que nos referiremos mas adelante.

b) La participación dolosa en delito culposo.- también es generalmente aceptada, como el caso en donde cuando uno o más sujetos para producir graves daños a una

³¹ Op. Cit. VILLALOBOS, p. 224 y MAGGIORE, Op. Cit, p.109.

población se ponen a jugar fútbol con los encargados de cerrar las compuertas de una presa, quienes sin tener la Intención delictuosa causan daños en forma imprudente

- c) La participación culposa en delito doloso.- Los autores en ésta corriente coinciden en que no puede existir la participación culposa en delito doloso

- d) La participación culposa en delito culposo.- al igual que la anterior no ha sido aceptada.

La razón para excluir estas dos formas últimas se encuentra en que la participación implica necesariamente una Intención dirigida a colaborar con el autor principal. Así pues sería una contradicción el hablar de una participación culposa. (Debo aclarar de nueva cuenta que mas adelante plantearemos a la luz de otras corrientes de pensamiento criterios contrarios).

Es necesario hacer hincapié en que no hay que confundir la participación en delito doloso o culposo con la expresión "concurso culposo en delito doloso o culposo", pues estas últimas formas si existen.

B;2,J, LA PARTICIPACION Y LA TENTATIVA,

A continuación examinaré el problema de la participación a la luz de los problemas de la tentativa, siendo necesario antes de empezar, distinguir entre tentativa de participación y participación en el delito en grado de tentativa.

Aún cuando no hay uniformidad de criterios dentro de la doctrina, predomina el de considerar inaceptable la punibilidad de actos encaminados directa e inmediatamente a coadyuvar, a colaborar con el autor principal; es decir, no se admite la tentativa de participación²². Por el contrario, sí es posible la participación en un delito en grado de tentativa²³.

En éste orden de ideas, podemos decir que doctrinal y Legislativamente es punible la participación o complicidad, variando únicamente la misma, en atención a su grado.

B.2.4. PARTICIPACION Y AUTORIA A LA LUZ DE LA LEGISLACION VIGENTE HASTA 1994.

²² En contra de éste criterio: WELSEL, Op. Cit., p.124 y BOUSAT, *Traité Théorique et Pratique de Droit Penal*, Dalloz, París, 1951.

²³ En éste sentido BETTIOL, *Diritto Penale*, (Derecho Penal Parte General) Priulla, Palermo, traducción de José Luis Pagano, Bogotá, 1965.

Corresponde ahora aunque sea brevemente, estudiar las dos primeras formas de concurso de personas en el delito, o sea, la autoría y la participación (o complicidad), en la legislación mexicana anterior a la reforma del año 1994, independientemente de analizar este tema en el capítulo que exponga la evolución que ha sufrido nuestro Código, aclarando que el estudio que se realiza a continuación se hace a la luz de la presente teoría tradicional, como hemos venido llamando a la concepción en que concuerdan algunos pensadores consultados en el presente Capítulo, sin entrar en éste momento al estudio del Código vigente, en función a su arraigada influencia finalista.

a) Legislación.

En el Código de Martínez de Castro, se hacía la diferencia entre autores, cómplices y encubridores, agrupándolos bajo la denominación común de "responsables". Como autores comprendía los mediatos, los intelectuales, los ejecutores y los inductores; entre los cómplices a los que indirectamente participaban en la ejecución del delito, así como a los auxiliadores y a los provocadores, a los que ocultaban cosas robadas, a los que daban asilo al delincuente o le proporcionaban la fuga en acuerdo previo al delito; por último encubridores eran los que por concierto posterior favorecían al delincuente de cualquier manera. En cuanto a la penalidad, dicho Código señalaba la mitad de la pena correspondiente a los autores, para los cómplices, y para los encubridores hasta once meses de prisión.

Con ligeras variantes, el Código de 1929 adoptó la misma clasificación.

El Código de 1931 inicialmente eliminó en su artículo 13 toda clasificación, estableciendo que:

"Son responsables de los delitos:

- I.- Los que intervienen en la concepción, preparación o ejecución de ellos;
- II.- Los que inducen o compelen a otro a cometerlos;
- III.- Los que presten auxilio o cooperación de cualquier especie para su ejecución; y
- IV.- Los que, en casos previstos por la Ley auxilien a los delincuentes, una vez que estos efectuaron su acción delictuosa."

En tan amplia fórmula, quedan comprendidos tanto los autores como los partícipes (o cómplices), pero considero que no se tomaron en cuenta los provocadores y los determinadores.

Dicho artículo fue reformado por decreto de 30 de diciembre de 1983, publicado el 13 de enero de 1984, entrando en vigor a los 90 días de su publicación para quedar como sigue:

"ARTICULO 13.- Son responsables del delito:

i.- Los que acuerden o preparen su realización;

ii.- Los que lo realicen por sí;

iii.- Los que lo realicen conjuntamente;

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

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

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

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

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

Como se advierte , con las reformas antes mencionadas, quedó subsanado el error que se anotó anteriormente; esto es, el de los provocadores y determinadores, el primero en la fracción cuarta y el segundo en la quinta.

b) La comunicabilidad de las Circunstancias.

Dentro del problema del concurso, puede ocurrir que por determinadas circunstancias, al autor principal no se le aplique la sanción, o bien se le agrave o disminuya, lo que da por resultado que sea necesaria la investigación acerca de si a los partícipes se les debe excusar de sanción o bien disminuir o aumentar como el autor principal.

Para resolver el problema existen teorías objetivas subjetivas y mixtas:

OBJETIVAS:

- a) Las que estiman que no debe haber comunicabilidad de las circunstancias a los partícipes.
- b) Las que afirman que en forma total deben operar la comunicabilidad de las circunstancias en los partícipes, y
- c) Las que sostienen que en ciertos casos debe admitirse dicha comunicabilidad y en otros no.

SUBJETIVAS

Dentro de las subjetivas, el problema se resuelve de la siguiente manera: "Aún cuando el partícipe conozca determinadas circunstancias, en ciertos casos no puede ni debe operar la comunicabilidad"³⁴.

MIXTAS:

Las teorías mixtas utilizan los criterios objetivos y subjetivos, tomas una solución respecto de éste problema, no es nada fácil, toda vea que en el mismo concurren diversos factores que deben tomarse en cuenta para resolver el problema planteado, nosotros nos inclinamos a resolver caso por caso, pues es aventurado emitir un criterio único.

En nuestra legislación un ejemplo muy claro, que trata de resolver éste problema, es el artículo 53 que a la letra dice:

"ARTICULO 53.- No es imputable al acusado el aumento de gravedad proveniente de circunstancias particulares del ofendido, si las ignoraba, inculpablemente, al cometer el delito."

³⁴ ROMERO H. MARIA DE LA LUZ. Comunicabilidad de las circunstancias. Apuntes personales. Archivo Personal.

El análisis de dicho precepto nos lleva a afirmar, que recoge claramente el criterio subjetivo descrito con anterioridad.

B.2.5. DESISTIMIENTO ACTIVO Y ARREPENTIMIENTO EFICAZ EN LOS PARTICIPES

Como corolario del análisis hasta ahora realizado de la participación (desde el punto de vista tradicional), confieso que podemos pensar que existen razones para no aplicar a los partícipes la causa de "inadecuación típica", de "desistimiento activo" y de arrepentimiento eficaz. Cuando el desistimiento o el arrepentimiento del sujeto activo primario entra en juego eficazmente impidiendo la consumación del delito, queda atípica no solamente la conducta ejecutiva por él realizada, sino también las accesorias que hubieren efectuado los sujetos activos secundarios, pues también desde ese punto de vista, lo accesorio sigue la condición de lo principal. Pero no acontece así cuando el desistimiento o el arrepentimiento se produce en alguno de los partícipes, pues aún cuando ese desistimiento o el arrepentimiento pueden trascender sobre la conducta principal impidiendo la consumación de la misma, deja viva la adecuación típica de los actos de ejecución, intencados por el sujeto activo de la acción principal, ya que en relación al sujeto activo primario, es decir, el agente, como le llama el artículo 12 del Código Penal, la no consumación del delito es debida a causas ajenas a su voluntad, si se aplicara al partícipe esta causa de inadecuación típica, se llegaría a la aberrante consecuencia, que desorganizaría plenamente

todo el sistema penal por quebrantar el principio de la unidad delictiva, de admitirse y configurarse a la vez, en relación con un mismo injusto, una tentativa típica y una tentativa atípica; la primera, forjada con la situación del sujeto activo primario o agente, y la segunda con la del sujeto activo secundario o partícipe. El desistimiento activo o arrepentimiento eficaz del partícipe, pueden ejercer influjo solamente en la aplicación de la pena al tenor de las fracciones I, II y III del artículo 52 del Código sustantivo.

B.3. El Encubrimiento.

Explicadas ya las formas del concurso de personas en el delito, llamadas autoría y participación, corresponde finalmente hacer el estudio del encubrimiento.

Ante todo debemos señalar que dicha institución ofrece una doble perspectiva; por un lado constituye una forma de concurso de personas en el delito, por la otra asume un carácter autónomo erigiéndose en figura delictiva autónoma. Considero que debo excluir por esta ocasión el examen del delito de encubrimiento como figura autónoma, contemplado en el artículo 400 de nuestro Código Penal vigente; por esta vez sólo lo relacionaremos con la participación, ambos como formas de concurso de personas en el delito.

Con arreglo a las nociones que regulan el concurso de personas en el delito, hemos distinguido a los autores de los cómplices y de los encubridores, y a este respecto repetiremos, que el autor es aquel que realiza la conducta típica descrita en la norma, y partícipe o cómplice es el que colabora de cualquier manera con el autor. (Aclaro que esta idea corresponde a la concepción tradicionalista que tratamos en este capítulo, independiente de los criterios que se expondrán con posterioridad.)

El encubridor es aquel que con posterioridad, a la comisión del ilícito, ayuda de cualquier modo tanto a los autores como a los partícipes, ocultando a las personas de estos, los objetos que sirvieron para cometer el delito, el producto del mismo u omitiendo dar aviso a la autoridad de la comisión del delito.

Por lo anterior es posible señalar como elementos del encubrimiento:

- a) Los actos que ayuden en cualquier forma a los autores y a los partícipes.
- b) La intención de ayudar o favorecer con dichos actos tanto al autor como a los partícipes.
- c) Un acuerdo posterior a la comisión del delito.

ESTA TESIS NO DEBE
SER DE LA BIBLIOTECA

Examinaremos particularmente cada uno de estos elementos:

Por lo que toca a los autores y cómplices, pueden consistir en la ocultación de los mismos o tal vez en proporcionarles la fuga; en disfrazarlos o en practicar las operaciones quirúrgicas en la cara, o en las yemas de los dedos para evitar su identificación; en proporcionarles falsos documentos para evitar su identificación y localización; o en darles dinero para que puedan subvenir a sus necesidades más urgentes; en fin, las formas de ayuda a dichas personas pueden ser tan variadas como la vida misma. La doctrina llama a esta forma de encubrimiento como favorecimiento personal.

Por lo que se refiere a los objetos del delito, los actos pueden consistir en ocultar un cadáver en caso de homicidio; en custodiar los objetos sustraídos en el robo; en vender o hacer desaparecer los efectos robados; en ocultar las armas que hayan servido para cometer los delitos... etcétera.

Por lo que hace a la obligación de comunicar a la autoridad los delitos que hayan cometido, el encubridor puede adoptar la actitud pasiva consistente en omitir dicho aviso, o bien en no proporcionar cuando sea requerido para ello los nombres de las personas que hubieren intervenido, el lugar donde se realizó el

acto criminoso, o en el que se encuentran los objetos o instrumentos del delito.

A la luz de la culpabilidad, debemos admitir el encubrimiento doloso, negando el culposo, pues si como dijimos, entre los elementos del encubrimiento se encuentra la intencionalidad dirigida a ayudar de cualquier modo a los autores y partícipes, resultaría contradictoria la aceptación de un encubrimiento culposo.

Por lo que atañe a la tentativa, en general no hay oposición por parte de los doctrinarios para aceptarla. En algunas legislaciones debido a la estructura especial del encubrimiento no cabe la tentativa.

La consumación en el encubrimiento, se produce en el instante en el que se realizan los actos destinados a ayudar a los autores y cómplices del delito.

Como forma accesoria del encubrimiento, existe el llamado autoencubrimiento, o sea, el que realiza el propio autor o cómplice para evitar ser descubierto o que se llegue al conocimiento del delito cometido. Por supuesto que esta forma de encubrimiento no es punible, pues los únicos que pueden ser

sujetos de encubrimiento, son todas las personas que no sean autores y cómplices.

"La realidad humana y especialmente el sector que interesa al Derecho Penal, esto es, la actividad humana en sociedad, no integra una material caótico que adquiere su ordenación y conformación en la esfera de lo conceptual; la actividad humana representa una realidad ordenada y llena de sentido previamente al derecho...; la Ley al considerar que determinados actos deben ser prohibidos por encerrar un desvalor social, simplemente describe el sector de la realidad representado por esos actos"

H. WELSEL

CAPITULO IV

LA AUTORIA

(CONCEPCION FINALISTA)

En general, podemos afirmar que ha existido en materia Penal la preocupación de los Dogmáticos de precisar las reglas que nos permitan determinar una vez que quedan señalados los responsables, quienes son autores y quienes son simples cooperadores, cómplices o partícipes; ésta determinación es uno de los aspectos mas complejos, debido a la multiplicidad de opiniones al respecto y sobre todo a la importancia del tema.

Podemos distinguir en relación con la autoría, varias tendencias; entre las principales se encuentra una en la que se parte del resultado típico para saber quien es el autor, es, quien lo causa; en cambio hay otra tendencia que resuelve la autoría desde el punto de vista de la acción convirtiendo en ejecutor "a quien debe atribuírsele" el hecho típico.

En estas tendencias podemos distinguir la utilización de 3 teorías²⁵; la causalista, que se refiere a la realización del resultado; la formal que partiendo de la causalista atribuye la realización del hecho a la persona que se ubica en el presupuesto descrito por la norma, comentando al margen que esta teoría resulta muy extraña para otros autores ingresándola en el ámbito causalista, situación que comparto, por lo cual sólo se menciona pero no se expone sino dentro de la causalista; y una tercera teoría que será sobre la que nos ocupemos en éste apartado: la teoría finalista, que se refiere a una concepción diferente de la acción criminal, en la cual la acción se refiere a un actuar consciente de un sujeto determinado.

A. LA ACCION FINAL.

²⁵ GARRIDO MONT, MARIO. Etapas de Ejecución del Delito. Autoría y Participación, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, Chile, 1984.

Previo a entrar al estudio de la autoría y la participación desde otro punto de vista, meramente dogmático, partamos por conocer, sin profundizar demasiado, sobre la acción final.

En la evolución del Derecho Penal, se presentó en un principio la teoría que hablaba sobre una concepción dualista del delito, una de tipo objetivo y una subjetiva, limitando la acción o conducta de un sujeto a un mero actuar objetivo (conducta antijurídica) sin considerar el aspecto subjetivo (la culpabilidad), debido a la dificultad para determinarla prácticamente; las corrientes de pensamiento que lograron una evolución del derecho penal crearon la concepción jurídico-filosófica que conocemos hoy en día como el finalismo.

En esta evolución diversos pensadores concibieron que en el delito debería ser objeto de valoración no sólo el aspecto objetivo del mismo, sino también el subjetivo³⁶. Un aspecto novedoso fue presentado por Weber, el cual describió una concepción diferente sobre la culpabilidad: un aspecto normativo a diferencia del psicológico antes planteado por los llamados autores causalistas. Este aspecto normativo contemplaba que la culpabilidad es un mero "juicio de reproche" de una conducta a su autor, y no sólo estados psicológicos o anímicos en el sujeto activo.³⁷ Así, el

³⁶ DOHNA, ALEXANDER GRAF ZU, La estructura de la Teoría del delito. Traducción Carlos Fontan Bolestra y Eduardo Friker. Buenos Aires, 1958.

³⁷ GOLDSTEIN RAUL, La culpabilidad normativa, Buenos Aires, Argentina.

derecho penal evolucionó de una concepción dicotómica, a una concepción unitaria en la que debía ser valorada la acción tanto en su elemento objetivo, como en el subjetivo.

Conforme a lo antes mencionado, la acción no es un acontecimiento causal, sino finalista, esto es, que "Acción", no puede definirse como el hecho de causar un efecto, sino debe identificarse como el hecho de que un sujeto determinado dirija conscientemente su obrar hacia el logro de un fin previamente concebido.²⁸

Esto quiere decir que cuando un sujeto despliega una conducta sin proponerse causar un resultado, no podemos decir que "acciona", toda vez que resulta un mero instrumento que provocó un resultado.

La teoría finalista se encuentra basada en el hecho de que el hombre es considerado como tal, ya que actúa conforme a valoraciones previas en su cerebro, y no como provocador instintivo de efectos (aunque en muchas ocasiones así parece, tomando en consideración que algunos seres humanos no han dejado sus reminiscencias animales). La teoría finalista por lo tanto, no pretende regular como acción todos aquellos acontecimientos que aún cuando producen un resultado dañino son propios del mundo de la naturaleza en el que nos desenvolvemos.

²⁸ GARRIDO MONT, MARIO, *Etapas de ejecución del Delito*, Editorial Jurídica de Chile, 1984.

"Moralmente el derecho penal no tendría justificación si no parte y se asienta en el presupuesto de que el ser humano tiene la posibilidad de actuar conforme a las normas jurídicas"³⁹; es por esto que el fin del Derecho Penal se encuentra en castigar todas aquellas conductas o acciones del hombre, que éste despliega, violando las mencionadas normas jurídicas (consciencemente). Esto obliga al derecho a retornar a su base y fundamento ético valorativo, toda vez que el hombre (hablando en el derecho penal), debe ser sancionado cuando en su actuar humano (esto es, teleológico), y no meramente como causante de efectos o resultados, lo cual lo colocaría en el ámbito de los acontecimientos físicos, toda vez que con base en su conocimiento previo de las cosas, puede prever las consecuencias posibles de determinado actuar, proponiéndose entonces objetivos diferentes que no produzcan en un momento dado los resultados dañinos sancionables.⁴⁰

Con base en esto, un acontecimiento que provoca un resultado, desligado de su subjetividad, solo constituye un fenómeno en la naturaleza, y calificar una acontecer como antijurídico, de conformidad con lo expuesto en cuanto a que éste es meramente objetivo, no puede tener ningún sentido en derecho, pues como ya hemos expuesto el derecho sólo debe regular los actos humanos y no el mundo de la fenomenología, en éste sentido, sólo puede ser considerada como antijurídica la muerte causada por

³⁹ IDEM

⁴⁰ WELSEL, HANZ. Derecho Penal. Parte General. Traducción de Carlos Fanatón Balcera. Buenos Aires, 1956.

un ser humano consciente de su provocación, concibiendo esta acción como acción en sentido estricto u omisión. En este sentido podemos afirmar que aún en la teoría finalista cabe accionar por omisión esto es que la importancia de diferenciar un acto humano del que no lo es, estriba en conocer si el sujeto activo predeterminó el resultado, y no en la mera causación del mismo.

Ya desde los primeros siglos de nuestra era, Santo Tomás de Aquino (el cual se basa en el pensamiento aristotélico) puntualiza que la acción tiene un sentido meramente teológico al distinguir entre acción humana, de las demás acciones del hombre, diferenciando en que la primera procede de una voluntad predeterminada o previamente deliberada del hombre, cuyo fin o efecto, pasa al momento de desplegar la conducta en la causa de la misma, mientras que la segunda, es un mero actuar instintivo, sin premeditación ni prevaloración alguna, sin destino a alcanzar una meta, por lo tanto y retomando la concepción tomista, Weiser afirma que la acción humana es siempre final, o es el ejercicio de la actividad finalista, cada vez que el principio de la acción se confunde con su fin.⁴¹

La ley entonces en la concepción finalista debe ser la descripción de la realidad, que ha determinado que ciertos actos deben ser prohibidos por que encierran un injusto en sí mismos.

⁴¹ KARTMANN, Ontología, citado por GARRIDO MONT, Op. Cit.

En razón a lo anterior, insisto en que esta breve (muy breve) referencia al concepto final de acción sólo nos ayudará a comprender con mayor amplitud lo que en líneas posteriores se plasmará, toda vez que tal como lo cita Maurach: "...no existe sector alguno en la teoría del delito que no deje de estar afectado por la posición adoptada en la concepción tradicional o causalista y la finalista del concepto de acción...",⁴² situación en la que también hemos hecho girar el contenido principal de éste trabajo.

En cuanto al legislador la teoría final de la acción limita la creación de leyes, y en nuestro caso tipos penales, de conformidad con lo señalado anteriormente, esto es, que en la determinación del resultado, el legislador, al crear los tipos penales, es soberano; pero en la averiguación del concepto de acción, no puede, sin embargo, el derecho penal apartarse de la realidad, recordando aquella frase de Hegel, en la que señalaba que el derecho sólo puede retratar lo que en la realidad sucede (en los actos humanos).

B. LA AUTORIA

Una vez expuesto brevemente lo anterior, partamos del Derecho Penal Alemán el cual, como ya se ha dicho, ha servido de

⁴² MAURACH, REINHART, Tratado de Derecho Penal, tomo I, Buenos Aires, Argentina.

base y ejemplo para la fundamentación y desarrollo del Derecho Penal de muchos países que se dicen avanzados en esta disciplina, es por esto que también en este trabajo se hará referencia al mismo con mucha frecuencia, ya que en mi concepto el Derecho Penal Alemán tiene en la mayoría de sus pensadores las bases para desarrollar una nueva teoría de la participación y de la autoría, los cuales deben ser conocidos para ser tomados en cuenta en el perfeccionamiento de nuestro sistema legal, no sólo Penal, sino en general, con sus respectivos bemoles que necesariamente presenta nuestra realidad social; además podemos señalar con exactitud que es en la doctrina penal alemana donde se ha escrito abundantemente en materia de participación a diferencia de otros países como el nuestro, en donde el tema ha sido muy poco desarrollado, de esto emana nuestra necesidad de aprender del Derecho Alemán, y estudiarlo, para la realización del presente trabajo.

En éste orden de ideas ya señalábamos en los antecedentes que el Código Penal Prusiano de 1851 que sirvió de base al Código Penal Alemán de 1871, diferenciaba ya entre autoría y participación, consistiendo ésta última en instigación o en complicidad siendo la primera un grado inferior a la autoría mediana y la complicidad un grado menor a la coautoría⁴¹.

En el estudio de éste tema, mucho se aprende, de acuerdo con lo observado, al estudiar la doctrina alemana de la

⁴¹ MAURACH REINHART, Los problemas de la Autoría y la Participación (Conferencia), Publicado en Revista de Derecho Contemporáneo, Escuela Libre de Derecho, México, 1975

Jurisprudencia y de los casos resueltos por el Tribunal Alemán, al respecto uno de los casos más sonados y repetidos es el caso Staschinski, donde día a día surgen nuevas preguntas, así como de muchos otros casos relacionados con crímenes que se cometieron en campos de concentración durante la Segunda Guerra, de donde nace la Teoría de la Participación Criminal Finalista Alemana⁴⁴. Una de esas preguntas fue si podría existir autoría mediata, cuando el instrumento es al mismo tiempo autor, se habla mucho del autor detrás del autor. En estos casos no se trata sólo de meras ideas catalogadas muchas ocasiones como meras abstracciones de la ciencia jurídico penal, especialmente la alemana, criticada en este aspecto, sino que más bien, que tanto en el caso Staschinski como en las penas que se han otorgado a diversas personas por motivo de los crímenes de guerra y los genocidios y atrocidades cometidas en los campos de concentración durante la segunda guerra mundial, por el ejército alemán, nos encontramos, relacionado con este tema, un nuevo y vital problema, a saber: la participación o intromisión de todo un aparato estatal complejísimo, para la comisión de crímenes.

Al respecto es necesario precisar nuestra situación actual, al recordar que este problema se actualiza con los crímenes de guerra cometidos en supuestos campos de concentración en la ex-Yugoslavia, donde se dice que tanto serbios como croatas han cometido unos contra otros, y qué decir de los sucesos que en nuestro país han tenido lugar con la muerte de varias figuras

⁴⁴ Sentencia Bundesgerichtshof (en lo sucesivo=BGHSt), pp.16 y ss. citada por RÖXIN CLAUS, Artículo sobre la Autoría y la Participación en el Derecho Penal, traducción directa del Alemán de Enrique Bacigalupo en "Problemas Actuales de las Ciencias Penales y la Filosofía del Derecho, en homenaje al Profesor Luis Jiménez de Azúa, Ediciones Pannodille, Buenos Aires, Argentina, 1979.

políticas, que en un momento dado, podríamos encontrar el problema de la participación del estado en los mismos, dicho esto como mera posibilidad para el caso de que en nuestro Derecho se diera ése supuesto.

El ejemplo es el siguiente: un complejísimo aparato burocrático, la cual constituye una jerarquía importante, concibe la idea delictiva, misma que pasa por diversos escalafones inferiores en donde la participación de diversos funcionarios se puede llegar a probar con la firma y aprobación o voto de cada uno de ellos, los cuales contribuyen en una pequeña escala a la realización del ilícito, hasta que por último un autor material recibe un plan delictivo de una manera forzada por obediencia a sus superiores, de manera que este acontecimiento pueda ser visto como un hecho completamente ajeno a la voluntad del mismo, ya que dicha orden constituye un imperativo tan categórico, que pudiéramos en un momento dado hablar del pobreto delincuente que con su mano pero sin su voluntad ha ejecutado un crimen, ese receptor de ordenes que siendo tan poca cosa para los demás, podríamos considerarlo como de "baja peligrosidad", frente al peligrosísimo asesino de oficina, el cual detrás de un escritorio puede, incluso contemplar su macabra obra.

Son estos los casos o ejemplos que tiene que solucionar la ciencia jurídica y a manera de paréntesis afirmo que son con base en ellos en que podemos analizar de un modo mas eficaz la teoría de la participación, ya que como Hegel se cuestionaba: ¿Qué debe ser el Derecho sino el retrato de la realidad que rodea al hombre?

Para delimitar la autoría de la complicidad, existen gran cantidad de teorías creadas por múltiples estudiosos del Derecho Penal, de los cuales podemos observar que la mayoría de los casos nos conducen al mismo resultado con criterios diferentes, en éstas teorías se pueden distinguir las siguientes:

B.1 CONCEPTO EXTENSIVO Y RESTRICTIVO DE AUTOR

Esta diferencia es la primera que debo analizar en un sentido meramente lógico, y no así en un sentido histórico, ya mencionado en el capítulo de antecedentes, toda vez que el concepto EXTENSIVO de autor, supone que será autor quien cause el resultado típico, análogo al hecho que el concepto de acción desde el punto de vista causal, reduce la misma (acción) a la causación del resultado, pensamiento surgido en el siglo XIX.¹¹

En algunos Códigos de diferentes partes del mundo, en especial en los Códigos Penales con influencia romana-germana, el concepto extensivo de autor supera las regulaciones inequívocas de instigación y de complicidad argumentando que dichas

¹¹ MAURACH REINHART, Op. Cit. Tratado de Derecho Penal, Tomo II.

concepciones son una forma de autoría, pero que en virtud de la menor peligrosidad del agente reducen la pena, esto es, se convierten en motivos de reducción de la pena, lo cual ocasiona que el concepto de autoría, visto por nuestros códigos, sea de cierta manera inexacto, toda vez que nos lleva a definir la autoría como "todo lo que no es instigación y complicidad"⁴⁶. Lo anterior nos dirige a su vez a concluir que el concepto de autor es secundario, pues lo podemos definir con base en otros conceptos, siendo que en realidad, debería ser el punto de partida para la teoría de la participación y no al revés.

En oposición a éste concepto extensivo de autor, podemos encontrar el concepto "restrictivo" del mismo, que como su nombre lo indica, parte de un concepto de autor más reducido. En éste concepto se considera que tanto la instigación como la complicidad son causas de "extensión de la pena", o agravantes, esto nos indica que el concepto de autoría parte ahora de una manera más natural y lógica, no a través de lo que no es participación, sino que primariamente se examina la posibilidad de una autoría y a continuación la participación, en su caso. Sin embargo si la conducta no cae en ninguna de estas dos posibilidades, ahora es considerada como impune.

Esta restricción del concepto de autor se realizó basado en dos métodos principales: el primero de ellos se basa en el TIPO LEGAL; el creador de estos conceptos (LEOPOLDO ZIMMERL, objetó al concepto extensivo de autor, el hecho de destruir los

⁴⁶ IDEM

tipos legales, sin embargo esta afirmación por sí sola, y en mi muy particular punto de vista, no es del todo acertada, puesto que el concepto causal de acción contempla también el tipo como la descripción de una conducta o de un hecho causal, esto es, la causa del ilícito en sí mismo⁴⁷, por ejemplo, si el tipo dice: "comete el delito de homicidio aquel que priva de la vida a otro", la interpretación que se le da es "quien CAUSA la muerte de otro", por lo tanto, la doctrina del concepto "RESTRICTIVO" de autor se vio en la necesidad de acudir a otros argumentos y criterios. Sostuvo en otro tiempo que en el lenguaje cotidiano, "matar", se entiende como la acción del homicidio y no cualquier causación de muerte, esto es por ejemplo la inducción al homicidio, sine embargo este criterio fue también susceptible de muchas críticas, toda vez que este concepto de autoría no quería negar, precisamente, la estructura de la autoría mediata, el ejemplo del instigador a la muerte de otro.

La respuesta a lo anterior y lo cual constituyó el segundo punto para explicar este concepto, fue la revolución en el pensamiento que causó la llegada de la DOCTRINA O TEORIA FINAL DE LA ACCION, la cual logró que sólo hasta este momento se consolidara y justificara el avance del concepto restrictivo de autor, y se consolidara de igual forma la multiplicidad de críticas contra el concepto extensivo, el cual a su vez se basaba en un concepto de acción pero basado en la doctrina causafista.

⁴⁷ ROXIN CLAUS, Problemas actuales de las Ciencias Penales y la Filosofía del Derecho en homenaje al Profesor Luis Jiménez de Azúa, Editorial Pannedille, Buenos Aires, Argentina, 1970.

Según esta doctrina final de la acción, la acción no se agota en una causación de un resultado, sino que es más bien una dirección final al hecho típico. De esta manera la autoría se limita al DOMINIO de determinados procesos que nos conducen a la consumación del suceso típico.

La autoría por tanto y con base en lo anterior podemos afirmar que se basa en este "dominio" de procesos naturales que podemos englobar directamente en lo que constituye la autoría inmediata, o bien en la autoría mediata, esto es, también en el dominio de personas no libres ajenas, mientras que la PARTICIPACIÓN solo se define como la COOPERACIÓN EN UNA CONDUCTA FINAL AJENA⁴⁸. En relación con el autor culposo o imprudente no puede actuar finalmente, lo cual constituye actualmente el único muro a vencer por la doctrina finalista, no podemos distinguir las formas de participación o cooperación para él mismo, ni siquiera la participación ajena en su propia conducta. El autor imprudente por tanto, siempre será autor sin participación de otro agente, y no podrá ser instigado ni encubierto, sino podría en un momento dado, ser utilizado como un instrumento ciego, por parte de otro autor mediato⁴⁹.

Ahora pasemos a analizar el segundo de los conceptos o teorías que explican la participación que se refiere a la diferencia entre el concepto formal y material de autoría, dejando a un lado

⁴⁸ WELSEL HANS, Op. Cit.

⁴⁹ ROXIN CLAUDIUS, Op. Cit.

la primera diferencia referente a la autoría desde el punto de vista extensivo y restrictivo.

8.2. CONCEPTO FORMAL Y MATERIAL DE AUTOR.

El primero de los tratamientos en relación con lo anterior se refiere principalmente a la IMAGEN EXTERIOR DEL ACTO. De acuerdo con esta teoría autor es quien comete el hecho de propia mano, mientras que los demás participantes en el hecho ilícito deberán ser considerados como cómplices. Este pensamiento se ha denominado TEORÍA FORMAL OBJETIVA.⁵⁰

Siendo esta doctrina una de las más claras en cuanto a la distinción "teórica" entre autores y cómplices, su aplicación en la vida cotidiana y principalmente en el tratamiento que la Ley pudiera dar a las conductas ilícitas ocasiona graves injusticias. Lo anterior por tanto resulta contrario a cualquier mente lógica, toda vez que es la doctrina legal la que intenta guiar o dirigir al derecho y si por tratar de distinguir una conducta de otra se ocasionan injusticias estamos creando Derecho por demás contrario a su mismo fin, lo cual es tema más bien de una discusión de tipo

⁵⁰ IDEM. En el mismo sentido MAURACH, Op. Cit.

filosófico y no meramente científico y legal el cual se intenta realizar en el presente trabajo, sin dejar de mencionar que es importante aclarar todo lo anterior antes de analizar esta teoría con profundidad.

Podemos mencionar el siguiente ejemplo: si el jefe de una banda que con alguna señal especial dirige algún robo a gran escala, se le debe castigar sólo como cómplice, siendo realmente los empleados de éste, los que realizan materialmente y por propia mano el acto ilícito, y toman la cosa ajena mueble, siendo todos estos los autores únicos, y por lo cual -según esta teoría- debe castigárseles con mayor severidad que al director del robo y que posteriormente se llevará la mayor parte de las ganancias.

Este criterio, sumamente ilógico y esquemático no sobrevivió mucho tiempo, aun cuando muchas personas siguen creyendo en él.

Sobra mencionar que en ésta teoría no se puede explicar de ninguna manera el caso multimencionado de la autoría mediata, toda vez que el autor de propia mano resulta el sujeto inimputable o simplemente no punible, cabe aclarar que existió una modificación a esta teoría al comprender los autores de la misma, que cabía la autoría mediata cuando por una razón cualquiera, no hubiera podido castigarse al autor material por autoría dolosa³¹,

³¹ BETTIOL GIUSEPPE, Op. Cit

como en el caso en que el ejecutor no tiene edad suficiente para ser responsable de delito (menor de 18 años en nuestra legislación), o bien, por haber cometido dicho ilícito por error o por coacción. Lo anterior también es criticable y precisamente en el ejemplo en que el tutor irresponsable obliga al menor a robar, cayendo en el absurdo de tener que tratarlo como autor primero y posteriormente como instigador cuando el menor deje de serlo, esto es que el menor que robaba obligado cumpla la edad de responsabilidad criminal.

En éste supuesto tocamos un tema sumamente difícil, y que no es motivo del presente estudio, sin embargo es prudente mencionar como nota al margen, que la edad de responsabilidad criminal, no debe ser exacta, como lo intenta nuestra Ley en un claro ejemplo del incesante, irracional y absurdo lusopositivismo a ultranza en que vivimos, pues hemos observado en múltiples casos que depende de muchas circunstancias el que una persona pueda ser considerada como penalmente responsable en razón a su edad, esto es, que puede una persona ser en extremo inimputable aun a los 19 o 20 años, y existen quienes a los 13 años ya deberían responder penalmente por las fechorías que cometen, sin tratar de crear una máxima en este planteamiento, sino, como dije antes, una nota al margen.

A continuación expondré algunas de las teorías materiales mas importantes desde mi punto de vista, mismas que tienen por finalidad, remediar las constantes deficiencias que hemos analizado en las teorías formales.

Estas teorías tienen como un común denominador el tratamiento de la autoría y de la participación dependiendo de cada caso en particular, tratamientos que pueden ser muy distintos. La principal diferencia entre las doctrinas, a saber, material y formal es semejante a la distinción entre las doctrinas objetiva y subjetiva.

Ya expuse una doctrina objetiva que fue la "teoría formal objetiva", la cual como hemos expuesto, y después de tanta crítica podemos concluir que es insatisfactoria, por esto trataré en adelante el criterio objetivo que se aparta de los aspectos y conceptualizaciones meramente formales, que se refieren principalmente a que es autor quien realiza el delito de propia mano, tratando de determinar autores y por consiguiente partícipes de conformidad a criterios un poco más sutiles.

Sin embargo, es oportuno aclarar que las teorías materiales también pueden caer un poco en los conceptos extensivo y restrictivo de autor, ya expuestos con amplitud.

Podemos mencionar entonces, que pertenece al concepto restrictivo de autor la TEORÍA SUBJETIVA DE PARTICIPACIÓN, la cual también podemos considerar como una teoría meramente material, producto de un pensamiento causalista en el derecho penal, toda vez que si la acción se agota en una pura causación de resultado, limitándose el tipo penal a describir este proceso de tipo causal, ya no parece posible distinguir entre las

diversas aportaciones al hecho de tipo OBJETIVO, en vista de que todos los elementos descritos resultan suficientes como requisitos para la causación del resultado. Esto lo han reconocido diversos autores de suma importancia representantes de las teorías subjetivas de la participación como lo fue Von Buri, eminente Jurista y Juez en el Tribunal Supremo del Reich, aclarando que dicha teoría ha tenido gran éxito en la jurisprudencia alemana, por lo cual fue terriblemente defendida en el Tribunal Supremo del Reich, desde que éste fue fundado en 1879 hasta su disolución en 1945 siendo importante declarar que el tribunal Federal Supremo no se ha apartado de la misma, lo cual resulta de suma importancia toda vez que juristas actuales mexicanos quieren copiar estas teorías, de acuerdo a sus conocimientos y estudios en Universidades Alemanas¹¹.

Toda vez que no es posible realizar distinciones en el campo de lo objetivo, no queda mas que una posibilidad, que es desplazar la distinción entre las aportaciones al hecho y las aportaciones al campo de lo subjetivo. Todos los seguidores de las teorías subjetivas, pugnaban por defender el llamado "animus auctoris" y el "animus socii", de esto se desprende que resulta autor quien desea como propio el hecho común, y resulta cómplice el que quiere el hecho delictivo como algo ajeno, esto es que sólo coopera pero no quiere en sí el resultado del mismo.

Esta última apreciación es del todo Intrascendente, porque como sabemos es muy difícil probar "Intenciones" y nuestro

¹¹ MAURACH REINHART, Los problemas de la Participación. Op. Cit.

derecho es cien por ciento prueba, mientras que la fórmula de querer como propio el hecho, solamente es un resumen del estudio detallado de los elementos constitutivos de un tipo penal determinado, particularmente los elementos objetivos. No olvidemos que Prometeo al robarse el fuego para los hombres no se convirtió de autor en un mero cómplice, por el hecho de no haber querido para sí o como propio, sino que fue castigado como autor del mismo. En la práctica alemana los juristas de la época opinaron que los tribunales aceptaron con beneplácito en muchas ocasiones esta teoría, toda vez que con el "querer como propio el hecho", creían que podían prescindir de la averiguación exacta del suceso objetivo del hecho ilícito, olvidando uno de los logros más grandes de la doctrina para el derecho, que fue la prueba indiciaria; de esta manera los tribunales mediante un criterio intuitivo, castigaban en virtud de la peligrosidad como autores o como cómplices, lo cual para los defensores abrió una puerta enorme ya que como muchos mencionaron "no fue difícil disimular y disminuir o de plano cubrir el ánimo de autor en virtud de no haber querido el hecho como propio con un poco de retórica bien formulada. Por esto la teoría estudiada al crear cierta inseguridad jurídica fue quedando en el olvido.

Existen constancias de que el Supremo Tribunal del Reich consideraba que debía castigar como cómplice al que hubiere realizado la conducta típica incluso de propia mano, pero con falta de voluntad de autor e interés personal en el resultado típico, mientras que al que inducía a otro a cometer un resultado típico con un interés suficiente en el resultado lo consideró como autor y aplicó a este la pena como tal⁵².

⁵² MAURACH REINHART, op. Cit., Tratado de Derecho Penal, Tomo II.

Lo anterior resulta complicado a primera vista pero simple en la claridad de un ejemplo, es el caso de la ayuda que solicita una mujer a su hermano para asesinar a su marido por el mal trato que éste último le ha dado, y debilitada en la cama de un hospital pide a su hermano que le ayude, el hermano realiza la conducta típica, pero según este criterio se debe castigar a la mujer como autor y al hermano como cómplice pues falta en éste el interés de producir el resultado, así como la voluntad de autor, requisitos estos dos que nos indican con precisión el pensamiento finalista al respecto de la participación y la complicidad. Esta teoría nos presenta el grave problema de la actitud de la jurisprudencia entre la seguridad jurídica y la justicia, además de ser en sí misma un duro golpe a la dogmática del derecho penal, ya que aun cuando la tarea de la jurisprudencia consista en encontrar el castigo justo en cada caso particular, y no en hacer pagar con rigor a los sentenciados la cuenta sangrienta por las teorías jurídico penales, resulta de relevancia que en determinados casos se rompa esa dogmática en favor de un caso individual. Por esto, en el caso Staschinski, ya comentado varias ocasiones, se quiso desvalorizar el hecho, y así poder otorgar una pena menos grave a quien había sido inducido con todos los medios de ideología y formación para cometer crímenes en nombre del Servicio Secreto Soviético.

Aún cuando estas teorías revolucionaron el pensamiento y concepción del Derecho Penal, crearon a la vez una tendencia contraria, es decir a la objetivización, toda vez que las cuestiones subjetivas, eran utilizadas muy a menudo por los Tribunales para disminuir o manipular de acuerdo con sus intereses las sentencias, lo cual en la mayoría de las ocasiones sobrepasaban los límites

tolerables para cualquier jurista. Siempre es la voluntad y flaqueza humana ante sus propios intereses los que ocasionan que en un momento dado, las teorías se vengán abajo y sean al final letra muerta, pensemos soamente, que el simple término de seguridad jurídica se ha realizado para frenar la debilidad humana frente a la justicia, ya que siempre se sobrepone a ésta, el interés personal.

En este sentido, recuperando el tema que nos ocupa, fue sumamente notorio en Alemania el hecho de que la teoría subjetiva, en los días actuales, ya no se utiliza en su forma más pura, sino que más bien se niega al autor la posibilidad de elevarse con su animus sobre la realidad, esto quiere decir que la VOLUNTAD DE AUTOR considerada con uno de los requisitos, junto con el INTERES EN EL RESULTADO, debe referirse siempre a hechos objetivos y por lo tanto susceptibles de prueba, en especial el llamado dominio del acto, o mejor dicho DOMINIO DEL HECHO; con lo anterior podemos concluir que en determinadas circunstancias objetivas, como por ejemplo cuando el hecho se realiza de propia mano, el autor NO puede ser considerado como partícipe por la intromisión en el estudio de su propia voluntad.²⁴

Sin embargo, lo anterior nos aparta de nueva cuenta de las consideraciones subjetivas que como defensor podríamos en un momento dado llamar para disminuir justamente la pena de un delincuente. Hay que aclarar que en México, hoy en día, la tendencia es hacia la teoría finalista que como se mencionó con

²⁴ IDEM. En el mismo sentido ROXIN, Op. Cit.,

anterioridad resulta importante pero que causó en su tiempo en países como Alemania críticas graves contra los Tribunales.

Hoy en día la tendencia es desvalorar las teorías subjetivas, podemos decir que en cierta forma se niega al autor la posibilidad de elevarse con su "animus" o intención, por encima de la realidad, en razón, claro está, de la lógica situación que se nos presenta en la práctica al manifestarse el problema de la prueba sobre el "animus", por lo tanto hoy en día no se aleja por completo de las teorías subjetivas, pero no podemos afirmar categóricamente que se practican las teorías subjetivas en su forma más pura, sino por el contrario, que dichas teorías subjetivas se deben ceñir en primer lugar a que la VOLUNTAD del autor⁵⁵ debe referirse a ciertos HECHOS OBJETIVOS que se han denominado como dominio del hecho, y en segundo lugar, debe el autor referirse a esas CIRCUNSTANCIAS OBJETIVAS y especialmente cuando realiza de propia mano el tipo, es prácticamente imposible que se convierta en partícipe por su sola voluntad. Cabe mencionar que ésta tendencia se presenta principalmente en países que podemos considerar avanzados, como lo son Alemania, Suiza o Italia, entre otros, que se han dado cuenta de todo lo antes mencionado, sin embargo es bueno prevenir en éste momento de la experiencia de los demás, toda vez que nuestro país tiende a estos aspectos y conocimientos que en otros países ya han causado daños en la práctica.

⁵⁵ CARRARA FRANCESCO, Derecho Penal, Colección Clásicos de Derecho, Editorial Harla, México, 1993.

Lo anterior no aporta "casi" nada a nuestro objetivo, que en realidad sería determinar lo más justo a cada caso, lo cual en el Derecho Penal es muy difícil de lograr, en virtud de la Interpretación estricta de la Ley, considerando en del presente trabajo que la mejor forma de lograr la justicia en cada caso, no es la sola Interpretación, sino el dominio total de las teorías aquí vertidas que nos pueden permitir en un momento dado, tener una gama muy superior de conocimientos aplicables a cada caso; retomando lo anterior, resultan las restricciones a las teorías subjetivas antes mencionadas sin consecuencias grandes para la dogmática jurídica, ya que en el primer caso, la VOLUNTAD DEL AUTOR se deben referir a ciertas características (HECHOS) OBJETIVAS(OS), que son irrelevantes para la forma de participación, esto es, que si coinciden las características objetivas del hecho con la voluntad del autor estamos ya en el campo de la TEORÍA OBJETIVA, esto quiere decir que si la voluntad del autor va más allá del dominio objetivo del hecho, y no llegara a consumarse, nos encontramos en lo que la dogmática penal ha denominado TENTATIVA. Por lo anterior es que la única aportación posible de la Teoría Subjetiva (con restricciones) nos aporte algunos resultados positivos en aquellos casos en que el partícipe en un hecho delictivo erróneamente cree ser autor por razones objetivas (es por esto que resulta conveniente conocer todas estas teorías: pongo el caso del defensor que una vez que su cliente ha confesado ser autor argumente esta teoría limitadamente subjetiva y pueda en un momento dado salvar a su cliente, por haber caído este último en un error como el siguiente: el caso de coautoría cuando un partícipe crea y confiese haber prestado una aportación relevante al hecho sin el cual no se pueda realizar el ilícito, mientras que en realidad su ayuda no ha servido de nada a los autores principales. Por otra parte en la autoría mediata cuando un instigador utiliza a un enfermo mental como instrumento para cometer un ilícito, pensando y creyendo que lo es, mientras éste

no es ningún enfermo mental y por lo tanto resulta imputable, dominando por este aspecto el curso del hecho (iter criminis).

Por otra parte la segunda restricción a la teoría subjetiva presenta ciertas críticas, como pueden ser el que si en ciertas circunstancias no se permite que el autor se convierta en participe por voluntad propia, resulta que son los criterios objetivos los que en realidad predominan, apartándonos de la teoría subjetiva²⁴

Estas dos restricciones junto con la falta de consecuencias que presenta la teoría subjetiva limitada, han sido superadas mediante la llamada teoría MATERIAL OBJETIVA de la autoría, la cual ha predominado por completo en la teoría alemana de hoy en día, la cual analizo a continuación.

B.3. TEORIA MATERIAL OBJETIVA (TAMBIEN LLAMADA FINAL-OBJETIVA)

Toda vez que esta teoría fue influida y creada a partir del CONCEPTO FINAL DE ACCION, muchos doctrinarios como WELSEL, la han llamado como TEORIA FINAL OBJETIVA, sin

²⁴ WELSEL, HANS, Op. Cit.

embargo, debemos considerar antes de entrar a su explicación y estudio, que sus bases y fundamentos los podemos encontrar anteriores al surgimiento de la teoría final de acción; por esto es posible pensar que el mismo Hans Welser, haya basado sus primeros estudios del concepto final de acción en pensamientos que haya estudiado primero en la teoría de la participación, pudiendo afirmar inclusive, que pudo haber inspirado su teoría en los estudios de participación y autoría realizados por LOBE, cuando ya dividía entre *animus auctoris* y *animus domini*.⁵⁷

La base de la presente teoría es expuesta con gran maestría por ROXIN en un estudio realizado en la que determina perfectamente el concepto central de esta teoría constituido por el antes mencionado DOMINIO DEL HECHO.⁵⁸

Esta característica en torno a cual gira el ser considerado como autor si se tiene el dominio del hecho, o cómplice o instigador en caso de que falte este dominio sobre el hecho, presenta ciertas variantes, en función de las críticas antes mencionadas:

a) En primer término el dominio del hecho se presenta en "autoría directa", cuando de acuerdo con la teoría formal-objetiva, el sujeto activo comete el hecho típico de propia mano,

⁵⁷ MAURACH, Tratado ..., Op. Cit.

⁵⁸ ROXIN, Op. Cit.

salvando el obstáculo de la crítica que realiza la teoría subjetiva antes relatada con el concepto de "dominio de la acción", pues según ROXIN: "...es la cualidad propia de la acción lo que determina al ejecutor como autor."

b) La segunda variante se presenta en la autoría mediata, la cual define el autor como "dominio de la voluntad", donde una persona es usada como herramienta para cometer la voluntad ilícita de otro, aclarando que existen tres formas de cometer este delito, de conformidad con la teoría finalista, esto es, de acuerdo con el retrato de la realidad:

b.i.) La utilización de una persona que obra por error, y por lo tanto al no percasarse de los hechos no puede resistirse a la voluntad ajena, como por ejemplo el típico caso del sujeto que estando en un aeropuerto pide al amigo lleve de regreso un "paquete" a su destino, sin saber que en realidad se encuentra "traficando drogas. Este dominio de la voluntad, en el caso del sujeto que obra por error puede lograrse disimulando al que realiza el hecho típico las circunstancias que rodean a la conducta típica o engañando y dando al suceso típico un carácter discintio.

b.ii) La segunda posibilidad de la autoría mediata reside en el uso de la fuerza, esto es "dominio de la voluntad con coacción", en la cual no profundizo al ser evidente su explicación.

b.ii) El dominio de la voluntad mediante un aparato de poder organizado, el cual ya se ha explicado al hablar del caso Stachinski, del que sólo cabe resaltar que no cabe como en el caso del autor de propia mano la detención en la determinación al hecho. Mediante oposición o resistencia, resaltando que la herramienta en éste caso puede ser cambiante, manteniendo ese aparato organizado el control de la realización del hecho. No cabe hablar de los Inimputables porque en opinión del autor, la cual comparto, caben perfectamente en el caso de error, al resultarle irresistible el impulso que lo obliga a actuar.

c) La tercera forma de dominio del hecho lo es la llamada por el autor "autoría funcional", en la cual varios sujetos colaboran al hecho con distintas funciones, unas con mayor responsabilidad (en sentido estricto, no jurídico), otras con menor responsabilidad. Pero con el común denominador de que si falta una de esas acciones que concurren al hecho no existiría delito y por eso todas dominan de alguna manera el hecho delictivo. Me parece muy acertado el ejemplo en donde el robo se realiza con uno que amaga a la víctima y otro que sustrae la cosa, situación que de realizarse sólo por una persona no se podría llevar a cabo, siendo importante señalar que se presenta en el caso en que de no contribuir un sujeto con su conducta, no se podría llevar a cabo el suceso.

Debemos de considerar asimismo, que la esencia del dominio MATERIAL del hecho deriva directamente del concepto final de acción; esto quiere decir que "acción humana" es la acción volitiva, finalmente dirigida a una meta, la autoría se

caracteriza principalmente por el "dominio del hecho"; por otra parte podemos considerar que dominio del hecho puede definirse como la conducta dolosa que permite a una persona determinada tener en sus manos el curso del suceso típico, y que en un momento dado pueda ser completamente determinante para que éste se realice o no, la dificultad también estriba en que puede - objetivamente hablando- existir un cómplice o cooperador que puede con su voluntad interrumpir o determinar la continuación de la realización del resultado (entendiendo este último como un todo)⁴⁴.

Lo anterior permite también, determinar la diferencia que puede existir en un momento dado, y con mayor precisión entre coautoría y complicidad, o la diferencia entre autoría mediana e instigación.

Cuando la teoría material objetiva pretende determinar la COAUTORIA, se basa principalmente en la teoría FORMAL OBJETIVA, toda vez que ni siquiera la teoría material objetiva aquí estudiada, nos permite en un momento dado, invocar falta de dominio del hecho a quien realizó el hecho típico de propia mano, lo cual es una característica que hoy en día nuestros tipos contemplan. En el caso Staschinski, debe considerarse al agente secreto como autor, lo cual resulta en una justicia mejor, en razón a que la teoría subjetiva olvida el requisito de los tipos en la parte especial del Derecho Penal; en cuanto a la realización del tipo de propia mano, para considerar como autores a aquellas personas que realicen "por sí" el hecho ilícito.

⁴⁴ MAURACH, Tratado..., Op. Cit.

Lo anterior claramente nos presenta la importancia que para el Derecho Penal representa el TIPO PENAL, lo cual no ovida esta teoría creando en mi concepto un gran acierto que otras doctrinas no tienen. Sin embargo es muy importante diferenciar que el que la doctrina material objetiva solo se encuentra "basada" en éste concepto de autoría restrictivo y vinculado al tipo penal, no quiere decir que copia la concepción de la doctrina formal objetiva lo cual hace superar por mucho esta última, lo cual se vendrá explicando paulatinamente en las líneas siguientes.

La aportación principal de esta doctrina, es que no se queda en la sola realización de propia mano para considerar a una persona como autor, sino, tal como lo hace la teoría formal objetiva, va más allá, considerando a todo aquel que tenga el dominio sobre el hecho como autor, aunque éste último no coopere de propia mano, y puede ser autor teniendo el multimencionado dominio del hecho ya sea SOLO o en CONCURSO con otras personas que, si tienen el dominio del hecho, serán considerados como autores. Esto concede a los juzgadores -en ocasiones atados de manos por la ineficacia de los tipos penales- la posibilidad de castigar como autores -y por lo tanto con más severidad- a aquellos jefes de la banda que ni siquiera se toman la molestia de "ensuciarse las manos" para realizar sus fines, sino que dirigen vía radio la operación planeada.

Lo anterior es un ejemplo de lo que el dominio del hecho aporta a la dogmática penal, por esto es que la presente

doctrina, desde mi muy particular punto de vista, resulta la mas adecuada para determinar la pena mas justa con base en la previa determinación de autores y partícipes en el hecho delictivo, asimismo, esta doctrina permite determinar la situación mas verídica al existir concurso de personas en el delito, en relación con las teorías hasta ahora expuestas. Por ejemplo la clásica, por no decir típica, figura del que "cuida" o se encuentra al acecho durante un robo, por ese simple hecho no se puede negar o afirmar tajantemente la existencia o no de participación o autoría, ni siquiera mediante el dominio del hecho, esto es, el que alguien "cuida" a otro mientras realiza un hecho delictivo, no nos permite distinguir si el citado sujeto que "cuida", tiene o no el dominio sobre el hecho, sino que la determinación misma del dominio sobre el hecho se realiza mediante el estudio de las "CIRCUNSTANCIAS" concretas que deberán ser determinadas por el Juez mismo, esto es la prueba indiciaria o la inducción reconstructiva la cual se ha convertido en la prueba de pruebas o la reina de las pruebas, es también indispensable en la determinación del dominio del hecho y por lo tanto en la distinción entre autores y cómplices, lo cual no se analizará a fondo en el presente estudio, pero pretendo quede claro lo anterior, para impedir confusiones entre doctrina y práctica jurídica penal, lo cual nos puede llevar a la confusión de determinar el dominio del hecho con presupuestos puramente dogmáticos⁶⁰.

Lo anterior, es fácilmente comprobable y será mucho mas claro mediante el siguiente ejemplo: El caso del robo a casa habitación que en determinadas circunstancias resulta tan

⁶⁰ ROMERO HERNANDEZ, MARIA DE LA LUZ. La Inducción Reconstructiva como Medio de prueba en el Derecho Procesal Penal, Tesis Profesional, 1970

arriesgado, que sólo una protección cuidadosa lo hace posible, podríamos afirmar (y con muchas dudas siendo tan simple este ejemplo) que "el que cuida" podría tener en un momento dado el **DOMINIO DEL HECHO**, toda vez que sin su aportación al resultado típico, nos encontramos en el caso de la imposibilidad material de la consumación del robo. Por otra parte la cara opuesta de la moneda nos la da el ejemplo del robo en el cual "el que cuida" solo proporciona al que ejecuta de propia mano el robo, una medida de seguridad adicional al logro de los fines ilícitos, esto es, que con o sin la ayuda del citado cómplice "que cuida", de todas formas se hubiera verificado el resultado típico; en ciertos casos las circunstancias mediante las cuales un Juez podría determinar -a manera de ocurrencia- si existe o no dominio del hecho se verifica en la participación del botín ya que la criminología y psicología del delincuente nos indica que los jefes de bandas organizadas saben perfectamente evaluar dicha participación en el hecho, y con base en lo anterior ellos mismos determinan los "honorarios" -dicho esto sarcásticamente-, que a cada cooperador corresponde. Es de esta forma en que colocándose en el lugar del delincuente u en su forma de pensar, puede un Juez determinar el grado de aportación al hecho.

Resulta ahora importante, desde un punto de vista muy personal, plantear la crítica que podría presentar esta doctrina, siendo indispensable replantear lo hasta ahora expuesto en la presente teoría material objetiva mediante la aplicación de la teoría subjetiva, sin que esto signifique contradicción alguna en el presente trabajo, sino con un interés meramente didáctico y de análisis dogmático.

Resulta evidente además, dicho esto como segunda aclaración, que en el Derecho Penal, en especial el moderno que hoy en día nos ha tocado vivir, es presupuesto fundamental la aplicación estricta del mismo y sobre todo de los preceptos legales que lo rigen, sin olvidar como se mencionó en el capítulo de antecedentes, en especial el Derecho Romano, que el mejor Juez (dígase Jurisconsulto aunque tales términos no signifiquen lo mismo) es aquel que mediante su prudencia, determina "lo justo" en un caso concreto, lo cual no significa que pretenda realizar una tesis en el sentido de devolver al Derecho el carácter casulístico que lo llevó a estar muy por encima de las demás disciplinas, y olvidar el hoy muy criticable iuspositivismo racionalista en extremo que tanto daño nos ha hecho, que sin embargo, hay que reconocer nos ha otorgado una "seguridad jurídica" que nosotros mismos tenemos la necesidad de buscar, ante la masa incesable de corrupción, maldad, cinismo y ansia de poder que ha terminado por envilecer actualmente al género humano y que constituye el principal obstáculo a vencer por parte del Derecho, así como la profunda ignorancia de la gente que crea el derecho, sin conocimiento alguno incluso de la vida misma, toda vez que mucha gente sin un mínimo de cultura cree comprender mejor las relaciones interhumanas; dicho sea lo anterior, solo procede continuar con la crítica a la citada teoría material objetiva, por medio de la teoría subjetiva pura.

Para lo anterior tomemos de nueva cuenta el caso Staschinkij, el cual nos presenta la posibilidad de plantear las desventajas de ésta doctrina. En cierto modo es del todo claro que resultaría injusto, de conformidad con los términos anteriores, aplicar la teoría material-objetiva al agente secreto, toda vez que desde nuestro punto de vista solo fue un instrumento que obedeció

las ordenes de todo un cuerpo colegiado y legalizado (de ahí mi crítica al iuspositivismo racionalista, ya que no todo lo legal resulta ser lo bueno y lo justo) para privar de la vida a otro hombre, es el arma legal en manos de un gobierno para acabar con la vida de otro; en este caso me inclino por la doctrina subjetiva, toda vez que la material objetiva nos indica que debemos castigar como autor a aquel que realice de propia mano el resultado típico; en este caso la doctrina subjetiva nos parece mas justa en razón a que ante ésta podemos alegar como defensores que el citado agente sólo fue instrumento y no autor, por lo tanto cómplice o participe en un hecho del cual él no deseaba vehementemente el resultado, y que aún cuando él no participara en el suceso, de todas formas se realizaría el mismo, y él no sería el enjuiciado.

Pongamos ahora el ejemplo de aquel que solicita a otro lo prive de la vida, esto es, que el autor realiza el hecho en interés ajeno, es el caso de una víctima que tiene cansancio de vivir y pide a otro lo ayude a acabar con su existencia, sin embargo no permitimos tampoco que la doctrina subjetiva nos diga que aquel que se suicida con ayuda de otro permita al que prestó la ayuda ser absuelto como cómplice, y no castigado terriblemente como autor, eso ya es una exageración, sino que mas bien nos permite atenuar su pena en beneficio de la petición que el suicida realizó. Así podemos plantear también el caso de el suicidio doble, dos personas que se ponen de acuerdo para realizar un crimen y que en un momento dado lo llevan a cabo pero una de ellas muere y la otra no, en este caso la teoría material objetiva castigaría al sobreviviente como autor por haberlo realizado de propia mano, sin embargo este resultado resulta injusto, siendo la única opción para atenuar la pena: la teoría subjetiva.

Esto no quiere decir otra cosa sino lo afirmado con anterioridad y lo cual será expuesto en su oportunidad en el capítulo de conclusiones, esto es, que todas las teorías antes expuestas sólo combinadas nos proporcionan un criterio más justo para determinar el concurso de personas en el delito, ante la imposibilidad de ampliar el criterio de interpretación de la Ley Penal, la cual es estricta, pero que en muchos casos ocasionan severos conflictos incluso de conciencia a los Jueces, que atados de manos aplican determinada ley porque "así debe de ser" siendo ésta totalmente injusta en un caso concreto y bajo determinadas circunstancias; por tanto, sólo la combinación y utilización de cada teoría al caso concreto nos proporcionaría o ayudaría a determinar casuísticamente lo debido de cada quien.

Esta última teoría expuesta en relación con el dominio del hecho, hace posible diferenciar perfectamente no sólo la autoría de la complicidad, sino también nos permite distinguir entre la autoría mediata y la instigación. Con lo anterior podemos decir con gran acierto, que en la teoría moderna, la tesis del dominio sobre el hecho, ha permitido determinar al autor en sus diversas formas a saber: autor único, coautor y autor mediato.

Planteamos aquí también otro problema, ahora de la teoría subjetiva, toda vez que en el caso del instigador, éste tendrá el "animus auctoris", toda vez que el hecho ilícito y punible proviene de la mente perversa de aquel que planea e incita a otro a realizar la conducta.

Es cierto también que la diferencia entre la autoría mediata y la instigación, esto es la delimitación de una con respecto a la otra, en términos más precisos, se ha planteado con mayor fuerza hasta nuestros días, toda vez que hasta los años cuarentas y cincuentas, la participación sólo era posible en las acciones que fuzran "punibles", esto es en conductas típicas, antijurídicas y culpables, análisis realizado por el derecho alemán, como ya se expuso en el capítulo de antecedentes.

Lo anterior nos llevaba al absurdo de considerar sólo autor mediato, a muchas cuestiones que en realidad podían ser consideradas como instigación, esto quiere decir que en realidad y debido al concepto de autor secundario, era que la autoría mediata, resultaba ser la "solución a la laguna" que existía para los casos en que no era posible determinar la instigación por el concepto de accesoriedad rígida, que existía en la doctrina, antes del surgimiento de la teoría subjetiva. Para entender de una manera más clara lo antes expuesto debo decir que la concepción "tradicional", no permitía el hecho de que inducir a una conducta no antijurídica o no típica era instigación y no autoría mediata, de aquel que con base en la teoría subjetiva, pudiéramos determinar esa fina diferencia entre instigadores y autores mediatos, la cual desde el punto de vista de la pena resulta trascendente, toda vez que de acuerdo con lo anterior una instigación pasaría de ser impune a punible. Un ejemplo de lo anterior, es que en Alemania después de la Segunda Guerra se castigó a personas que denunciaron a otros que bajo el amparo de leyes antijurídicas nazis fueron castigados por esa denuncia, considerando a los primeros

(denunciante) como autores mediatos; por otra parte se consideró como autores mediatos a instigadores al suicidio⁶¹.

Según lo anterior, se abandona posteriormente esa accesoriidad rígida para entrar a una denominada "accesoriidad ilimitada", aceptando que existía instigación aún en hechos en el que se demostrara finalmente la inculpabilidad del ejecutor, sin embargo, no existía como tal la instigación sino que siguió siendo considerada como autoría mediate.

Este criterio fortaleció el concepto de instigador, por lo cual en un estado de necesidad, o cualquier excluyente de responsabilidad por parte del ejecutor e inducido, se debe examinar si el inductor tuvo en un momento dado el dominio del hecho, esto es si en un momento dado abusó de la voluntad del inducido como una persona no libre para realizar el hecho.

Ahora bien no procede aplicar el criterio anterior en dos casos muy específicos a saber: a) cuando los instigados sean personas o menores de tal forma desarrollados que sean capaces de arrepentirse, y b) cuando se encuentre que el inducido es una tercera persona extraña la cual ya se encuentra en el estado de necesidad y se le aconseje el librarse de tal situación de una manera antijurídica, es el caso que el dominio del hecho se presenta sólo cuando el inductor ha provocado tal estado

⁶¹ MAURACH, Los Problemas de la Autoría y de la Participación. Op. Cit.

doiesamente, provocando en el Inducido una condición de aflicción.

Sin embargo, a pesar de lo antes expuesto resulta claro que la accesoriidad limitada no resuelve el problema en caso de no existir conducta típica, esto es que en la acción no típica o realizada conforme a derecho, es imposible que exista instigación.

Lo anterior aplicable al caso del suicidio antes mencionado, significa que el Inductor será castigado sólo en el caso en que la instigación sea dirigida a lograr el suicidio engañando o amenazando al Inducido entre otras formas de influir sobre el ánimo del mismo, lo cual determina el dominio sobre el acto.

A todo lo anterior, la tesis del dominio sobre el hecho ha creado la incógnita de saber si en el caso en que el inductor tenga tal dominio sobre el hecho y el ejecutante realice una conducta típica, antijurídica y culpable, esto es plenamente delictiva, deberá ser considerado como instigador y por ese hecho castigado como tal. Esto nos ha llevado al concepto de "autor detrás del autor" creado por Richard Lange.⁶²

⁶² IDEM

Esto nos lleva a castigar como autor a un instigador que habiendo actuado sobre una persona que comete el delito en todos sus elementos, en otra época sería castigado sólo como cómplice y por lo tanto con una pena menor. Es el caso de un individuo el cual planea matar a su enemigo y en un momento dado una tercera persona se entera de éste hecho y envía a su propio enemigo para que la primera persona se confunda y lo mate. Aún así la persona que se equivocó cometiendo error en la persona, es castigado como homicida, sin embargo a la tercera persona que envió a su enemigo, también se le considera como autor "detrás del autor", de lo contrario sólo iba a ser castigado -en otras circunstancias y de manera por demás injusta- como cómplice a quien en realidad quería el resultado típico.

Otros casos de autor detrás del autor resultan ser los siguientes ejemplos: aquellas personas que son utilizadas para cometer un delito y que en estricto sentido no alcanzan el grado de Inimputabilidad o de coacción pero que se encuentran entregadas al 100% al instigador en su voluntad; asimismo, el caso del asesino que convence a otro para matar a un tercero diciéndole que éste se encuentra también armado y lo mata siendo que el occiso nunca estuvo armado ni con ánimo de perjudicar a alguien, por lo tanto ha engañado al instigador en las características agravatorias, convirtiéndose el instigador en autor detrás del autor por un homicidio calificado.

Esta última teoría y sistema para determinar la participación se complica en verdad, con aquellos tipos que exigen una calidad específica en el sujeto activo, es el caso de los delitos

cometidos por funcionarios públicos, esto es, que aún cuando un funcionario público sea utilizado para la comisión de un delito, resulta que el inductor no funcionario, no puede ser autor detrás del autor, porque carece de la calidad específica requerida por el tipo penal para la comisión del delito.

Asimismo, en relación con el ejemplo anterior, en la comisión de delitos en tránsito de vehículos sólo el conductor tiene la obligación de no abandonar el lugar del accidente, siendo el caso que el inductor acompañante del citado conductor hace creer al conductor que no había pasado nada, conminándolo a abandonar el lugar y continuar su marcha, sin embargo aquí se nos presenta un problema que en delitos culposos no cabe decir que existe dominio del hecho para determinar si en un momento dado existe o no instigación. Podemos concluir que no debe la instigación llenar las lagunas que producen que ciertas conductas sean impunes.

En el caso inverso, esto es, cuando un funcionario comina a un no funcionario público a realizar un determinada conducta que resulta ser delito de funcionarios, surge la cuestión de cómo puede existir autoría mediata de un hecho no típico, al no darse la calidad específica que el tipo penal requiere, siendo la respuesta a lo anterior que puede darse la autoría mediata de un instrumento no típico, aunque en un momento dado no existe dominio del acto al no ser una conducta típica, toda vez que faltaría un elemento constitutivo del tipo penal, que es la calidad de funcionario en el autor material,

Será entonces finalmente objeto de la dogmática el considerar que sólo mediante la legislación constante de las lagunas que presenta la ley podrá castigarse totalmente conductas que en ciertos casos resultarían impunes.

Con todo lo anterior y ante la multiplicidad de opiniones solo reiteramos lo que señalaremos con mayor fuerza en las conclusiones al presente trabajo, y es que no cabe a la luz de tantas teorías, con tanta razón, descartar a ninguna, sino descubrir sus errores en la aplicación práctica, para aplicar el adecuado, ante la ineficacia de nuestras leyes.

"Sólo es posible captar las diversas formas posibles de correalización delictiva, mediante un método orientado a la descripción de los fenómenos reales de la vida, buscando penetrar en su estructura fundamental."

CAPÍTULO V

LA PARTICIPACION:

Antes de entrar al análisis que nos plantean los dogmáticos en relación con la participación, debemos puntualizar que es el Derecho Alemán el que ha venido a inspirar lo que hasta este momento se ha expuesto; es por esto que debemos recordar que desde la entrada del Código Prusiano en 1851, fue el Derecho Alemán el que distinguió con claridad entre el concepto de participación por una parte, y la autoría por otra parte.

Paradójicamente, esta división entre autores y partícipes no implica una clasificación entre un delito cometido por una persona y un delito cometido por un concurso de personas, esto es, no implica que la autoría sea el delito cometido por una persona y la participación contemple todos los casos de delitos en concurso de personas, tampoco implica que la participación

abarque todos los casos de cooperación de varias personas, queriendo decir con esto que en los casos de delitos cometidos en concurso de personas pueden los sujetos que concurren realizar actos como propios y por lo tanto ser autores y no solamente partícipes.

Un ejemplo muy evidente de lo anterior es la coautoría la cual forma parte de la autoría y no de la participación, como la contemplan algunos códigos, y cuya clasificación para los teóricos del Derecho Penal resulta anticuada y obsoleta⁴³. Otro caso de la cooperación o concurso de personas que podemos clasificar como autoría y no como participación es la denominada Autoría Mediata, la cual fue expuesta con anterioridad ampliamente⁴⁴; en efecto, en esta categoría el inductor es autor y por lo tanto no puede considerarse como partícipe, resultando en la mayoría de los casos y mediante un análisis de las circunstancias que rodean el hecho ilícito, que el sujeto que comete materialmente el delito es un instrumento utilizado por el autor mediato, que tiene en su voluntad el dominio del hecho, y por lo tanto ese instrumento o arma mortal en las manos del malvado será impune. Sin embargo hay que anotar que en otras ocasiones éste instrumento utilizado es cómplice y en ocasiones según las teorías antes expuestas, puede ser considerado, incluso, autor detrás del autor, y por lo tanto, autor del hecho⁴⁵.

⁴³ MAURACH, Tratada.... Op. Cit., Tamo. II

⁴⁴ Vid. Supra p.49

⁴⁵ Vid Supra p.132, in fine

No obstante todo lo anterior, también tengo que puntualizar que existen casos que tampoco caen dentro del concepto participación por causas diferentes a las anteriores, esto quiere decir que no todo puede ser calificado como participación cuando no es autoría. Lo que pretendo explicar es que existen también algunas conductas que no pueden ser consideradas como participación por otros motivos y no sólo por el hecho de ser autoría.

A. CASOS QUE SE EXCLUYEN DE LA PARTICIPACION

En primer lugar, podemos considerar el caso de la PARTICIPACION NECESARIA, que en estricta técnica jurídica no puede ser considerada como la auténtica participación que hemos venido mencionando⁶⁶. Este tipo de participación, se presenta cuando el tipo penal exige como uno de sus elementos constitutivos, el hecho de la cooperación de varios sujetos.⁶⁷

Sin embargo, en este caso de participación necesaria, no existen, técnicamente hablando, problemas complicados que resolver desde un punto de vista doctrinario, toda vez que para

⁶⁶ MAURACH, Tratado, Op. Cit., Tomo II

⁶⁷ MEZGER EDMUNDO, Tratado de Derecho Penal, Traducción de José S. Rodríguez Muñoz. Madrid, 1955

efectos de la pena (que finalmente es la razón pura del presente estudio), todos los sujetos que concurren en la comisión del delito obtienen la misma pena (exceptuando por supuesto individualización de la pena por otras causas.).

La problemática, insistimos, se presenta cuando en uno o varios de los partícipes, aún en participación necesaria, no le corresponde la misma pena que al otro, o inclusive, resta impune a la conducta del otro; cuando la ley dispone la punibilidad de ambos partícipes de manera expresa, no existe el problema a resolver, esto se produce cuando la conducta antijurídica de ambos partícipes se dirige al otro sujeto.

Desafortunadamente, la ley no expresa con claridad en todos los casos la pena que se merece cada sujeto que concurre en la comisión de un delito, y mucho menos determina cuando se produce la impunidad del participante necesario. Podemos resumir que resulta una dificultad cuando se presentan dos causas: la primera que la ley no determine la pena por lo menos a uno de los partícipes, y la segunda cuando la conducta de uno de los partícipes no se dirige hacia un autor. Un ejemplo de lo anterior resulta la evasión de preso, que siendo dos los que concurren en la realización del tipo, al que se castiga con mayor severidad y por la conducta desplegada es el que auxilia al preso a escapar; tenemos que considerar que se castiga también al autor del tipo cuando el que va mas allá de su papel pasivo, instigando o incluso prestando una ayuda material para la consumación del delito, lo cual lo convierte en cómplice.

De todo lo anterior sólo podemos concluir que el ámbito de la PARTICIPACION NECESARIA, es siempre muy discutido porque, volvemos a lo mismo que hasta ahora he expuesto, el problema se presenta casuísticamente.

El segundo de los casos se presenta en el encubrimiento. Desde un punto de vista meramente tédrico, el Derecho Penal, ha distinguido entre delitos de encubrimiento real y delitos de encubrimiento personal de la participación. En este sentido, resulta necesario puntualizar que en un momento dado el autor enlaza su conducta al hecho que resulta punible cometido por un agente distinto, sin influir directamente en su comisión.

Esta figura fue considerada como "auxillum post factum", esto es una especie de "complicidad en segundo grado", hoy en día nuestro derecho mexicano la ha incluido dentro de la Parte Especial del Derecho Penal, sin embargo, en algunas legislaciones extranjeras sigue siendo considerada como complicidad en segundo grado. Cabe preguntarnos, aún en nuestra legislación, ¿que pasa con el encubrimiento prometido con anterioridad a la comisión del hecho, y debidamente premeditado por su ejecutor?, hay quienes determinan que debe considerarse como complicidad, y no como encubrimiento, otros como agravante al encubrimiento, porque resulta de tal manera importante que sin esa ayuda, el delito o no se da, o bien, dándose resultaría fácilmente descubrible.

Otra cuestión importante es la coincidencia de la participación y el encubrimiento personal, en delitos permanentes o continuos, como es el caso de la privación ilegal de la libertad, la solución podrá darse al considerar, desde mi punto de vista, que existe en este caso, determinado de nuevo por el dominio del hecho, el encubrimiento permanente para el caso de una privación ilegal de la libertad, en el caso en que sus actos no determinen dicha privación, esto es, que no tenga el dominio del hecho sobre el tipo, pero si constituya un motivo para la continuación y permanencia en el tiempo de dicho tipo.

Existe también el caso de la tentativa en la participación en la que la consumación del delito se ve interrumpida y por lo tanto no podremos hablar de participación como tal, sino de encubrimiento.

Otro delito que se puede excluir de la participación lo es la omisión de no denunciar un crimen cuando éste se encuentra en el momento de su preparación, o bien cuando el mismo se está realizando y se tiene la oportunidad de dar aviso del mismo. Como ya vemos en la teoría subjetiva, es el dominio del hecho fundamental para determinar si existe participación o autoría, pero en este caso toda vez que la no denuncia o encubrimiento, en nuestra legislación, no influye directamente a la consumación del delito, no cabe aplicar esta teoría; tampoco se puede aplicar directamente esta teoría porque la no denuncia constituye un hecho ajeno a la consumación del delito, y mas bien podemos decir que está en función de aquel delito. Sin embargo, a pesar de las

consideraciones anteriores, es importante decir que este delito lo constituye su posición antagónica frente al fin del Derecho Penal en nuestros días, que a pesar de ser tan criticado, sigue vigente, el cual se refiere a la prevención del delito; esto es, que resulta un deber denunciar un delito en preparación o en el momento de realización, con la finalidad de evitar que se cometa el crimen, no para esclarecerlo; por esto es cuestionable el hecho de castigar la no denuncia de un crimen una vez perpetrado, lo que ha sido denominado también como delito de infracción de deber.⁴⁸

Quedan excluidos por otra parte, también del ámbito de la participación, aquellos delitos llamados de organización, como lo es la asociación delictuosa, la cual representa un peligro al derecho moderno el cual podríamos llamar "protector" en cuanto a las actividades en que se ha atribuido el Estado, el cual teme que en un momento dado la toma de poder, pudiera realizarse violentamente, es por esto que el Estado se ha encomendado castigar aquellos indicios de rebelión.⁴⁹

Otro grupo de estos delitos sustraídos del ámbito de la participación, son las formas en que expresamente, la legislación determina como autoría, eludiendo de esta manera las dificultades que presenta la teoría de la participación.

⁴⁸ En este sentido ROXIN, Op. Cit.

⁴⁹ En este sentido FIERRO, J. GUILLERMO, Op. Cit. Y MAURACH, Los Problemas..., Op. Cit.

A pesar de todo lo anterior, y de las limitaciones y aspectos excluyentes de la teoría de la participación, ésta no queda del todo limitada, lo cual se podrá notar a partir de la exposición siguiente.

B. ASPECTOS GENERALES EN LA TEORÍA DE LA PARTICIPACIÓN

Partiendo de la base que la participación consiste en la facilitación de un hecho ajeno, o en ocasiones en la inducción a tal hecho, tenemos que considerar antes que nada, lo que algún viejo maestro decía: para que exista guiado de liebre debe existir la liebre, por lo tanto en éste caso, debe existir antes que otra cosa el hecho ajeno sobre el cual se participa. Por esta relación íntima con el hecho ajeno, la participación es un concepto, en sí, dependiente del ilícito principal, esto ha sido llamado como "accesoriedad" de la participación⁷⁰, la cual se manifiesta en la posibilidad de que el partícipe sea castigado respecto a determinados presupuestos del acto principal.⁷¹

⁷⁰ GARRIDO MONT., Op., Cit.

⁷¹ WELSEL, HANS, Op. Cit., SEGÚN Welsel la Autoría accesoria consiste en la cooperación de varios en la producción de un resultado típico sin entendimiento previo, sin embargo sólo tomamos como concepto sin analizar el entendimiento previo lo cual complicaría en este momento la definición del término accesoriedad.

Este requerimiento de la dependencia de la participación respecto del acto principal, también ha sido pasada por alto por la teoría subjetiva, antes expuesta, tal es el problema que se presenta cuando un inductor cree actuar como instigador o cómplice, resultando que la persona sobre la que actúa no tiene voluntad propia por determinada razón, resultando en realidad no ser cómplice, sino autor mediato.⁷¹

El problema surge cuando la teoría subjetiva permite que una persona cometa un delito creyendo ser cómplice, siendo que en realidad es autor, castigándolo con un pena de cómplice y no de autor, lo cual nos presenta un caso de participación sin accesoriidad, toda vez que no existe acto principal ajeno sobre el cual participe el agente, lo cual sí permite la teoría de la participación desde el punto de vista subjetivo; grave error.

Todas las formas de participación se caracterizan por la dirección dolosa de todos y cada uno de sus cooperadores, lo cual implica que en un hecho punible cuiposo, no es posible distinguir entre participación y autoría, de esta forma el partícipe actúa siempre dolosamente, por otra parte cuando el hecho del cual se desprende la cooperación resulta ser un hecho cuiposo, tampoco podemos hablar de participación, sino de autoría mediata del inductor, como ya se expuso anteriormente, por faltar en el sujeto que comete el ilícito la voluntad de realizar el hecho injusto.

⁷¹ ROXIN CLAUS, Op. Cit.

Sin embargo no sólo es importante el actuar doloso de cada uno de los agentes, autores y partícipes, sino también la coordinación necesaria entre el actuar de el o los partícipes con el o los autores. Para que exista complicidad, el acto que el autor principal cometa, debe ser el acto al que fue instigado o al que se le ha ayudado dolosamente, de lo cual podemos distinguir entre un "exceso cualitativo" si al cometer el acto el autor principal comete un acto distinto, o, "exceso cuantitativo"¹², si realiza más o menos de lo previsto en el dolo del partícipe, y por lo tanto no reprochable al mismo.

Como última característica que debe reunir el partícipe, es que su dolo se dirija a la consumación del delito, esto es a querer el resultado, lo cual no se presenta cuando estamos ante aquel provocador que pretende frenar la consumación de los actos que indujo, cuando estos se encuentren en el grado de tentativa, bien sea deteniendo al agente o autor principal él mismo, o bien entregándolo a las autoridades; por lo cual el agente provocador será impune frente al inducido. Es también apreciable una crítica contra esta actividad, toda vez que de no haber inducido al autor principal, existe la posibilidad de que el autor principal no hubiese llevado a cabo el acto, esto es que el provocador llevó al autor principal a ese estado de culpabilidad en el que se ha colocado, y por lo tanto merece ser castigado también.

¹² CARRARA, Op. Cit. la define como intención críminosamente distinta, sin embargo me parecen más correctas la diferencia que realiza MAURACH, en Los Problemas ..., Op. Cit.

Esta teoría hasta ahora expuesta es conocida con el nombre de teoría de la culpabilidad, para resolver la participación, existiendo por otra parte la teoría de la inducción o del favorecimiento, que ve la esencia de la participación solo en la inducción al injusto ajeno o bien a la ayuda o protección brindada para la realización del mismo. Podemos concluir de las explicaciones antes vertidas, que la participación es solamente una cooperación dolosa a un hecho también doloso, por parte de uno o varios agentes.

El error o crítica que padíamos mencionar de esta última teoría de la inducción, es el hecho de que la instigación o el puro favorecimiento no pueden merecer una pena mayor que del hecho propio, caso contrario el de la teoría de la culpabilidad, en que esto puede suceder.

C. LA ACCESORIEDAD EN LA PARTICIPACION:

Ya hemos situado que el elemento fundamental de la participación resulta ser la accesoriidad, entendida como la existencia de un hecho del cual depende la existencia de esa participación, esto es, el hecho mismo ajeno al cual esta supeditada la existencia de la participación.

Analizando mas a fondo la conducta, debemos precisar, que de la misma manera en que el tipo para ser plenamente consumado debe pasar por un "Iter criminis", de la misma forma la accesoriadad en la participación ofrece aspectos distintos; esto quiere decir que debemos aclarar antes que nada cuál debe ser la fase que debe existir para que la participación sea punible, esto es determinar lo que los teóricos han denominado "accesoriadad cuantitativa"⁷⁴; sin embargo debemos aclarar que esto no es lo único que influye la existencia o no de participación, sino también aspectos generales del autor principal como lo son que su conducta sea típica, antijurídica y culpable, lo cual ha sido denominado como "accesoriadad cualitativa"⁷⁵.

La accesoriadad cuantitativa antes referida, no presenta ninguna problemática cuando la conducta del autor principal alcanza por lo menos el grado de tentativa (en pocas palabras la realización de una conducta típica).

En éste último caso el partícipe merecerá una pena por participación en la tentativa, no importando que la pena sea reducida dos veces con relación a si se hubiera cometido el delito principal, esto es, una vez por concepto de la tentativa y la otra por concepto de participación. Por lo anterior podemos concluir

⁷⁴ MAURACH, en Los Problemas ..., Op. Cit., En el mismo sentido sin denominarla de tal forma pero insistiendo en el criterio de graduar la participación, GARRIDD MONT, Op. Cit., asimismo, en el mismo sentido denominando autoría funcional, que en nuestra criterio deberíamos denominar participación, divide en grados de aportación al hecho ROXIN, Op. Cit.

⁷⁵ MAURACH, IDEM, también habla de Autoría secundaria en Tratada..., Op. cit.

que es imposible castigar como participación un hecho que ni siquiera se ha intentado.

Sin embargo, esto resulta un poco ilógico en relación con la Justicia como fin del Derecho, porque cabría preguntarse nuevamente que pasa cuando el hecho no presenta vestiglos ni siquiera de tentativa. Por simple que parezca, esto resulta ser un problema de importancia.

Existen delitos que por meras circunstancias personales pueden ser considerados como calificados. Y si por ejemplo existiera una calificativa que ampliara la pena de un homicida, y dicha calificativa partiera de un hecho personal del autor principal, cabría preguntarse entonces si para poder castigar al partícipe habría que imputar al inductor las agravantes que se presenten en el principal⁷⁴, y por el contrario, qué pasaría si tal inducción no creara una voluntad y el instigado no cometiera ilícito alguno. Tales cuestiones se resuelven mediante la llamada accesoriidad cualitativa antes mencionada, que a continuación trataremos:

En este caso el tratamiento dado a la participación se ha extendido a costa de la autoría mediana en la mayoría de los casos.

⁷⁴ Para la solución, en el sentido del presente Trabajo vid Supra: pp.81

Lo anterior se resuelve volviendo a lo elemental: la participación solo existe en caso de concurrir con un hecho ajeno, dolosamente, así pues solo podrán aplicarse las calificativas con las que se castiga a una autor principal, cuando el partícipe hubiera tenido el mismo grado de dolo, así por otra parte cuando la instigación sea inútil sólo estaríamos en presencia de una autoría mediate en grado de tentativa, debiendo analizar para cada legislación las características que debe tener la tentativa para ser considerada como tal. Por lo tanto podemos concluir que un partícipe es culpable solo de la instigación que realizó por ejemplo, y no de las características personales que empleó el autor principal para cometer el delito, que en un momento dado agravarán su pena.

El caso inverso es muy difícil de resolver: esto se presenta cuando el instigador conoce plenamente las agravantes del delito que cometerá el inducido, pero siendo éste último desconocedor de dichas agravantes, pudiendo hablar de un dolo más grave en el caso del partícipe y de un dolo hasta cierto punto mesurado en el autor principal; la respuesta vuelve a ser la misma, esto es la autoría mediate la cual nos auxilia a determinar incluso una pena más grave para el instigador que utiliza un elemento ciego (en este caso parcialmente ciego) para cometer sus fechorías; sin embargo recordemos un poco la llamada teoría del autor detrás del autor, la cual nos puede ser de gran utilidad para solucionar este problema.⁷⁷

⁷⁷ Vid Supra: pp.81

De lo antes señalado cabe concluir la rigidez e injusticia con la que, en ocasiones, se tratan las diversas conductas que pueden desplegar los sujetos que concurren en la comisión de un delito, y decimos injusta puesto que en muchas ocasiones la punición del partícipe se hace depender del delito cometido por el autor principal, lo cual resulta en la mayoría de los casos injusto, ya sea en beneficio o perjuicio del partícipe, cabría entonces diferenciar en que elementos son aplicables al hecho en sí, y que elementos son personales al autor principal o al partícipe en su caso, para determinar con mayor precisión la pena, bajo un criterio más justo; sin embargo hay que reconocer de nueva cuenta que esto solo queda en el plano de la dogmática, toda vez que es muy difícil en ocasiones, diferenciar entre unos y otros.

También hay que considerar en nuestro derecho el caso de que partícipe o autor, tengan en su haber, algún antecedente penal, el cual influirá en el momento de determinar su peligrosidad, lo cual en muchas ocasiones deberá realizarse una vez individualizada la pena, toda vez que hacerlo antes corresponderá al criterio injusto de compartición de elementos que hemos venido exponiendo.

Otro problema se plantea cuando en los tipos que exigen en el sujeto activo alguna calidad específica¹⁸; tal es el caso de los delitos cometidos por funcionarios, en donde, cuando un no

¹⁸ MARQUEZ PIÑERO RAFAEL, Apuntes personales. De Parte especial de Derecho Penal.- Modelo Lógico, en el mismo sentido DLGA ISLAS, en Revista de Derecho Contemporáneo, Editado por Escuela Libro de Derecho, México, 1975.

funcionario instiga a un funcionario, puede verse en el supuesto de quedar impune, a viceversa, el caso en que el funcionario instigue a un no funcionario, caso en que el cual, será el autor el que quede impune y el funcionario instigador, debiendo ser castigado por autoría mediata. A estos extremos nos ha llevado el luspositivismo a ultranza, que parece pretender antes que la justicia, la seguridad jurídica. En este caso habría que legislar en la parte general de nuestro Derecho sobre la concurrencia, incluso de las características o elementos personales o especiales que agraven, atenúen o excluyan la pena, para el autor y el partícipe, y siendo muy específicos en los casos aplicables.

El problema de la accesoriadad cualitativa, abarca también el de la dependencia con los demás elementos del delito como lo son la antijuridicidad y la culpabilidad, dejando de lado la punibilidad, la cual depende de circunstancias especiales, y ya vistas en el párrafo que antecede⁷⁹.

En el caso de la antijuridicidad, es lógico declarar que la participación cabe, siempre que el autor principal actúe contrario a derecho, tal es el caso del actuar de una persona en legítima defensa, a menos de que la situación que provocó la legítima defensa haya sido creada artificialmente por el partícipe, en donde existirá autoría mediata, debiendo considerar que en cualquier otro caso el partícipe estará exenta de la pena.

⁷⁹ MAURACH, en Los Problemas ..., Op. Cit.

En el caso de la culpabilidad si tenemos que decir que la responsabilidad del partícipe no es dependiente de la culpabilidad del autor. Los casos mas comunes de independencia de la participación a la culpabilidad del autor lo son la imputabilidad y el error de prohibición en el ejecutor, recurriendo de nuevo, para el hecho de castigar la conducta injusta del partícipe con la autoría inmediata, ejemplo de esto es el padre que incita a sus hijos a robar, debiendo ser castigado como autor y no como partícipe por las características especiales de sus pupilos, esto es inimputables, sin embargo cuando estos inimputables "por la ley" se encuentran a tal grado malteados y en posibilidad de algunos años convertirse en imputables, podremos hablar de instigación (repito: dogmáticamente hablando), volviendo con esto a un principio básico de la doctrina del Derecho Penal: la prioridad del autor con respecto al cómplice.

Sobrarían multitud de temas para exponer sin embargo resultaría interminable el presente trabajo, el cual se dirige a poder conocer acerca de las teorías que analizan la autoría y la participación, con la única finalidad de poder precisar mas la pena, con base en un criterio mas justo para el sentenciado, lo cual también permitirá en crear criterios para la separación de los reos, (pensando en que no pueden estar juntos autores con partícipes, por el grado de peligrosidad de los primeros con los segundos: "los contaminan") y en criterios para individualizar con mayor eficacia las penas para cada concursante en el delito.

"La esperanza dada para evadir un delito, es auxilio para cometerlo"

BARTOLO

CAPITULO VI

CONCLUSIONES

La enseñanza consecuente del estudio antes desarrollado, nos señala varios puntos sobre los cuales podríamos determinar los criterios que esta tesis pretende aportar.

1. En un principio, y previo a la conclusión en el tema central, debo señalar que no comparto la opinión de Garrido Mont, ya que indica que el Jurista debe buscar incesantemente sistemas que nos ayuden a precisar la normatividad aplicable a una conducta determinada, esto es, que el pensamiento jurídico debe dedicarse a crear criterios aplicables a las conductas del hombre.

Es mi opinión que el Jurista no busca incesantemente establecer sistemas que le suministren solamente principios precisos y claros que permitan distinguir a las personas a quienes se puede imputar la comisión de un hecho penalmente reprochable, de aquellas personas a las cuales no corresponde realizar dicha atribución, esto mas bien es el logro de las escuelas modernas para la enseñanza del Derecho, las cuales sólo pretenden formar juristas preocupados por este hecho y no por la Justicia, que si final resulta ser el verdadero objetivo de quienes por lo menos en algún tiempo se dedican al estudio de esta noble profesión, por lo tanto contrario a dicho pensar es el hecho de forjar juristas comprometidos con el conocimiento y el la obtención del único fin del derecho, la Justicia. lo anterior sirva de preámbulo para determinar la dirección que toman las presentes conclusiones, que en realidad lo es en buscar en cada caso la resolución mas justa, incidiendo precisamente en la pena a la cual se hace acreedora cada persona que interviene en la comisión de un hecho ilícito.

II. Entrando en materia podemos dividir este apartado en dos grandes rubros, que a fin de cuentas, corresponden a las dos vertientes en que hemos dividido el estudio del presente tema: el causalismo y finalismo en el concurso de personas.

Por lo anterior, podemos afirmar respecto de la concepción tradicional que no podría en verdad llevarnos a una conclusión total al estudio de éste tema, porque tan amplia es la conducta del hombre como la participación o el encubrimiento, o mas bien, generalizando: el concurso de personas en el delito.

Sin embargo, quiero hacer notar tanto el esfuerzo de la Ley como de la doctrina (principalmente la causalista), para tratar de entender la conducta delictuosa del hombre, recordando que en materia penal (de nuestro sistema jurídico mexicano, es decir la tradición romana germánica), no cabe la analogía, por lo que debe la Ley abarcar los casos más extremos que pudieran darse como consecuencia del actuar ilícito del hombre.

La figura típica por tanto, no sólo debe analizarse en proyección del comportamiento del sujeto activo, sino también en proyección a personas y acciones diversas de las que la figura menciona específicamente. Con esto, en el ámbito del causalismo el tipo no sólo debe contemplar un concurso de delitos, o examinar la tentativa, sino también la participación de otros individuos, aún de manera indirecta en la comisión de un ilícito, ampliando al concepto no sólo de tipo, sino de sanción del mismo, por lo tanto de tomar en consideración la presente teoría y los criterios aplicables en razón a la misma, debemos pensar en un tipo de gran extensión que contemple todas y cada una de las circunstancias posibles a ser realizadas por la conducta humana.

Ante esta conclusión defectuosa que nos provoca la teoría causalista de la acción encaminada al concurso de personas en el delito, es que la teoría finalista debe entrar para sustituir viejos criterios que deforman la realidad político social del hombre actual, y sobre todo supliendo la deficiencia que provoca la multitudada teoría causalista en la búsqueda del hombre por la justicia a través del Derecho.

En éste sentido, cabe recordar que ya en algunas épocas las barbaridades de la Ley, debido a la codificación, y a la sistematización del derecho, han llevado al hombre incluso a su autodestrucción, citando por ejemplo la época en donde el iuspositivismo a ultranza elevó la Ley hasta el grado de endiosarla, convirtiéndola en un ser todo poderoso, del cual el hombre no podía escapar, aún cuando tratase su contenido de un injuso; esto indica que el "racionalismo" del hombre común, no puede por ningún motivo ser planteado en la Ley, siendo preferible, actuar conforme al pensamiento de los juristas y los criterios que éstos emitan, y no conforme a la obediencia ciega a la Ley, la cual, por mucho, no puede regular, como lo mencionamos anteriormente, todas y cada una de las conductas humanas.

Es por esto que ambas concepciones del concurso de personas a la luz de los diversos autores que hemos venido citando, nos permiten, (contrario al artículo 14 constitucional) interpretar la Ley Penal, sin violar el principio de legalidad que sustenta nuestro sistema jurídico criminal. Esto se logra, en virtud de que aún cuando la Ley no contemple determinado supuesto, la dogmática nos permite encaminar un determinado hecho, hacia la Justicia, fin evidente del derecho. Como ejemplo de lo anterior insisto en el caso Staschinkl, en el cual a la luz del causalismo, puede verse como un homicidio cometido de propia mano por dicho sujeto, y por lo tanto que éste sea considerado autor del mismo; sin embargo, a la luz del finalismo y principalmente de la doctrina del dominio del hecho, si en un momento dado, el burló que premeditó y concibió el homicidio hubiera contraordenado al espla, éste, en obediencia a su gobierno, no hubiera realizado el

ilícito, por lo cual convertimos a un autor, para el causalismo, en un partícipe para el finalismo, con fundamento en el mismo precepto legal que contempla el magnicidio.

Cabe puntualizar, que el citado principio de legalidad y de interpretación estricta en materia penal, no sería violado por ningún juez o Tribunal que resolviera, en el segundo de los sentidos planteados en el párrafo inmediato anterior, si dicho juez o Tribunal funda y motiva su sentencia; eso es, dicho principio comprende dos aspectos a saber: la fundamentación y la motivación, y si la autoridad resuelve en derecho, citando preceptos legales de su actuar, considerando como configurados los elementos constitutivos del tipo penal de que se trate, pero al momento de motivar condena por participación y no por autoría a quien realiza de propia mano un ilícito, fortalece dicho principio de legalidad, y no lo contraviene.

Así, recapitulando, podemos apuntar que el criterio que en esta tesis se establece, como conclusión de lo hasta ahora expuesto se resume a dos puntos principales:

1.- Las reformas a las Leyes penales, esto es Código Penal para el Distrito Federal, en materia común y para toda la República en materia Federal, así como los de Procedimientos Penales, tanto a nivel local como federal, han sido meros intentos por sacudirse una corriente tradicionalista, que ya pesa demasiado a través de los años, pero que no ha llegado a alcanzar sus objetivos, creando una

combinación de teorías que no han cumplido su cometido y si por el contrario han complicado el procedimiento y las resoluciones judiciales, toda vez que los tribunales no han podido entender los criterios finalistas sobre los cuales se basan las reformas a la Ley, dictando resoluciones en las cuales abundan los absurdos y la palabra "finalismo" sin entrar por completo al estudio en si de la acción, desde el punto de la vista de la corriente creada por Wetsel.

Esto quiere decir, que si la legislación mexicana opta por un finalismo, es necesario sacudir todo el rezago cultural característico de nuestras legislaciones.

2.- En éste segundo punto podemos establecer que permanecer en la teoría causalista es tanto como negar el progreso ideológico jurídico, sin embargo, no estamos en posibilidad de negar dicha teoría en su totalidad, toda vez que en ciertos casos y bajo determinadas instituciones, puede resultar de utilidad para resolver problemas que no estén contemplados debidamente por la teoría finalista.

Lo anterior quiere decir que también sería un error admitir por completo la teoría finalista, ya que aún contiene muchas lagunas que no han sido resueltas, como lo es en relación con los delitos culposos que para algunos expositores dicha doctrina deben negarse como tipos penales al amparo de la tesis final de la acción. Como corolario de lo anterior podemos

establecer una posición ecléctica, la cual proviene de la apertura que un jurista debe tener, al plantearse una situación determinada, debiendo utilizar estas teorías en sentido amplio y con la única finalidad de resolver prudencialmente.

Lo anterior quiere decir que las tesis anteriores deben ser auxiliares en la solución casuística a que debe someterse una opinión, resolución, acusación o defensa, sin dejar de lado ninguna de ellas toda vez que las circunstancias de la realidad que debe reflejar el derecho no alcanzan a ser contempladas por la Ley, debiendo resolver el caso concreto, mediante los criterios u opiniones de los doctrinarios en la materia. Criterios que en ningún caso son considerados en la práctica.

Aún con lo mencionado en los dos puntos anteriores, consideramos que las futuras reformas a la Ley deben contener un criterio más abierto, o en su caso, si intentan abordar una de las tesis aquí planteadas, determinar un criterio aplicable a los casos que se presenten y que resuelven si no todos, la mayoría de los asuntos que se plantean a diario ante los tribunales, esto es, adoptar una doctrina, que si bien no puede ser uniforme, sancione en justicia el problema del concurso de personas en el delito, calificando de partícipe, cómplice o de autor a las personas que hubiesen cometido un ilícito contemplado en la norma jurídica aplicable, e incliniendo tal denominación en la individualización de la pena del sujeto de que se trate, castigando con mayor o menor rigor según sea el caso.

Sin contravenir lo anterior, pensamos que la teoría expuesta que mayor número de casos pudiera resolver es la teoría del dominio del hecho, (de corte finalista), la cual se propone sea regufada dentro del artículo 13 del Código Penal, y no a través de la mera determinación causal del sujeto que realice o coopere con el resultado típico.

Es un hecho que la única manera de crear un mejor sistema de derecho criminal es aplicando en justicia las penas, lo cual sólo puede suceder determinando el grado de participación o en su caso autoría con que un individuo pueda haber concursado en la comisión de un ilícito, sólo esto acerca al derecho penal al fin moral para el cual fue creado.

Así hemos concluido el presente trabajo, pensando en posibles soluciones al problema planteado, y podemos concluir en diversos sentidos, como el expuesto, en el sentido de buscar por encima de intereses políticos el concepto unitario de autor, o la aplicación de el derecho casuístico, situación que en el derecho penal parece imposible, en razón como se mencionó también el problema que es -en este caso- el derecho constitucional: el cual limita la justicia a la legalidad, y con razón al conocer la debilidad del ser humano, y la deficiencia de nuestras autoridades, aún aplicándose determinadas teorías, habrá que cuestionarse entonces, como para tema de futuro estudio si vale la pena que los autores de hoy mediten en nuevas teorías para la teoría del derecho en general, no sólo en el ámbito penal, o lo que los estudiosos deben pensar es en cómo implementar un sistema en que las autoridades funcionen y logren los fines que la sociedad necesite, como en el

caso del derecho es la justicia, independientemente de la teoría que apliquen.

"Cabe siempre cuestionarse si es dado moralmente al hombre impartir justicia, o sólo impedir que se cometan injusticias."

BIBLIOGRAFIA.

1. ACERO JULIO, Procedimiento Penal, Ensayo Doctrinal y Comentarista sobre las Leyes del Ramo del D.F. y del Estado de Jalisco, Cuarta Edición. Editorial José M. Cajica, Puebla, Puebla, México, 1956.
2. ALBA MUÑOZ JAVIER y MENDOZA IGLESIAS IGNACIO, Apuntes del 2o.-B de la carrera de Derecho en la Escuela Libre de Derecho, recopilación personal.
3. ANTOLISEI, En su obra Manuale de Diritto Penale, Parte Generale, Giuffrè. Milano 1947, p.280
4. BOUSAT, Traité Theorique et Practique de Droit Penal, Dalloz, Paris, 1951.
5. BETTIOL, Diritto Penale, (Derecho Penal Parte General) Priulla, Palermo, Traducción de José Luis Pagano. Bogotá, 1965.
6. CARRANCA TRUJILLO Y CARRANCA Y RIVAS, Código Penal Anotado, Editorial Porrúa, México, 1972, 1994.
7. CARRARA FRANCESCO, Derecho Penal, Colección Clásicos del Derecho, Traducción y Compilación, Enrique Figueroa Alfonso, Editorial Haria, México, 1993.
8. CASTELLANOS FERNANDO, Lineamientos elementales de Derecho Penal, (Parte General), Trigésima edición, Editorial Porrúa, México, 1991.
9. CAVALLO, Diritto Penale, Giuffrè, Milano, 1955.
10. DE BENEDETTI, ISIDRO, Anotaciones en torno al Derecho Penal Privado en Roma, en Revista de Ciencias Jurídicas y Sociales de la facultad de Cs. Js. y Ss. de la U.N.L., año X (3ra época), 1945 num. 45-46 (Santa Fe 1945) Pág. 157.

11. DOHNA, ALEXANDER GRAF ZU, La estructura de la Teoría del delito. Traducción Carlos Fontan Balestra y Eduardo Friker. Buenos Aires, 1958.
12. FIERRO, J. GUILLERMO, Teoría de la Participación Criminal, EDIAR, Sociedad Anonima Editora, Comercial, Industrial y Financiera, Pág. 117
13. GARRIDO MONT, MARIO, Etapas de Ejecución del Delito. Autoría y Participación, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, Chile, 1984.
14. GOLDSTEIN RAUL, La culpabilidad normativa, Buenos Aires, Argentina.
15. GONZALEZ DE LA VEGA FRANCISCO, Derecho Penal Mexicano, Vigésimo Segunda edición, Editorial Porrúa, México, 1988.
16. GROIZARD y GOMEZ DE LA SERNA, ALEJANDRO D., El Código Penal de 1870 (Salamanca 1897), Tomo I, pág. 107
17. HARTMANN, Ontología, citado por GARRIDO MONT, Op. Cit.
18. JIMENEZ DE ASUA LUIS, La Ley y el Delito, México, Editorial Sudamericana, Buenos Aires, 1979, pag. 537.
19. JIMENEZ HUERTA MARIANO, Derecho Penal Mexicano, Tomo I, Ed. Porrúa, S.A. México 1977.
20. LEY FEDERAL CONTRA LA DELINCUENCIA ORGANIZADA, Publicada por Decreto en el Diario Oficial de fecha 7 de noviembre de 1996
21. MAGGIORE, Derecho Penal, Ed. Temis, Bogotá, 1954.
22. MAGGIORE GIUSEPPE, Derecho Penal, Traducción de la 2da edición italiana por José J. Ortega Torres (Buenos Aires 1954), Vol. II, Pág. 94, quien cita como fuente al D. 48, 10 fr. 9, parag. 1
23. MARGADANT F. GUILLERMO, La Segunda vida del Derecho Romano, Editorial Miguel Angel Porrúa, México, 1986.
24. MARQUEZ PIÑERO RAFAEL, Apuntes personales. De Parte especial de Derecho Penal.- Modelo Lógico, en el mismo sentido

- OLGA ISLAS, en Revista de Derecho Contemporáneo, Editado por Escuela Libre de Derecho, México, 1975.
25. MAURACH REINHART, Los problemas de la Autoría y la Participación (Conferencia), Publicado en Revista de Derecho Contemporáneo, Escuela Libre de Derecho, México, 1975
26. MAURACH, REINHART, Tratado de Derecho Penal, Buenos Aires, Argentina.
27. MEZGER, Tratado de Derecho Penal, Madrid 1955, tomo II, pag 290
28. MEZGER EDMUNDO, Tratado de Derecho Penal, Traducción de José S. Rodríguez Muñoz. Madrid, 1955
29. PORTE PETIT CANDAUDAP CELESTINO, Apuntamientos de la Parte General de Derecho Penal, Primera Edición, México, 1969, Editorial Jurídica Mexicana.
30. ROMERO H. MARIA DE LA LUZ. Comunicabilidad de las circunstancias. Apuntes personales, Archivo Personal.
31. ROMERO HERNANDEZ, MARIA DE LA LUZ, La Inducción Reconstructiva como medio de prueba en el Derecho Procesal Penal, Tesis Profesional, 1970
32. ROXIN CLAUS, Artículo sobre la Autoría y la Participación en el Derecho Penal, traducción directa del Alemán de Enrique Bacigalupo en "Problemas Actuales de las Ciencias Penales y la Filosofía del Derecho, en homenaje al Profesor Luis Jimenez de Asúa, Ediciones Pannedille, Buenos Aires, Argentina, 1970.
33. SANTINELLO, Manuale de Diritto Penale, Milano, 1955, p. 109.
34. SOLER, Derecho Penal Argentino, Buenos Aires, 1956, Tomo Y y II.
35. TENA RAMÍREZ FELIPE, Derecho Constitucional Mexicano, Porrúa, México, 1992.

36. VILLALOBOS, Dinámica del delito, Ed. Jus, México, 1955, pp-210-211,
37. WELSEL HANS, Derecho Penal, Parte General. Traducción de Carlos Fonatan Balestra, Buenos Aires, 1956.
38. WELSEL HANS, Derecho Penal Alemán, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1987, Traducción del Alemán por los profesores Juan Bustos Ramírez y Sergio Yañez Pérez.
39. WELSEL HANS, La Doctrina de la acción Finalista hoy, conferencia dictada, recopilada en Revista Jurídica Veracruzana.
40. WELSEL HANS, Verdad y Límites del Derecho Natural, Traducción de Ernesto Garaón Valdéz, conferencia dictada, recopilada en Revista Jurídica Veracruzana.