

TEORÍA DEL DELINCUENTE

ANDRÉS LEÓN ORTIZ

CONTENIDO

1. 1. Introducción
2. 2. Objetivos
3. 3. Teoría Del Delincuente
4. 4. Generalidades
5. 5. El Delincuente
6. 6. Muchedumbre Delincuente
7. 7. Noción Del Delincuente
8. 8. Diversas Denominaciones
9. 9. Teoría Del Delincuente Nato
10. 10. Reincidencia
11. 11. Clasificación
12. 12. Naturaleza
13. 13. Habitualidad
14. 14. Delincuencia Profesional
15. 15. El Ladrón Profesional
16. 16. El Delincuente Profesional Consumado "Virtuoso"
17. 17. El Semi Profesional Del Delito Contra La Propiedad Ajena
18. 18. Configuración De Delitos
19. 19. Identificación Del Delincuente
20. 20. La Personalidad Del Delincuente
21. 21. Antropométrico
22. 22. Retrato Hablado
23. 23. Las Marcas
24. 24. Registros Judiciales
25. 25. Dactiloscopia
26. 26. Concurso De Personas
27. 27. Delito Plurisubjetivo
28. 28. Noción De Participación
29. 29. Delitos Múltiples
30. 30. Elementos Objetivos. Grados De Participación
31. 31. Autores
32. 32. Autores Materiales O Por Ejecución
33. 33. Autores Por Cooperación
34. 34. Autores Mediatos
35. 35. Autoría En Delitos Especiales
36. 36. Cómplices
37. 37. Naturaleza De La Participación
38. 38. Teoría De La Accesoriedad
39. 39. Elemento Subjetivo
40. 40. Intención
41. 41. Dolo Indirecto, Indeterminado O Eventual
42. 42. Culpa
43. 43. Concurrencia De Dolo Y Culpa
44. 44. Requisitos De La Participación
45. 45. Formas De Participación
46. 46. Instigación
47. 47. Determinación
48. 48. El Exceso En La Instigación
49. 49. La Instigación Culposa
50. 50. La Instigación De Tentativa
51. 51. Punibilidad Del Instigador
52. 52. Encubrimiento
53. 53. Encubrimiento De Otro Delito
54. 54. Encubrimiento Como Delito Autónomo

- 55. 55. Comisión De Un Delito Distinto Del Convenido
- 56. 56. Asociación Delictuosa
- 57. 57. Pandilla
- 58. 58. Secta Criminal

INTRODUCCIÓN

El delincuente es la persona física que lleva a cabo la conducta delictiva. Al delincuente, también se le llama agente o criminal, independientemente de su edad, sexo o nacionalidad.

Antes de analizar éste apartado, cabe precisar de manera categórica que es impropio llamar delincuente al imputable, pues éste no delinque, ya que por su especial situación de incapacidad, queda al margen del derecho penal.

En la terminología jurídico penal, también se conoce al delincuente como sujeto activo o agente; en la criminología también se le llama criminal o antisocial, e incluso desviado; en el derecho procesal puede conocerse como indiciado, presunto responsable, inculcado, procesado, sentenciado y reo.

La distinción entre cada uno de estos últimos términos, atiende a cada fase del proceso penal, o sea, aquella en la que el sujeto está cumpliendo la pena.

Como ya se estableció, el derecho penal gira en torno a la ley, al delito, al delincuente y a la pena. No se podrá pasar en alto al protagonista del crimen, sería absurdo no tratar de analizar que existe, a causa del sujeto activo, por ésta razón la criminología y el derecho penal tratan de analizar a fondo al crimen desde varios enfoques, para saber porqué las conductas de estas personas, e aquí la importancia a la que se debe poner más atención (Teoría del Delincuente).

El crimen nace con el hombre, cuando no existía un orden jurídico ni una sociedad organizada.

El hombre aún no articulaba palabras, pero sin duda alguna, ya desarrollaba conductas y actos que afectaban a la sociedad, de ahí la necesidad de regular tales conductas y señalar castigos para lograr el orden y la convivencia pacífica por medio del surgimiento del derecho penal.

OBJETIVO

Al término del presente trabajo, el lector comprenderá los conceptos básicos y tendrá los conocimientos y habilidades referentes a la teoría del delincuente.

También podrá identificar, explicar y analizar la importancia de los siguientes temas:

El Delincuente; Muchedumbre delincuente; Noción de delincuente y sus diversas denominaciones; Teoría del delincuente nato; Reincidencia; Habitualidad; Delincuencia Profesional; Identificación del delincuente; Participación; Encubrimiento; Asociación delictuosa; Pandilla; Muchedumbre delincuente.

TEORÍA DEL DELINCUENTE

GENERALIDADES

No todos los textos del Derecho Penal incluyen un capítulo dedicado al estudio del delincuente, sin embargo, si se considera lo expuesto al inicio de ésta memoria, respecto a que el Derecho Penal gira en torno a la Ley, el delito, el delincuente y la pena, no se podrá pasar por alto al protagonista del crimen.

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

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

La experiencia diaria, demuestra como en ocasiones el delincuente nos produce un daño. En tales situaciones afirmarse la existencia del delincuente.

EL DELINCUENTE

Recordando la afirmación constante de Quiroz Cuarón, quién decía “no existen enfermedades sino enfermos; de la misma manera que no existen delitos, sino delincuentes”.

Mientras la asociación delictuosa se caracteriza por su reflexiva organización para ciertos fines delictuosos, las muchedumbres delincuentes actúan espontáneamente, carecen de organización y se integran de modo heterogéneo; en ellas los individuos particulares obran impulsados por el todo inorgánico y tumultuario de que forman parte; los sentimientos buenos desaparecen y quedan denominados por los perversos y antisociales; se produce un proceso de sugestión de miembro a miembro, por el que la idea del delito termina por triunfar, de aquí que los partícipes, según Sighele,

ya que han sido inducidos a cometer el delito en circunstancias excepcionales, deben ser estimados como menos temibles que el delincuente aislado o asociado.

Pero no todos los positivistas aceptan ésta posición doctrinaria, por entender que debe distinguirse entre conductores y conducidos, en tres instigadores, promotores o incitadores, y débiles que se dejan arrastrar (Florian); entre delincuentes natos y ocasionales (Garófalo) por consiguiente, no siempre deberá corresponder a todos pena atenuada; puede tocarles hasta agravada, según, la temibilidad individual revelada.

Siguiendo la más cierta corriente Don Mariano Jiménez Huerta encuentra un fondo de inferioridad en la psicología de las masas; actúan por tendencia y simpatías más que por lógica y análisis, con predominio de la vida efectiva sobre el razonamiento; de aquí su impulsividad, su gestividad y domesticidad, su simplismo psicológico con tendencia a lo malo y cruel; en las masas predomina lo mecánico y lo intuitivo de las funciones mentales y así la asociación de ideas prevalece sobre el razonamiento, la imaginación espontánea sobre lo racional y lo constructivo, la fe ciega sobre el espíritu crítico, la pasión sobre el dominio de sí mismo y la agresividad sobre la ponderación (Elsenhuis); de donde resulta que las masas carecen de alma superior, pues en ellas predomina la vida animal y vegetativa, si las masas no saben nunca exactamente lo que quieren, si saben claramente que es lo que odian, lo que niegan y están dispuestos a destruir de donde resulta que el poder y la capacidad constructiva de las masas son nulos.

El denominador común de los hombres, que los aglutina en masa es la coincidencia de los deseos primarios, de los anhelos y apetencias, de la innata inclinación al mal, del complejo de inferioridad moral y materia, de la voluntad de suplir esa inferioridad individual con la fuerza de la masa.

Aunque puede distinguirse entre la minoría directora y la masa dirigida, ésta domina a aquélla, que le sirve dócilmente o es desplazada para dar paso a los “falsos conductores”, los demagogos, de quienes dijo Macaulay: “En todos los siglos, los ejemplares más viles de la naturaleza humana se han encontrado entre los demagogos”.

“Esos falsos conductores” son los inspiradores de los crímenes de la masa, pues al presentarse a ella como arquetipo del revolucionario integral le predicán el exterminio y la violencia, gratos a los instintos primarios de la masa.

A la acción violenta de las masas, se incorporan siempre los delincuentes profesionales y habituales, que por poseer un “súper yo” criminal, encuentran el terreno propio y deseado para dar cauce a sus feroces instintos, haciendo aparecer racionalizando su conducta como hechos políticos, lo que no es otra cosa que la satisfacción íntima de sus sentimientos antisociales; no pocos sujetos que se creen, así mismos, auténticos delincuentes políticos, construyen una doctrina política revolucionaria o se adscriben a las fórmulas políticas más extremistas, para poder dar cauce a sus tendencias “parricidas” más o menos sublimadas, sin remordimientos culpables, ya Lombroso había señalado la existencia de delincuentes natos y locos en algunos anarquistas, autores de delitos políticos.

Histéricos y neuróticos obsesivos dan a la masa sus conductores más peligrosos: Danton y Robespierres; el primero hace la revolución con entusiasmo, pero pronto se cansa y desilusiona, el segundo es crecientemente extremista y más viejo, entre sí ambos se odian y se destruyen.

Los crímenes de las masas son crímenes “estándar” caracterizados por su simplicidad y sencillez, son siempre ofensas a los sentimientos de piedad y probidad; consisten en homicidios, saqueos y robos domiciliarios; se producen en serie; en las revoluciones las masas dirigen siempre sus primeras energías al asalto de las prisiones y a la destrucción de los archivos judiciales, no sólo por que ellos han sufrido persecución y martirio los revolucionarios, sino porque los falsos conductores, los delincuentes vulgares, buscan así borrar su pasado.

En los crímenes de masas rara vez se da la premeditación, la masa actúa fuera de sí, es decir, transcendida (“Crímenes de masas y Crímenes de Estado”, cuadernos “criminalía”, número 8, México, 1941).

La amplia y certera fórmula del artículo 52 del Código Penal, permite adoptar apropiadas soluciones en armonía con el arbitrio judicial reconocido por el artículo 51; en efecto, es posible tener en cuenta las condiciones especiales en que se encontraba (el sujeto) en el momento de la comisión del delito y los demás antecedentes y condiciones personales que puedan comprobarse (artículo 52, párrafo III); el Juez deberá tomar conocimiento directo del sujeto, de la víctima y de las circunstancias del hecho, en la medida requerida para cada caso.

Por éstos medios puede el tribunal individualizar indebidamente la sanción de los conductores que formaron parte de una muchedumbre delincuente, según la temibilidad probada en cada uno.

En nuestra jurisprudencia el caso más destacado y típico de muchedumbre delincuente lo ha contenido el del pueblo de Coyoacán, D. F., que reaccionó contra las provocaciones de un grupo conocido popularmente con el nombre de “camisas rojas”, habiendo dado muerte, horriblemente, por lapidación a uno de éstos.

Decretada la formal prisión, por homicidio, de dos de los presuntos responsables, nos tocó, como jueces del proceso en 1935, absolverlos finalmente por insuficiencia de la prueba de cargo.

La expulsión del delincuente se consideró el castigo más grave que podía imponerse, por colocar al infractor en situación de absoluto abandono y convertirlo en propia víctima, por su desamparo, de agresiones provenientes de miembros de su propio grupo o de elementos extraños a éste.

La expulsión que un principio se practicó para evitar la venganza del grupo a que pertenecía el ofendido, evitando así la guerra entre las tribus, se extendió para evitar hechos violentos y de sangre cometidos por un miembro del conglomerado contra otro perteneciente al mismo.

Para Pessinna, la primera reacción que se despierta en la conciencia de las primeras colectividades, al constatar las atrocidades de los grandes crímenes, es la descompuesta ira desencadenadora del furor popular contra el delincuente, irritación que revela en forma sumaria un fondo de verdad de la justicia penal, pero que reviste caracteres de pasión, constituyendo una venganza colectiva.

“Quién rompe la paz, pierde la guerra. El individuo que lesiona, hierde o mata a otro, no tiene derecho a la protección común, pierde la paz contra él y tienen los ofendidos derecho a la guerra, derecho que a su vez lleva a constituir un deber ineludible como venganza de familia”.

MUCHEDUMBRE DELINCUENTE

La muchedumbre delincuente es la reunión de individuos en forma desorganizada y transitoria que, en ciertas condiciones, comete algún delito.

Existen estudios muy interesantes acerca de la psicología de la muchedumbre que adquiere, pues en cada caso el sujeto reacciona de manera diferente, pero grupalmente adquiere otro comportamiento, influido cada uno por sugestión, miedo y contagio.

NOCIÓN DEL DELINCUENTE

Delincuente es la persona física que lleva a cabo la conducta delictiva. Al delincuente también se le llama agente o criminal, independientemente de su edad, sexo o nacionalidad.

Cabe insistir de que se trata de una persona física, para erradicar el error de creer que también la persona jurídica o moral puede serlo.

También se reitera que los animales sólo son instrumentos que eventualmente utiliza el hombre, pero la responsabilidad recae en el ser humano.

Antiguamente, dada la investidura de ciertas personas, cuando cometían algún delito se les llegaba a suplantar por un animal o cosa para que se aplicara la justicia y el delito no quedara impune, pero a la persona responsable se le exoneraba de sufrir la humillación del castigo, de ahí la conocida expresión de “chivo expiatorio”, por que el que expiaba la culpa del delincuente era un chivo, sacrificado mediante la hoguera.

También existió la llamada pena en efígie, cuando se hacía un muñeco que ocupaba el lugar del delincuente, muñeco que era colgado o quemado.

DIVERSAS DENOMINACIONES

Antes de analizar éste apartado, cabe precisar de manera categórica que es impropio llamar delincuente al inimputable, pues éste no delinque, ya que por su especial situación de incapacidad queda al margen del Derecho Penal.

En la terminología jurídico penal, también se conoce al delincuente como sujeto activo o agente; en criminología se le llama criminal o antisocial, e incluso desviado; en el Derecho Procesal puede conocerse como indiciado, presunto responsable, inculpado, procesado, sentenciado y reo. La distinción entre cada uno de éstos últimos términos atiende a cada fase del proceso penal, incluida la pos penal, o sea, aquélla en la que el sujeto está cumpliendo la pena.

En el Derecho Penal (sustantivo), al sujeto activo del delito se le llamará de manera indistinta delincuente o agente.

El delincuente también se le conoce como sujeto activo, que es la persona física que comete el delito; se llama también agente o criminal.

Es conveniente afirmar, desde ahora, que el delincuente será siempre una persona física. Cada tipo (descripción legal de un delito), señala las calidades o caracteres especiales que se requieren para ser sujeto activo (delincuente); sólo la mujer podrá ser activo de aborto procurado; únicamente el descendiente consanguíneo en línea recta puede ser un parricida, etc.

Los demás aspectos relativos al sujeto activo se verán dentro de la teoría del delincuente.

Nunca una persona moral o jurídica, podrá ser sujeto activo de algún delito; cabe mencionar, que en ocasiones, aparentemente, es la institución la que comete un ilícito, pero siempre habrá sido una persona física la que ideó, actuó y, en todo caso, ejecutó el delito.

El sujeto pasivo es la persona física o moral sobre quién recae el daño o peligro causado por la conducta del delincuente. Por lo general se le denomina también víctima u ofendido, en cuyo caso una persona jurídica puede ser sujeto pasivo de un delito, como los delitos patrimoniales y contra la nación entre otros.

En principio, cualquier persona puede ser sujeto pasivo, sin embargo, dadas las características de cada delito en algunos casos el propio delito señala quién puede ser y en que circunstancias, por ejemplo, en el estupro sólo la mujer menor de 18 y mayor de 12 años puede ser el sujeto pasivo.

El sujeto pasivo de la conducta es la persona que de manera directa recibe la acción por parte del delincuente, pero la afectación, en sentido estricto la recibe el titular del bien jurídico tutelado.

El sujeto pasivo del delito es el titular del bien jurídico tutelado que resulta afectado, por ejemplo: si un empleado lleva al banco una cantidad determinada de dinero de su jefe para depositarlo y es robado en el camión por un delincuente, el sujeto pasivo de la conducta será el empleado y el pasivo del delito el jefe, quién será afectado en su patrimonio.

Antes De Dictarse Sentencia	Acusado	Denunciado Indiciado Procesado Presunto Responsable Querellado Inculpado Enjuiciado Encausado
Al Dictarse La Sentencia	Sentenciado	
Durante El Cumplimiento De La Sentencia	Reo (Convicto)	
Ya Cumplida La Sentencia Liberto O Libertado (Ex-convicto)	Delincuente Ex Reo	

TEORÍA DEL DELINCUENTE NATO

De alguna forma se hizo una referencia breve a éste apartado al estudiar las escuelas jurídico-penales. En la positiva, se destacó la importancia de las aportaciones de César Lombroso, Ferri y Garófalo.

César Lombroso, antropólogo y médico italiano nacido en 1835, entre sus innumerables y valiosas aportaciones históricas, médicas, literarias y antropológicas, legó al Derecho Penal y a la criminología su teoría del delincuente nato.

Dicha teoría a sido criticada severamente, en parte por interpretaciones inadecuadas, traducciones malas y personas que no aceptan reconocimiento (clima, temperatura, etc.), la responsabilidad social y no la responsabilidad moral es la base de la sanción. El hombre está fatalmente determinado a cometer el delito (determinismo) en virtud de los diversos factores, ya enunciados, pero también la sociedad está determinada a defender sus condiciones de su existencia.

Por ello se defiende de las agresiones del delincuente tan pronto se dan las condiciones de la imputabilidad física. El hombre es responsable de sus acciones exteriormente delictivas, sólo porque vive en sociedad y mientras vive en ella (responsabilidad social).

Dentro de éste criterio, no cabe considerar a los enajenados mentales como seres al margen del Derecho Penal. A los que delinquen, tanto normales como locos, habrá que aplicarse la segregación... Ferri comparte el criterio de Lombroso de que el delincuente es una ser anormal, pero desarrolla el principio, aumentando las categorías, por ello clasifica a los delincuentes en –nato, locos, habituales, ocasionales y pasionales-.

Escuela positiva. Consideró que el proceso necesariamente conduce a la imposición de la pena como un medio de defensa social, de tal manera que el fin del proceso es el restablecimiento de la igualdad de derechos y garantías entre los individuos delincuentes y la sociedad honrada, para obviar las exageraciones individuales de la escuela clásica, y que debido a los indicios proporcionados por la antología del propio tribunal se podrá determinar en consecuencia o a que categoría antropológica pertenece, y por tanto, cuál sea su temibilidad; en consecuencia, durante el proceso procederá averiguar si el imputado es realmente el autor del hecho de que se trate, determinando las causas y

circunstancias del hecho, y ya fijada la relación causal entre el agente y el acto, se podrá pedir y discutir la absolución o la condena del sujeto, de tal manera que el objeto del juicio penal consistirá en el examen físico del delincuente, para inducir no el grado de irresponsabilidad moral, sino el de su temibilidad, ya que los delincuentes no presentan una unidad de tipo abstracto y es preciso estudiarlos según su diversa temibilidad, deducida de sus factores naturales del delito cometido, pues como expusieron Garófalo y Bertillón, el estudio de los factores antropológicos del delito, terminando los caracteres orgánicos y síquicos del delincuente y el vario concurso de La edad, sexo, estado civil, profesión, etc., en las diferentes clases de delito, ofrecerán a la policía judicial y a la misma administración de justicia, la ayuda de más nuevos y seguros medios para la búsqueda de los culpables, así se disminuye en cuanto es posible, la idea de la causalidad de los juicios criminales “que son verdaderos juegos de azar para los delincuentes y para la sociedad, y de ésta manera, finalmente, queda la justicia, serena y severa, sin ser indecorosa escuela de delitos, ni espectáculo de jueces inexpertos e ignorantes, de acusadores agresivos y de abogados declamadores. Tomando en cuenta las opiniones de Garófalo, César Lombroso y Enrico Ferri, si la pena constituye un medio de defensa social y se toma en cuenta la anormalidad de quién delinque, el objeto del proceso será el conocimiento y determinación de los factores antropológicos del delito, precisando los caracteres orgánicos y síquicos del delincuente y la finalidad del mismo estará representada por la defensa social a través de la aplicación de las penas.

Los enfermos mentales en los diversos Códigos Penales vigentes en México.

En el Código Penal de 1871, se consideraron como causas excluyentes de responsabilidad entre otras, la falta de desarrollo y salud mental y la locura intermitente.

En el Código Penal de 1929 se señaló como excluyente de responsabilidad el trastorno mental transitorio.

En el artículo 59 de la legislación mencionada se dijo que había inimputabilidad cuando se provocaba automatismo cerebral por ingestión de sustancias en forma accidental e involuntaria... y se asimiló el trastorno mental cuando el automatismo cerebral que perturba la conciencia, fuese provocado por la acción accidental e involuntaria, sin conocimiento de sujeto, de sustancias tóxicas o enervantes y el estado psíquico anormal, pasajero y de orden patológico que perturbe las facultades y le impida conocer la ilicitud del acto u omisión, si el sujeto no se produjo conscientemente tal estado.

En efecto, como reiteradamente se ha manifestado, era urgente depurar la terminología en el orden indicado, para ser substituida en la forma de términos que los distinguidos penalistas indican.

En relación con la fracción del precepto transcrito, el artículo 68 del mismo Código, a la letra señalaba: “locos, idiotas, imbeciles, o los que sufran cualquier otra debilidad, enfermedad o anomalías mentales, y que hayan ejecutado hechos o incurrido en omisiones definidos como delitos, serán recluidos en manicomios o en departamentos especiales, por todo el tiempo necesario para su curación y sometidos, con autorización del facultativo, a un régimen de trabajo.

En igual forma procederá el juez con los procesamientos o condenados que enloquezcan, en los términos que determine el Código de Procedimientos Penales.

Como se advierte en este precepto, el legislador daba a entender al hablar de locos, idiotas, imbeciles, etc. Que éstas son debilidades inferiores o anomalías mentales, razón por la cual era obligado simplificar el precepto para hacer referencia solamente a anomalías mentales.

Así mismo, el artículo del propio Código, entre las penas y medidas de seguridad señalaba: “la reclusión de locos, sordomudos, degenerados. ,”

Legislación vigente. Con motivo de las múltiples reformas que fueron hechas a la legislación penal en los últimos años, no escapó a esa tarea el artículo 15 del código sustantivo, en cuya fracción II, es excluyente de responsabilidad penal: “...Padecer el inculpado, al cometer la infracción, trastorno mental o desarrollo intelectual retardado que le impida comprender el carácter ilícito del hecho o conducirse de acuerdo con esa comprensión, excepto en los casos en que el propio sujeto activo haya provocado esa incapacidad intelectual o imprudencialmente.

REINCIDENCIA

La reincidencia se presenta cuando un sujeto delinque por segunda vez siempre que haya sido sentenciado por el primer delito.

La aplicación de sanciones. Si la sanción corresponde a un reincidente (el condenado por sentencia ejecutoria dictada por cualquier tribunal de la República o del extranjero que comete un nuevo delito sin haber transcurrido desde el cumplimiento de la condena, o desde el inicio de la misma un término igual al de la prescripción de la pena, salvo las excepciones fijadas en la Ley), debe expresarse la que se imponga por la última infracción cometida y la que se aumente, dentro de los extremos dictados en la primera parte del artículo 65 del Código Penal, por ejemplo, señalada una pena de

cuatro años por el delito de robo, se aumentará desde un tercio hasta dos tercios de la duración, o sea, si se añade un tercio, en conjunto serían cinco años cuatro meses de prisión.

Si la reincidencia fuere por delitos de la misma especie, se aumentara la pena en dos tercios hasta otro tanto de la duración de la misma, por ejemplo, dentro de la hipótesis señalada por la que se imponen cuatro años de prisión para el caso de robo, se aumentara ésta desde dos tercios hasta otro tanto de la duración de la pena; suponiendo que se aumenten dos tercios, resultará en conjunto una pena de seis años ocho meses de prisión.

Cuando resulte una pena mayor que la suma de las correspondientes a la suma del primero y segundo delitos, se aplicará ésta suma (artículo 65 del ordenamiento citado), por ejemplo: para el primer delito, se decretó una pena de cuatro años de prisión, para el segundo cinco años y, al fijarse la sanción por último, resultan en conjunto diez años; en esas condiciones, deberán imponerse nueve, suma de la impuesta al primero y segundo.

Reincidir es volver a incidir, pero en el sentido jurídico penal la reincidencia se distingue del concurso de delitos, con el que tiene de común la pluralidad de infracciones cometidas por el mismo sujeto, en que la recaída debe ocurrir después de que el delito anterior a sido juzgado, y sólo es digna de tomarse en consideración cuando no a transcurrido, entre los delitos cometido, un tiempo que impida ya relacionar ambas infracciones como datos de una especial peligrosidad del sujeto.

Ésta limitación temporal, reconocida por nuestro Código y por la mayoría de las legislaciones y de los tratadistas, no carece de impugnadores, como los positivistas que permanecen fieles a su concepto de la delincuencia como anormalidad y no se explican por qué se suponga que ésta calidad se tenga por modificada por accidentes externos por el tiempo, contra el síntoma del nuevo delito que no consciente hipótesis de regeneración o enmienda y que, si se manifiesta después de mucho tiempo, demuestra "más profundo arraigo" en la propensión que debe reprimirse.

Como legisladores que no reconocen la eliminación de la reincidencia por el transcurso del tiempo se puede citar el Código Italiano el de Grecia, el de Egipto, el de Nueva York, el Austriaco y el Inglés.

Quiénes desechan el criterio de agravación después de un lapso considerable, arguyen que de haber una verdadera propensión al delito debería mostrarse antes de que transcurriera mucho tiempo; un lapso considerable de buena conducta significa que no hay tendencia especial a delinquir o que el reo se había corregido, pudiendo atribuirse la recaída a causas ocasionales especiales.

En todo caso, ésta limitación temporal ha sido acogida por nuestro Código (artículo 30), que sigue en éste punto el criterio establecido por el de 1871 (artículo 29).

CLASIFICACIÓN

La reincidencia puede ser de dos tipos diferentes: la genérica y la específica.

Reincidencia genérica. Se produce cuando el agente delinque por segunda vez, al cometer un delito de naturaleza diferente de la del primero, por ejemplo, el primer delito fuera patrimonial y el segundo sexual, o también se le llama al hecho de volver a delinquir, después que se a dictado una condena anterior contra el mismo sujeto activo, si las dos infracciones cometidas son de naturaleza diferente.

Reincidencia específica. Se presenta cuando el primero y el segundo son de la misma naturaleza, por ejemplo, ambos son delitos contra la salud (artículos 20 y 23 del CPDF).

A ésta reiteración de la misma especie de infracciones se le llama también "reincidencia propia" por una supervivencia parcial del criterio largo tiempo sostenido, según el cual sólo había reincidencia y se justificaba el aumento en las penas cuando se repetía una misma especie de delitos.

La disputa sobre si existe o no-reincidencia cuando los delitos no son análogos sino de naturaleza diferente, se haya reducida hoy a dilucidar cual de las dos especies reviste mayor gravedad.

Para algunos es más grave la reincidencia genérica porque demuestra una más grave y amplia propensión al delito; un desprecio general por el orden jurídico, que se manifiesta en cualquier forma, según las ocasiones.

Para la mayoría la persistencia en el mismo género de infracciones significa más precisamente una tendencia que puede ser un origen psicopático.

NATURALEZA

La razón de ser de la distinción entre la reincidencia y el concurso de delitos se ha hecho consistir en que, si la sola comisión de varios delitos es ya un signo de mayor propensión y peligrosidad, la circunstancia de incurrir en el nuevo delito, después de que una sentencia hizo saber al reo, de manera concreta y enfática, la gravedad antisocial de su conducta y sus consecuencias penales, de muestra todavía mayor contumacia, mayor desprecio por su interés social, por la Ley, por el orden y por todo cuanto trata de preservar y mantener el Derecho Penal; entonces, si la sanción que ya se impuso no fue suficiente para reprimir los deslices de éste sujeto, será necesario imponer mayor sanción u otra clase de medidas, y de allí el cambio o agravación de la pena.

Santoro y Vannini han conciliado las dos afirmaciones anteriores sobre peligrosidad y resistencia a la pena, cuando combatiendo la tendencia a considerar la cronicidad en el delito como mera circunstancia agravante, llamaron la atención sobre que se trata de una forma de proceder que a la vez significa perseverancia en el impulso criminal y carácter refractario a la represión y a la enmienda, lo cual revela una personalidad más perversa y temible.

Pero esto, especialmente a lo que se refiere a la ineficiencia de la primera sanción, supone en mayor o menor medida que la pena primeramente impuesta se notificó al reo y aunque ha sido sufrida por éste, y a éste criterio responden algunas legislaciones como la de Zurcú, Ginebra, San Marino, la alemana, la húngara y el Código sueco.

Sin embargo, domina ya en la doctrina y en el Derecho Positivo el criterio de que basta que exista (y se haya notificado) la sentencia por el delito precedente, para que la nueva infracción se considere dentro de los cánones de la reincidencia; en este sistema, que es el nuestro, sólo cabría distinguir si el nuevo delito se comete antes de cumplir la pena impuesta, durante ese cumplimiento o después de purgada la sanción, para estimar esta circunstancia de acuerdo con los artículos 51 y 52 del Código, lo que vale tanto como decir, de acuerdo con las ya apuntadas ventajas e inconvenientes del arbitrio judicial que para unos jueces hará pensar que cada una de esas situaciones significan una agravante, mientras que para otros será estimada como atenuante.

Antes de cumplir la pena, dirían unos, cuando está fresca en la mente del reo toda la reprobación social que significa el proceso y la sentencia, es mayor a la rebeldía y la responsabilidad del que vuelve a delinquir; y después de cumplida la condena, ya dijo Garófalo en su Criminología, si la pena no ha corregido al reo es, muy a menudo, por las imperfecciones del régimen penitenciario, las promiscuidades desastrosas que le han sido impuestas, etc.

No todos, por supuesto, se han conformado con la tesis de un aumento en la penalidad correspondiente a la reincidencia, pues a veces la demasiada cultura o el halago de un ingenio despierto y agudo hacen despreciar lo natural y correspondiente para defender y argumentar lo sutil y extraordinario.

Así, han abundado quienes, interpretaron el aumento de la pena en el segundo delito como una nueva sanción impuesta al primero, rechazan tal agravación; no han faltado quienes consideran que la repetición de los actos, el ámbito, la costumbre, hacen ver esa clase de conducta como más natural y menos repugnante, lo que significa un deleitamiento de la voluntad o de los resortes de inhibición y, consiguientemente, menor imputabilidad y menos responsabilidad; y algunos positivistas como Florian, siguiendo a Haus, sostienen que “no siendo la reincidencia otra cosa que una presunción de que puede ser destruida por las causas del hecho, la Ley debe dejar al Juez la facultad de agravar la pena y sin imponerle la obligación de hacerlo”.

La reincidencia. Ninguna dificultad existe para suponer que, quién ha cometido un delito por culpa, repita su actuación en los términos y condiciones exigidos para considerarle “reincidente”; y nada se opone tampoco a que de tal reiteración se infiera una mayor peligrosidad en el sujeto, que obligue a usar un tratamiento más enérgico o de diversa naturaleza y no repetir solamente aquel cuya ineficacia se comprobó ya en el primer delito.

Nuestro Código Penal no deja lugar a duda sobre su criterio al respecto, pues en el inicio III de su artículo 60 señala, para calificar “la gravedad de la culpa” (o quizá mejor de la sanción imponible) el hecho de que los acusados hayan delinquirido anteriormente en circunstancias semejantes; y el artículo 172 que sanciona delitos ordinariamente culposos, que se cometen causando daños por medio de vehículos, motores o maquinarias, se prevé también, expresamente el caso de reincidencia. En el fondo todo antecedente tiene significación correspondiendo a la categoría de la reincidencia si obedece a una misma especie de culpabilidad y fue sancionado el primer hecho, pues el hombre que ha demostrado su preocupación por la seguridad de los demás y vuelve a dar muestras de lo mismo “en circunstancias semejantes” o con formas mentales semejantes, requiere ciertamente mayor cuidado en su reeducación.

Ahora bien, cuando se comete un delito por culpa y antes se había violado la Ley dolosamente, o viceversa, quizá no deba tratarse el caso de reincidencia, para los efectos y desde los puntos de vista penales; en tales supuestos hay sólo una especie de repetición material de los efectos dañosos o de peligro, pero no manifestaciones de una misma formación personal; habrá lugar sólo a una estimación de los antecedentes como parte del conjunto de datos generales que el Juez debe tomar en consideración para orientar su juicio de acuerdo con los artículos 51 y 52 que regulan el arbitrio judicial ya que el sujeto a repetido, aún cuando sea en forma disímil, poco interés por el orden jurídico y el desdén o la despreocupación que constituyen genéricamente, la culpabilidad.

En cuanto a la tentativa, sería ir contra el lenguaje pretender su pretender su existencia en los delitos culposos, ya que la connotación de la palabra “tentativa” envuelve la idea de una voluntad dirigida al

tipo penal, pero en éste estudio paralelo de los delitos dolosos y por culpa no debe darse preeminencia a los nombres ni alas palabras, ni hay que retroceder ante un escollo formal paralizando la investigación porque el nombre que se da a un fenómeno en los actos dolosos no pueda convenir al correspondiente en los casos de culpa.

El hecho que importa averiguar es el de si hay delitos imperfectos por falta de consumación, en los casos de imprudencia, para buscar después el nombre y el tratamiento que le corresponda.

Desde luego es indudable, y quiero que de mi reconocimiento quede clara constancia, que nuestra legislación no ha considerado sino la tentativa en los delitos dolosos.

HABITUALIDAD

La habitualidad existe cuando el sujeto reincide dos veces en cometer más un delito de la misma naturaleza, siempre que los tres delitos se cometan en un periodo que no exceda de diez años. Para la criminología la delincuencia es habitual cuando el sujeto hace de su conducta una forma habitual de su actividad, por ejemplo, el carterista, que vive de robar carteras.

Tratándose de la reincidencia específica y siguiendo la misma orientación se busca la mayor temibilidad inmanente, se distingue todavía la habitualidad que constituye cada vez más el centro de la atención, por considerar que plantea ya con firmeza el problema criminológico que se quería prever a través de la reincidencia; un problema, si no de anormalidad antropológica que pudiera ser la raíz de esa persistencia inveterada en el delito, sí, al menos, de un carácter antisocial formado ya de manera que, tanto por la razón como por la experiencia, deba tomarse como una prueba de incorregibilidad que ya no amerite una pena propiamente, sino una medida de seguridad.

Si por otros datos o estudios concurrentes se descubre una causalidad psicopática en la conducta de un delincuente habitual, se deberán aconsejar y aplicar las medidas curativas correspondientes; Y si es sólo el habito formado lo que induce a suponer la incorregibilidad del sujeto y la inutilidad de la prevención general por medio de la pena, no quedarán sino los medios eliminatorios como recurso para la seguridad social.

CRITERIO

Algo que parece fácil y que reviste, sin embargo, cierta dificultad digna de estudio, es el determinar cuáles delitos deben considerarse como "la misma naturaleza", para dilucidar en cada caso si se trata de una reincidencia genérica o específica y si hay o no habitualidad por la sucesión de tres o más delitos.

Nuestro Código parece no requerir una igualdad absoluta en los delitos cometidos, o que todos ellos correspondan a un mismo tipo, para que haya reincidencia específica y, por tanto, habitualidad, sino que atendiendo a la razón de ser de éstas distinciones que buscan un síntoma de la formación o personalidad de un sujeto, habla primero (artículo 21), del mismo género de infracciones, lo que ya de idea a una mayor amplitud que la estrecha rigidez de la especie; y luego, probablemente para esclarecer su mente respecto a la clave de esta clasificación genérica, usa otra expresión al requerir que se cometa un nuevo delito "procedente de la misma pasión o inclinación viciosa".

Según esto podríamos decir que los delitos que satisfacen una ambición de riquezas, como el robo, el fraude o el abuso de confianza, constituyen una reincidencia específica y pueden dar lugar al concepto de habitualidad.

Lo mismo los delitos de violencia, como lesiones u homicidio; los delitos que corresponden a un impulso sexual, etc.

DELINCUENCIA PROFESIONAL

Actualmente existe la noción de "profesión del crimen", se trata de desarrollar el comportamiento como una profesión, e incluso el sujeto trata de perfeccionarse y llega a haber especialidades, como la comisión de algunos delitos patrimoniales, delitos en materia internacional, delitos de cuellos blancos, etc., para su ejercicio, se requiere una capacidad intelectual superior a la común, además de toda una organización.

Por tener ciertos aspectos de semejanza y a veces ciertos nexos con la reincidencia y la habitualidad, se acostumbra tratar estos problemas conjuntamente, pues ya Gabriel Tarde llamó la atención de su "criminalidad comparada" sobre que en muchos casos la repetición de ciertos delitos conduce a formar una clase especial de criminales o de criminaloides como los carteristas, los vagos, los tahúres, las sexo servidoras y aún los llamados "pistoleros".

En realidad el que hace del delito una profesión, o sea simultáneamente un modo y un medio de vida, representa una especial responsabilidad y peligrosidad que deben ser tomadas en cuenta; pero pueden tener no el mismo significado ni el mismo origen de la reincidencia.

En nuestro Derecho hay tres preceptos que pueden ser aplicados y son: si para ejercer el delito como un oficio se han agrupado varios sujetos, el artículo 164 que sanciona la simple asociación de éste género, sin perjuicio de castigar cada delito que luego se realice.

Si el delito profesional tiene un tipo que lo prevea, como cuando se sanciona la trata de mujeres, el comercio de drogas enervantes o a los tahúres (artículo 207, 194 y 257 del Código Penal), se aplicará la disposición respectiva.

Y si la profesionalidad no tiene un tipo específico, se tomará en cuenta para graduar la pena, de acuerdo con los artículos 51 y 52.

El Código italiano de 1930, en su artículo 105, acogió la delincuencia profesional como una categoría jurídica que presupone el hábito y constituye una agravación de la misma; y aun ha ensayado (artículo 108) la determinación y el tratamiento tal vez de la “locura moral” que existe en algunos que, sin estar privados o afectados seriamente de la capacidad de querer y de entender, demuestran “una inclinación especial del delito” que tiene por causa la índole particularmente malvada del culpable.

EL LADRÓN PROFESIONAL

Trataremos aquí de una modalidad de trasgresión muy esotérica que emplea técnicas sumamente elaboradas: la manipulación con dinero de apuestas, las cartas espurias, el “soplo” por dinero, la conexión con el “influyente” y –además- todas esas estratagemas en que son expertos los “robatiendas” y los “carteristas”.

Sutherland, Maurer y otros autores ya se ocuparon en estudiar éstas especialidades delictuosas, así como la índole de los individuos que las practica.

Existe fundamento real para crear éste tipo de transgresores tiene rápidamente a desaparecer en los Estados Unidos, aparte de que no llegó a ser muy numeroso. Esto se debe entre otras cosas, a que en el transcurso de los últimos 20 años ha disminuido notablemente en dicho país la facilidad para “entrar en componendas” con la policía y comprar inmunidad de aprehensión.

Además, hay ciertas modalidades de robo profesional o “despojo” que han venido cayendo en la obsolencia por ciertos cambios fundamentales en la estructura social norteamericana.

Es probable que los hurtos característicos de los festejos del carnaval, por ejemplo, hayan disminuido al decrecer éstas actividades en las ciudades chicas y con el crecimiento de las áreas metropolitanas. Y, finalmente, un tercer factor bien puede ser que cada vez hay menos víctimas ingenuas y cándidas, por lo que resulta más difícil operar con éxito aquéllas estafas “clásicas” como la de la venta de cartas espurias.

Los datos empíricos que se tienen de la estrategia de los ladrones profesionales permite ver que se trata de un conjunto de habilidades delictuosas de orden muy complejo en que no se recurre a la violencia y que consisten, substancialmente, en crear una relación de grupo primario con la víctima elegida.

A la postre, siempre se sigue el abuso de confianza y un engaño de mala fe donde la persona que confía sale perdiendo.

Los datos empíricos recolectados revelan también que uno de los factores en la escuela del ladrón profesional es el influjo de compañeros con sus mismas inclinaciones, a quienes elige y prefiere sobre los demás.

Es bastante poco lo que sabemos de los antecedentes ambientales del futuro ladrón profesional; sin embargo, hay ciertas oportunidades específicas que concurren a afiliarlo al gremio de los ladrones.

Los candidatos a ser absorbidos son, con la mayor frecuencia, chóferes de taxis, botones de hoteles o cantineros, ya que por la índole especial de su trabajo trabajan más fácilmente relación con los personajes del hampa.

Hay cierto inicio real para creer que también influye en ellos algún factor de personalidad intrínseco, sin que tal vez no lograría madurar el “ladrón en ciernes”... se trata de un don de simpatía innato, con la persuabilidad de palabra y las habilidades para manipular a otras personas, cualidades todas ellas que también cuentan para que el candidato sea bien recibido en el gremio de los ladrones profesionales.

El delincuente profesional consumado “virtuoso” del oficio.

Nuestra tipología diversifica cuatro tipos de transgresores que delinquen contra la propiedad ajena; dos de ellos son de “profesionales” y los otros dos de “semiprofesionales”.

Al analizar éstos cuatro tipos, nuestra clasificación trata de establecer dos patrones bien definidos o diferenciados, aunque la pretendida diferencia sea simplemente de grado.

Reconocemos que la línea divisoria entre los profesionales se traza de una manera –hasta cierto punto- arbitraria. Sin embargo, si miramos al conjunto de características respectivas de ambos

grupos, podemos decir que los profesionales o “virtuosos” son sumamente diestros, que obtienen grandes sumas de dinero con sus actividades delictuosas y que se dedican a ellas a tiempo completo. Los semiprofesionales, en cambio, son menos hábiles y los delitos que cometen no les dejan tan buena remuneración, además en algunos casos no ejercen a tiempo completo. Admitimos, desde luego, que muchos transgresores pueden encajar indistintamente en uno y en otro tipo, y que hay otros a quienes es difícil situar decididamente en uno más bien que en el otro, ya que la pericia técnica, el momento de ganancias delictuosas y el grado de culpabilidad contraída inducen diferencias de grado, no de naturaleza.

CARACTERÍSTICAS ESPECIFICANTES

Configuración del delito. El criminal profesional consumado o “virtuoso” del oficio, se dedica a operaciones de atraco o mano armada, robo con escándalo y otras formas directas de rapiña en la propiedad ajena.

Tan grande es la habilidad de estos individuos que no obstante recurrir a la coerción y amenazar a sus víctimas con la violencia física, rara vez se ven obligados a emplearla.

Entra el modus operandi de estos profesionales planear su golpe escrupulosamente y por un periodo previo relativamente largo.

Después el atraco se realiza limpiamente, habiendo tenido cuidado los asaltantes de utilizar el elemento sorpresa para eliminar el riesgo de aprehensión.

Escenario de interacción. Casi todas las operaciones se realizan en equipo, habiéndose repartido las responsabilidades entre diversos individuos de una misma “mafia”.

Algunas veces es un solo atracador el que comete el robo, pero en la mayoría de los casos los profesionales operan en equipo. Cada uno de los socios interviene con su propia especialización.

Cuando son dos los asaltantes, uno de ellos puede actuar como “empistolado” y el otro un “as del volante”, que es el que facilita la fuga en automóvil.

Imagen propia. Estos delincuentes tienen de sí mismos una imagen muy definida de “virtuosos del delito”. Muestran orgullo de ser especialistas hábiles, y ven sus hazañas delictuosas un medio de vida lucrativo y satisfactorio.

Se preocupan mucho de poner bien en claro la distinción que existe entre ellos y demás transgresores “aficionados”.

Actitudes. Varía mucho la actitud de estos delincuentes profesionales frente a la policía; miran con desdén a los agentes ineptos y los califican de bufones pero saben respetar a los policías competentes pero, en cualquiera de ambos casos, estos profesionales no demuestran hacia la policía gran hostilidad; la consideran como un organismo necesario de personas que tienen un trabajo que cumplir.

Con respecto de los bienes legítimos y convencionales de ganarse la vida mantienen una actitud, hasta cierto punto, negativa, pues la delincuencia les parece un camino más productivo.

Trayectoria de actuación. Proviene ordinariamente de los sectores urbanos de la clase baja. La mayoría inicia su carrera criminal desde joven, como pandillero depredador (tipo 1).

Esto no significa que la mayoría de los pandilleros ladronzuelos se conviertan después en profesionales, sino más bien, que de un grupo muy numeroso de jóvenes ladronzuelos emergen y se destacan unos cuantos que serán los “profesionales”.

Suceso con frecuencia que los “virtuosos” se perfeccionan a través de una serie de experiencias de trabajo con los profesionales más maduros, de quienes aprenden las artes del oficio. Las personas que hacen carrera en esta clase de delitos contra la propiedad ajena muestran una tendencia a continuar con esta línea hasta ya pasada su primera juventud y entonces muchos de ellos optan por retirarse para ejercer otras actividades de género no delictuoso.

EL SEMIPROFESIONAL DEL DELITO CONTRA LA PROPIEDAD AJENA

Configuración de delitos. Estos transgresores se dedican a los atracos a mano armada, robos con escalo, latrocinio de menor cuantía y otras formas similares de delitos contra la propiedad privada o las personas. La estrategia de que se sirven es relativamente simple y poco elaborada.

Digamos, por vía de ejemplo, que no se requiere una planeación escrupulosa ni una serie de cuidados prolijos en un asalto a mano armada; basta casi siempre con recurrir a la aplicación un tanto burda de la fuerza física para despojar a la víctima de sus pertenencias. La razón para considerar esta actividad delictuosa dentro del orden semiprofesional está en que los individuos que la emprenden suelen considerarla como un trabajo propio, aunque no requiera un grado notable de pericia técnica.

Escenario de interacción. En muchos de los delitos de los semiprofesionales intervienen únicamente dos partes: el agresor y la víctima.

Pensemos, por ejemplo, en un asalto a mano armada contra una vinatería o contra una gasolinera. A veces los semiprofesionales trabajan en equipo; ello puede verse en ciertos casos de asalto o de violación de caja de caudales.

Sea como fuere, el criminal tiende a actuar en una forma directa y burda, por lo que rara vez se establece un cuadro complejo de interacción humana.

Imagen propia. Estos semiprofesionales se consideran a sí mismos delincuentes. Una nota característica es que no encuentran otras alternativas de conducta fuera de la delincuencia y que se creen víctimas de una sociedad corrompida en donde cada cual se especializa en alguna trapacería o negocio chueco.

De aquí que el profesional no tenga sentimientos de culpabilidad por sus delitos y eche la culpa al "sistema".

Actitudes. Muestra mayor hostilidad y antagonismo hacia la policía que el profesional o "virtuoso". Indudablemente que esta virtud se debe, en gran parte, a que tiene que vérselas con la policía con más frecuencia. Y ello también explica porqué alberga sentimientos personales más hostiles hacia los representantes del poder judicial y de las instituciones rehabilitadoras.

El delincuente semiprofesional mira también despectivamente los empleos y los trabajos convencionales alegando el pretexto de que "únicamente los imbéciles trabajan".

Con frecuencia es posible observar que sus resentimientos y amarguras abarcan no sólo a los representantes de la ley, sino también, a sus mismos progenitores, a las instituciones de la sociedad, a las escuelas y a otros grupos sociales.

Trayectoria de actuación. Si se les contrasta con el grupo de los profesionales "virtuosos", vemos que la porción mayor de ellos sí proviene de las pandillas de ladronzuelos jóvenes.

En otras palabras, la mayoría de los transgresores semiprofesionales adultos hizo escuela en una pandilla de ladronzuelos y muchos de éstos persisten haciendo fechorías como delincuentes semiprofesionales.

Cuando llegan a la mayoría de edad, acumulan rápidamente en sus respectivas "fichas" cargo sobre cargo y una serie de consignaciones por delitos y compromisos con instituciones tutelares.

Los riesgos que corren de ser aprehendidos, convictos y encarcelados son muchos dada la poca habilidad o experiencia con que realizan sus atracos.

Muchos de ellos pasan una buena parte de sus primeros años de adultos reclusos en instituciones penales donde sus compañeros los como "dignos de confianza" por sus actitudes anticonformistas.

Tal parece que los esfuerzos terapéuticos ordinarios no tienen éxito para apartar estas personas del camino del crimen. Sin embargo, pasada la primera edad adulta, muchos de ellos optan por retirarse del ejercicio activo de la delincuencia.

OTROS TRANSGRESORES DE LA PROPIEDAD AJENA, TRANSGRESORES POR ÚNICA VEZ.

Configuración de delitos. Se trata de transgresores que cometen solo un delito contra la propiedad ajena, frecuentemente de naturaleza grave, un robo cuantioso, por ejemplo. No entran en ésta categoría los malversadores de fondos que también cometen, en muchos casos, solo un acto delictivo aislado.

Estos "golpeados por la mala racha" suelen mostrar muy poca habilidad en la ejecución de sus delitos, por lo que no tardan en caer en manos de la policía.

Escenario de interacción. Es muy común que sus operaciones delictuosas las realicen en forma solitaria. En aquellos casos en que si colaboran con ellos otros cómplices, lo más común es que todos sean simples aficionados.

IDENTIFICACIÓN DEL DELINCUENTE

Cuando se detiene a un sujeto como presunto responsable del delito imputado, la autoridad procede a identificarlo.

Nada es tan delicado como las acusaciones infundadas y los testimonios falsos o imprecisos. Ello da origen a injusticias innumerables, a pérdida de tiempo y dinero, y sobre todo, al menoscabo de la credibilidad de la ley y las autoridades.

De lo anterior se infiere que no bastan los datos e informaciones aportados por la víctima y los testigos, sino que es necesaria la intervención de los especialistas para lograr la identificación del delincuente.

Cabe señalar que la identificación se puede presentar tanto con detenido como sin él (en éste último caso, se emplea el retrato hablado).

Criminalística. Esta disciplina, que reúne conocimientos técnicos y científicos para la investigación del delito y del delincuente, resulta de gran ayuda en el derecho penal, pues disipa los cuestionamientos formulados.

La personalidad del delincuente. El conocimiento de la personalidad del delincuente es de gran trascendencia en el drama procesal; ya la Escuela Italiana, durante el siglo pasado, insistió enérgicamente sobre éste problema como necesidad inaplazable para el logro de una verdadera justicia penal.

La personalidad del delincuente, o más bien, el estudio psicosomático social del procesado versará sobre el conocimiento del propio reo, sobre los elementos familiares, ambientales e investigación social, para conocer su personalidad y el juez esté en aptitud de dictar una resolución y aplicar el tratamiento individual adecuado en bien del sujeto y de la colectividad.

Se a insistido en que un estudio de esta naturaleza debe abarcar un doble aspecto: el biológico y el psicológico, para saber el mecanismo del delito y precisar el porqué se a cometido y bajo que influencia el sujeto a obrado de tal forma, para determinar las medidas adecuadas a su tratamiento.

La Escuela positiva se interesó en este tema: Lombroso, Garófalo y Ferri, revolucionaron con sus observaciones el proceso penal; se pronunciaron en contra del "procedimiento inventado por los juristas" y pugnarón por las reformas necesarias que condujeran a hacerlo útil.

Garófalo hizo hincapié en lo siguiente: "La ley que a establecido las formas de los delitos con predominio del elemento objetivo, no se preocupa casi nunca del delincuente y olvidan que lo único que justifica la represión penal es la defensa social. El sistema del procedimiento debe dirigirse al mismo fin preventivo que el Código en que las penas se establecen; y más bien de aquél que de éste a de esperarse el peque efecto útil que las amenazas legislativas pueden producir sobre los delincuentes".

Fundamentalmente, existen los siguientes sistemas de identificación:

Dactiloscópico. Mediante el examen de las impresiones dactilares se puede identificar a un sujeto. Cabe aclarar que no existen huellas digitales idénticas, pues todas son diferentes, por lo tanto, se trata de un sistema sumamente eficaz.

Antropométrico. Consiste en una serie de medidas, proporciones y características de cuerpo humano que sirven para distinguir a las personas y lograr su identificación.

Retrato hablado. Es la técnica por medio de la cual un sujeto (víctima o testigo) aporta los datos o características del delincuente, mientras que un dibujante especializado en este ramo, realiza la descripción gráfica, conforme a los datos aportados. Su validez dependerá de la exactitud con que el informante proporcione los datos descriptivos.

Existen técnicas más modernas en las cuales se maneja dibujos base, con micas transparentes sobrepuestas con distintos rasgos, formas y tamaño de ojos, bocas, anteojos, etc., que permiten combinaciones múltiples.

Química y Biología Forense. Mediante el análisis de sangre, semen, cabello, ropas diversas y también diversas sustancias orgánicas e inorgánicas, etc., se puede identificar a un sujeto.

Paulatinamente, los avances en criminalística han superado los obstáculos que dificultaban o hacían imposible la identificación.

Por supuesto, se requiere un alto nivel de técnicos o profesionales en constante capacitación y actualización y un verdadero interés por parte de las autoridades, sin olvidar lo fundamental: la ética de dicho personal.

La necesidad que tienen los jueces de conocer los antecedentes de cada reo, puesto que la ley les obliga a considerar el concurso, la reincidencia y la habilidad, así como las exigencias de las investigaciones policíacas, cuyo éxito depende muchas veces de la identificación de personas señaladas por testigos, que han dejado huellas en el lugar del delito, etc., han hecho que de tiempo atrás se busque una manera segura de reconocer, en cualquier momento a quienes se relacionan con la delincuencia y encontrar el mejor modo de aprovechar las huellas que puedan conducir al resultado que se busca.

Se puede afirmar que una de las funciones de la picota española y del pilori francés de la edad media, a más de causar la vergüenza del penado, era la de asegurar, por medio de la exposición pública, el conocimiento de los delincuentes para su fácil identificación posterior por todos los ciudadanos.

A la edad moderna solo se afirma que han llegado y se conservan estas prácticas en algunos lugares de China y de Estado Unidos de Norte América.

Las marcas con fines más definidos, eficaces y permanentes, se usaron las marcas que con un hierro candente se ponían en el cuerpo de los sentenciados, como la "L" grabada tras el hombro derecho de los ladrones de España o la flor de Liz usada por los franceses.

Registros judiciales. Desterradas esas prácticas bárbaras y de suprema ignominia, se inició la de anotar, por orden alfabético los nombres. Edades y domicilios de todos los sentenciados, con la pena que se les había impuesto y un extracto del proceso respectivo; estas constancias se concentraban periódicamente en el Ministerio de Justicia y en la Jefatura de la Policía (en Francia), constituyendo así sendos archivos que fueron conocidos como Somniers Judiciares.

El "casillero judicial". En 1850 se puso en vigor una modificación del sistema, propuesta por Boneville de Marsagny, que consistía en organizar aquellos archivos por medios de fichas o cartulinas individuales en que se anotaban las condenas sucesivas que se le impusieran al fichado.

Esas tarjetas se reunían y conservaban en el tribunal correspondiente a la cabecera del departamento en que se hallaban los domicilios de los respectivos penados.

Pero pronto se advirtió que para obtener un informe de esos archivos era necesario indicar, por lo menos, el nombre del sujeto cuyos antecedentes se querían conocer; ese nombre debía esperarse que lo diera el propio acusado sin alteración alguna, esperanza demasiado ingenua que pronto hizo caer en desuso el método.

Antropometría o Bertillonaje. Inspirado en los estudios de Quetelet, el doctor Bertillón propuso un sistema antropométrico basado en la observación de ciertas proporciones, medidas y caracteres que por ser propios de cada individuo se creyó que podían servir en conjunto para identificar a cualquier sujeto.

Debía medirse, pues, con instrumentos de precisión y técnicas especiales, la estatura, la longitud de los brazos extendidos en cruz, los diámetros craneanos, el tamaño de la oreja derecha, del pie izquierdo, etc., se anotaban conforme a escalas definidas como la de Broca, los caracteres cromáticos de los ojos, la piel, caracteres morfológicos de la frente, la nariz, la boca; las señas particulares que se encontraran como cicatrices, lunares, tatuajes, manchas, pérdida o falta de un dedo, de una mano, etc., y a todo ello se agregaban fotografías tomadas de frente y de perfil, las cuales se logró que por sí solas dieran información métrica que de otro modo era difícil lograr con precisión (estudios de Bertillón, Chervin, Broca, Mollison, Genna, etc.), y ciertamente se esperaba tener algo más efectivo que todo lo anterior.

Pero las medidas cambian en la adolescencia y en la vejez; la toma de todos esos datos exactos requería personal especializado y cooperación del reo, cosas ambas que de ordinario no se cuenta y cuya falta hacer caer el trabajo en una rutina ociosa que se anotaban medidas aproximadas que corresponden a muchas personas y luego: ojos café, pelo castaño, boca regular, nariz regular, etc.

Dactiloscopia. Lo que ha venido a proporcionar un elemento decisivo es el conocimiento de que los dibujos naturales que forman las papilas en las yemas de los dedos, prácticamente no se modifican en el mismo sujeto, desde los seis meses de edad intrauterina hasta después de la muerte, ni se repiten en dos sujetos de la especie humana.

Esta observación desarrollada, profundizada en sus detalles y sistematizada hoy admirablemente para su manejo, constituye una importantísima técnica puesto que no sólo se forman archivos con la identificación más segura y fácil de grandes números de personas, sino que con frecuencia los delincuentes, al imprimir sus huellas en los objetos que manejan, sin darse cuenta dejan su tarjeta de visita, que después, mediante vapores de yodo, polvos adherentes y colorantes o sustancias perfectamente conocidas y constantemente empleadas, se revela o hace visible para su estudio, comparación de los dibujos correspondientes a los sospechosos o a los maleantes clasificados en los archivos y determinación cierta del sujeto cuyas marcas han sido encontradas.

Estos estudios, a veces se complementan con la "peroscopia" la cual sin ser, propiamente una técnica autónoma, se funda en el hecho de que las crestas papilares se forman por la sucesión de poros sudoríparos que, cuando la huella completa es borrosa o imprecisa o se ha logrado evitar mediante el uso de guantes ligeros, aún pueden aparecer marcados por ser la fuente misma del humor que se adhiere a los objetos, dando una clave menos clara y precisa, pero útil todavía para las investigaciones de que se trata.

Los archivos así formados, por abundantes que sean, pueden resultar insuficientes si se trata, por ejemplo, de un delincuente primario o que sólo tenga antecedentes fuera del país, por lo cual su identidad no se halle registrada o no se tenga a la mano; por esos algunos Estados han intentado establecer un registro de identidad que abarque a todos los habitantes de su territorio y además, celebrar convenios con los demás pueblos para comunicarse recíprocamente toda clase de información de éste género y especialmente, para tenerse al tanto del movimiento migratorio entre ellos. Incluso para actividades más amplias que la simple identificación de los reos o de los presuntos responsables, se han organizado cuerpos de policía con facilidades para una acción internacional.

En cuanto a la historia de la "Dactiloscopia", así llamada por su gestión del argentino Francisco Latzina y prescindiendo de pinturas rupestres, así como de diseños encontrados en diversas piezas de cerámica prehistórica y en tablillas especiales descubiertas en Babilonia (Museo Británico) que

representan los surcos y las crestas observado en los dedos y en las palmas de las manos pero cuyo significado y utilidad sería muy aventurado afirmar que se conocían o apreciaban, es un hecho comprobado que en el Extremo oriente se usaba ya sea sello personal, desde hace muchos siglos, para la identificación en contratos y actos civiles y aún en relación con los penales.

CONCURSO DE PERSONAS

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

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

La acumulación de procesos o autos.

Bajo el nombre de "acumulación de procesos o de autos", nuestros códigos de procedimientos penales (local o federal), agrupan algunas disposiciones relativas a la substanciación de los problemas a que da lugar el llamado "concurso de delitos".

El concurso es el modo en que se puede presentar el delito en relación con la conducta y su resultado.

En principio, una sola conducta produce un solo resultado, pero hay dos casos en los que se presentan dos figuras que hacen ubicarse en el concurso de delitos:

a) a) Ideal o formal.

b) b) Real o material.

Ideal o formal. El concurso ideal o formal ocurre cuando con una sola conducta se producen varios resultados típicos (delitos), en cuyo caso se dice que existe unidad de acción y pluralidad de resultados.

En el artículo 18 del CPDF contempla el concurso ideal. Un ejemplo de ese tipo de concurso sería el de saboteador, quien con la única conducta de colocar un explosivo en un banco, produce lesiones, homicidios y daños en propiedad ajena.

Regla para sancionar el concurso ideal o formal. El artículo 64 del CPDF comenta: "en caso de concurso ideal, se aplicará la pena correspondiente al delito que merezca la mayor, la cual se podrá aumentar hasta una mitad más del máximo de duración, sin que pueda exceder en las máximas señaladas en el título Segundo del Libro Primero".

Concurso real o material. Éste sin duda alguna se presenta cuando con varias conductas se producen diversos resultados.

Aquí existe pluralidad de conductas y pluralidad de resultados, por ejemplo, un sujeto entra en un bazar de antigüedades y destruye piezas de gran valor, roba dinero al dueño y lesiona a la empleada.

Reglas para sancionar el concurso real o material. El segundo párrafo del artículo 64 del CPDF establece: "en caso de concurso real, se impondrá la pena correspondiente al delito que merezca la mayor, la cual podrá aumentarse hasta la suma de las penas correspondientes por cada uno de los demás delitos, sin que exceda de las máximas señaladas en el Título Segundo del Libro Primero".

Concepto. La acumulación de procesos o autos es la reunión de los expedientes que se tramitan con motivos de diversas infracciones penales cometidas por una persona o por varias; o de aquellos que se siguen ante diversos órganos jurisdiccionales para que sea uno solo quien instruya el proceso y lo continúe por todos sus trámites.

Casos en que procede. Durante el procedimiento el órgano jurisdiccional, atendiendo a las prescripciones de las leyes vigentes, necesita conocer de todos aquellos delitos conexos atribuidos a una persona determinada y por los cuales le a instruido los procesos respectivos para que reunidos y ante un solo órgano jurisdiccional sea factible la realización de los fines específicos del proceso penal.

Si al ejecutarse el delito intervienen varios sujetos, estaremos frente a la participación.

Esto puede dar margen a problemas diversos si separadamente se les a procesado; piénsese por ejemplo, que no podría llegarse a un cabal conocimiento de la conducta o hecho si cada uno de los intervinientes en la misma fueren procesados por distintos jueces; por otra parte, de ser esto factible, tal vez los resultados de los procesos instruidos en esta forma fueran distintos.

Por éstas razones y muchas otras que podrían agregarse, cuando en contra de una misma persona se siguen varios procesos por delitos diversos, también procede la acumulación.

El Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal indica: "La acumulación tendrá lugar":

I. I. En los procesos que instruyan en averiguación de los delitos conexos, aunque sean varios los responsables;

- II. II. En los que se sigan en averiguación de un mismo delito, aunque con diversas personas;
- III. III. En los que se sigan contra copartícipes de un mismo delito;
- IV. IV. En los que se sigan contra una misma persona, aun cuando se trate de delitos diversos o inconexos”.

La acumulación no procederá cuando los procesos se sigan ante tribunales de distinto fuero. “En estos casos, el acusado quedará a disposición del juez que conozca del delito más grave, sin que esto sea obstáculo para seguir el proceso por el delito menos grave”.

Naturaleza jurídica. La acumulación de procesos o autos es catalogada por las leyes adjetivas como incidente y en tal forma deberá tramitarse.

Sujetos que pueden promover el incidente. Pueden promover la acumulación: el Ministerio Público, el ofendido o sus representantes y el procesado o sus defensores. Independientemente de esto, el juez puede decretarla, si los procesos se siguen en el mismo tribunal.

“Promovida la acumulación, el juez oír a los interesados en la audiencia verbal, que se verificará dentro de cuarenta y ocho horas y sin más trámite resolverá dentro de los dos días siguientes, exponiendo las razones que le sirvan de fundamento”.

El Código Federal ordena: “La acumulación deberá promoverse ante el tribunal que, conforme al artículo anterior, sea competente; y el incidente a que de lugar se substanciará en la forma establecida para las competencias por inhibitoria”.

DELITO PLURISUBJETIVO

Es aquel en que la propia norma exige la concurrencia o participación de dos o más sujetos, por ejemplo, adulterio o incesto.

NOCIÓN DE PARTICIPACIÓN

La participación es la intervención de dos o más sujetos en la ejecución de un delito, sin que lo exija la norma, por ejemplo, homicidio o robo cometido por dos o más sujetos activos.

Si ordinariamente se considera el delito como la conducta de un solo hombre, nada impide que puedan ocurrir y de hecho ocurren con frecuencia, varios sujetos activos para la realización del acto o del conjunto de actos que constituyen la infracción penal; en estos casos se dice que hay una participación o una contribución de todos esos agentes para la comisión del delito y sin duda alguna se plantean importantes problemas que debemos analizar.

Muchos tratadistas se han preocupado por distinguir el delito colectivo, el bilateral y el recíproco, que son aquellos que no pueden cometerse sin la concurrencia de dos o más personas (como el motín, el duelo, la riña, el adulterio, etcétera), pues consideran que a tales casos no pueden aplicarse las reglas especiales de la participación, ya que el concurso de varias personas es un presupuesto necesario para la integración del tipo y cada concurrente debe responder de su propio acto como delito integral, aún cuando es claro que en esa especie de infracciones puede haber también partícipes accesorios que induzcan al delito, proporcionen medios para su ejecución y aún concurren sin necesidad a la ejecución de los actos constitutivos del tipo.

La participación, pues, en el sentido técnico que ha desarrollado la teoría, se refiere a la cooperación eventual de varias personas en la comisión de un delito que podría ser consumado sin la intervención de todos aquellos a quienes se considera partícipes.

Y por supuestos, como se ha dicho antes, desde el Derecho Romano se reconoce que toda participación queda condicionada, para serlo y para ser tratada como tal, a que el delito se realice en un grado punible.

Para consolidar esta conclusión y tratando de explicar la naturaleza íntima del fenómeno, se han examinado estas cuestiones:

Lo que se comete en estos casos de actividades concurrentes ¿es realmente un delito o son varios?.

PARTICIPACIÓN EN DELITOS NO PROYECTADOS

Diré para terminar que, por una combinación de los supuestos del dolo indirecto o eventual y de los casos en que se participa en lo material por medio de comisiones, nuestro artículo 14 reproduce, en esencia, los números 51, 52 y 53 del Código de 1871, y dice: Si varios delincuentes toman parte en la realización de un delito determinado y algunos de ellos comete algún delito distinto, sin previo acuerdo con los otros, todos serán responsables de la comisión del nuevo delito, salvo que concurren los siguientes requisitos:

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

- II. II. Que aquel no sea una consecuencia necesaria o natural de éste o de los medios concertados.
- III. III. Que no hayan sabido antes que se iba a cometer el nuevo delito, y
- IV. IV. Que no hayan estado presentes en la ejecución del nuevo delito, o que habiéndolo estado hayan hecho cuanto estaba de su parte por impedirlo”.

DELITOS DE MULTITUDES

Hay una forma de participación en que sin duda existen factores que diversifican el delito y la responsabilidad y es por ello muy digno de tomarse en consideración: es aquella que concurre una muchedumbre de sujetos, sin previo concierto criminal, aunque posiblemente con un fondo común de sentimientos, de ideas y aún, a veces, de pasiones que cada individuo a sabido y a podido sujetar y mantener dentro de la disciplina social, pero que se exaltan y se crean más justificadas en la acción ante la actitudes unánimes de la masa y ante el anonimato que ofrecen las circunstancias, tomando los hechos como una especie de tercero (el conjunto) y no como propios.

Basta una provocación, una excitación y el mínimo de movimientos comunes, para que cada sujeto se sume a la marea del conglomerado y ejecute actos que aisladamente no habría realizado y de cuyo recuerdo se sorprenderá y quizá se avergonzará cuando recobre la ponderación y la capacidad de análisis y de reflexión.

ELEMENTOS OBJETIVOS. GRADOS DE PARTICIPACIÓN

Nuestro Código de 1871, ajustándose a la técnica predominante, en su época, distinguió varios grados de participación, señalando separadamente:

Los autores del delito;

Los cómplices, y

Los encubridores.

Tal distinción se a mantenido en la doctrina, en el lenguaje ordinario y aún en el espíritu de nuestras leyes, si bien ya no se toma esa diferenciación material como único dato para determinar la penalidad, según se a explicado, ni se admite de manera unánime que los encubridores sean partícipes en la comisión de un delito, pues basada la inteligencia de la participación en el principio de causalidad, ha saltado a la vista, como una consecuencia de bulto, que todo acto posterior a la consumación si no se hace de acuerdo previo o como un ofrecimiento anterior que sirva de estímulo para la comisión del delito, no puede ser un aporte causal, sino algo que está afuera del mismo delito, ya integrado y completo, aunque acaso sea conexo con él y por tanto resulte afectado por su mayor o menor gravedad.

No se puede abonar a nuestra legislación un adelanto paralelo en éste punto, pues sigue hablando del encubrimiento como forma de participación, pero si se advierte su propósito de forzar la consideración integral de los factores objetivos y subjetivos de cada partícipe en la comisión del único delito realizado.

Aquel Código de 1871 disponía en sus artículos 219 y 220, que al cómplice de un delito se le castigaba con la mitad de la pena que le correspondería si fuera el autor y con arresto mayor o menor a los encubridores.

La Ley de 1931 ha suprimido ésta separación: enumera a todos los que considera que pueden ser responsables, evitando marcar toda distinción en grupos y aún incurriendo en cierto desorden al interponer a los cómplices y a los encubridores entre aquellos que conciben preparan o ejecutan el delito y los que “inducen directamente a otro a cometerlo”, no obstante que éstos pueden tenerse también como autores (intelectuales o morales), al igual que aquellos primeros que participan en la concepción, preparación o ejecución del delito, y, permite luego guardar la pena entre los límites generales fijados para el delito y no entre los límites especiales que ya no señala para cada grupo de partícipes.

Aun cuando el precepto que habla de las “personas responsables de los delitos” se refiere sólo al grado de participación material y termina diciendo que debe fijarse la pena “según la participación de cada delincuente”, debe interpretarse tal disposición juntamente con la general que se contiene en el artículo 51, que dice: “Dentro de los límites fijados por la ley los jueces y tribunales aplicarán las sanciones establecidas por cada delito, teniendo en cuenta las circunstancias exteriores de ejecución y las particulares del delincuente”.

Estos factores subjetivos o peculiares del delincuente se desarrollan luego en el artículo 52.

El precepto específico que se refiere a la participación es el artículo 13 y fue redactado de esta manera: “Son responsables todos aquellos que toman parte en la concepción, preparación y

ejecución del delito o presentan auxilio o cooperación de cualquier especie, por concierto previo o posterior, o inducen directamente a alguno a cometerlo”.

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

los autores de éste código subrayan el hecho de haber suprimido las denominaciones distintivas de autores, cómplices u encubridores, pero agregan: “Esto no quiere decir que para el Código vigente ya no existan grados de coparticipación en la empresa delictuosa sino que toca al juez precisar ese grado”.

Es pues, imprescindible considerar la situación particular de cada sujeto en el delito, por lo que ve a su grado de participación material, por ser un factor, aunque no el único de su responsabilidad.

AUTORES

Si nos decidimos a separarnos del concepto de accesoriedad como fundamento de la responsabilidad de los partícipes, veremos desaparecer aquella limitación con que por algún tiempo se consideró conveniente el título de “autores” sólo para quienes ejecutaban el acto material constitutivo del delito, pues tal cosa tenía por objeto fijar el centro de donde pudiera irradiar la responsabilidad para todos los que actuaran en relación con él, como agentes “accesorios” del verdadero delincuente.

Hoy podríamos decir que son autores todos los que ponen una causa eficiente del delito y como estas causas son siempre una actuación o una conducta que requiere, para serlo, un elemento psíquico y un elemento físico, nada impide considerar la posible separación de tales elementos y el reconocimiento, por tanto, de autores materiales, que serían los que físicamente realicen los actos característicos del tipo penal; autores morales o intelectuales cuyo aporte sea simplemente de esta naturaleza, “como voluntad que opera en otras sobre otra voluntad” induciendo a cometer la infracción; autores por cooperación, siempre que se preste un auxilio necesario para la consecución del fin delictivo; autores mediatos, llamados así porque realizan el delito a través de una persona exenta de responsabilidad que por lo mismo, no es partícipe en el delito sino simplemente en el acto material, como instrumento físico y no como sujeto de la infracción penal.

Autores materiales o por ejecución. Son aquellos, como se ha dicho, que realizan el acto directamente constitutivo del delito, como dar la puñalada o disparar el tiro mortal.

Autores intelectuales o por inducción. Se consideran como tales, en derecho, a quienes no realizan por sí un delito pero logran que otro lo ejecute, usando para ello medios eficaces que no lleguen a impedir la concurrencia de la voluntad libre y el entendimiento por parte del inducido.

Manzini, en el número 425 de su Tratado (Traducción de Santiago Sentís Melendo, tomo III, Pág. 267), dice: “Para juzgar de la eficacia del medio empleado convendrá examinar la naturaleza de las relaciones entre el sujeto activo y el sujeto pasivo de la determinación el grado de la fuerza de voluntad de cada uno de ellos, la más o menos fácil sugestibilidad del sujeto pasivo, etc.

Una larga e instantánea obra de persuasión, una mirada o un signo expresivo, una palabra convencional, una burda imposición, una clara imposición, un discurso de doble sentido, un sorteo consensual o una designación autoritaria (como en las sociedades secretas), una incitación demagógica (como en muchedumbres tumultuarias) y así sucesivamente, son todos ellos medios con los cuales se puede determinar a otro al delito y asumir consecuentemente su responsabilidad, cuando en realidad se haya conseguido formar en el ánimo ajeno el propósito (o la aceptación) de cometer un cierto delito”.

Autores por cooperación. Resultan ser, atenta la teoría de la causalidad, todos aquellos que no ejecutan el acto a que se refiere la descripción legal del delito, ni inducen a ello directamente, pero sí prestan un auxilio necesario para una u otra cosa, o sin el cual no hubiera sido posible la consumación criminal.

En el terreno de auxilio intelectual podría este sujeto revelar los planos, lugares o secretos sin cuyo conocimiento no se pudiera tener acceso al tesoro que trata de robarse; y en la ejecución física podría tener como auxilio necesario el que presta c, viendo atacado a b por a, con arma blanca, si al advertir que el agredido se presta a la defensa y es más fuerte o empuña para ello una pistola, le sujeta la mano y hace posible que a consuma sus propósitos.

AUTORES MEDIATOS

Se ha llamado así a todos aquellos que realizan un delito valiéndose de una persona excluida de responsabilidad.

Como casos comprendidos en este supuesto se puede recordar a quienes por medio de la fuerza física obligan a otro a ejecutar los movimientos que han de consumir el delito; a quienes se valen de un inimputable para la realización de sus planes; a quienes provocan un estado hipnótico para ejercer la sugestión y hacer que se cometa el delito; al superior jerárquico que obliga, mediante ordenes que

no se pueden eludir, a ejecutar un acto delictuoso; en casos de coacción moral que impidan la libre determinación; y en casos de ejecutorios engañados o de cuya ignorancia se valga el inductor.

Autoría en delitos especiales. Ahora bien, si autores son tanto los que inducen a personas responsables como los que inducen a irresponsables, es inconsecuente y ligero extrañarse de las aplicaciones de este principio y querer acogerse, como un argumento en contra, a la necia hilaridad que en los legos pudieran provocar determinados casos de inducción en delitos especiales en que, sin necesidad de que haya mediado un agente refractario a la penalidad, podría resultar un particular cualquiera responsable como autor (por inducción) en el delito de peculado, o una mujer responsable, como autora (por inducción) en la violación de otra mujer; o podría realizarse cualquiera otro de esos ejemplos rebuscados que se quieren presentar como imposibles o como meros chascarrillos de almanaque.

En todo delito especial puede ser autor, por inducción, una persona no cualificada para la ejecución material del mismo, si ésta se haya a cargo de quien reúne los requisitos exigidos por la ley.

El Código alemán que servía de base a los estudios de Binding, tal vez para evitar las discusiones suscitadas en la Edad Media, sancionó especialmente, en su artículo 160, la inducción al perjuicio (que hoy se quería encontrar en el falso testimonio) y estableció diversos tratamientos o consideraciones para otros casos envueltos en la polémica, con lo cual permitió decir que aquella inducción al perjuicio, por ejemplo, no era (o no se sancionaba como) autoría por inducción, sino como delito específico y con pena propia; pero además, hoy se duda mucho de que haya tales delitos "de propia mano", hay que pensar, dados los términos de nuestra legislación ¿qué se haría si Pedro indujere a Juan de rendir un falso testimonio? ¿Deberá pasarse inadvertida la conducta de Pedro? No habiendo en nuestras leyes precepto que tipifique y sancione de manera especial esa inducción, ¿cómo se juzgará el caso? ¿Quedarían en el aire todas estas preguntas y en suspenso también la justicia?, o se tendría que considerar el repetido Pedro como autor (por inducción) del delito de falsedad.

Connivencia. Una forma de coautoría, estimada por algunos como complicidad, es aquella en que el auxilio prestado consiste en no impedir la ejecución del delito, supuestas la posibilidad y la obligación de hacerlo.

En nuestro derecho no se le exige tal obligación para algunas autoridades de manera especial, como para la policía preventiva y para los encargados de las prisiones, sino que el artículo 400 del Código Penal sanciona a cualquier ciudadano que no procure, por todos los medios lícitos que tenga a su alcance, impedir la consumación de los delitos que sepa que van a cometerse.

El policía que se aleja del punto encomendado a su vigilancia, por acuerdo con los malhechores y para permitir que se cometa un delito; el vigilante de una prisión que disimula los trabajos que realizan los presos para su evasión, etc., son coautores del delito que resulta cometido, por connivencia.

Auxilios por omisión. Se suele señalar como un matiz diverso la concurrencia o la cooperación que se presta en los delitos mediante omisiones, pues en estos casos no sólo se denuncia o no se impide el delito, sino que por un acto omisivo se contribuye a su producción.

Si entre los obreros se acuerda el sabotaje y, mientras algunos de ellos ponen pedazos de hierro en las bandas que transportan el trigo al molino, por ejemplo, el encargado especialmente de vigilar la limpieza de lo transportado deja pasar aquello que va a destruir los engranes o las piezas que hacen la molienda, habrá ejecutado una omisión que será daño de la causa que resulte.

Igualmente, si el mecánico de revisar los aviones antes de cada vuelo no repara los desperfectos que otros hicieron, para que se produzca el siniestro, será tan responsable por su omisión, como los que positivamente prepararon la catástrofe.

Participio en los delitos de omisión. Finalmente, tanto por actos positivos como por omisiones, se puede contribuir a la realización de un delito de omisión o de comisión por omisión.

Cómplices. Descartados los que inducen a cometer un delito, los que lo ejecutan y aquellos que prestan un auxilio necesario para la realización del mismo, quedan como cómplices todas las demás personas que concurren indirectamente a la caución del evento.

Este auxilio puede presentarse desde que se inicia la secuela criminal hasta que se finaliza contribuyendo a la planeación, la separación y la ejecución y tiene como requisitos:

1. Que lo hecho tenga alguna eficacia en la ejecución total.
2. Que tal contribución sea de carácter secundario y sustituible, en abstracto, por ayuda de otro de los propios medios de los autores.

Naturaleza de participación. La participación a sido tratada por diversas teorías, a fin de explicar su naturaleza, a saber:

Teoría de la causalidad. Trata de resolver la naturaleza de la participación, de acuerdo con la causalidad. Quienes coadyuvan con su omisión a causar con el resultado son coautores, partícipes o delincuentes.

Como reacción provocada por los caracteres más repelentes de aquella tesis sobre accesoriedad de la participación, se puso la mira en el verdadero nexo que une a todos los partícipes con el delito realizado y les hace responsables del mismo, o sea en el hecho de que todos concurren a la causación del evento producido, aportando cada uno algún influjo para su perpetración y teniendo por ello responsabilidad en el delito.

A Von Buri se atribuye esta valiosa observación, aunque injustamente se le hace cargo de haber firmado la equivalencia de todas las causas concurrentes, sobre argumentos ligeros, para concluir volviendo a los sistemas del Derecho Romano, largo tiempo abandonados, que asignaban la misma pena para todos los partícipes.

Teoría de accesoriedad. Es autor quien realiza el acto delictivo o conducta típica; así, hay una conducta principal y otras accesorias que corresponden a los partícipes.

Dando por supuesta a la unidad del delito y exagerando la dependencia de los auxilios prestados por los partícipes a quien ejecutó los actos constitutivos directamente del tipo penal, se creyó encontrar en este "autor principal" el núcleo de unificación de todas las actividades convergentes, las cuales se tuvieron como accesorias, pues se pensó que sólo así se podría explicar el hecho de que muchos actos ejecutados por distintos sujetos, con discutible antijuridicidad y la conciencia y voluntad que hacía responsable a sus autores, no se tuvieran como otros tantos delitos completos.

Y tan fuerte llegó a ser la convicción de este carácter accesorio de la responsabilidad de los partícipes, respecto a la del agente principal, que aun en el efecto eximente de algunas causas de inimputabilidad, por parte del verdadero delincuente o autor material del delito, se comunicaban y beneficiaban a quienes había auxiliado a éste, pues tales conductas "accesorias" se tenía por cierto que tenían o debían seguir la naturaleza de la principal y, no siendo ésta delictuosa ni punible, no lo eran tampoco las de todos los demás.

Teoría que afirma la pluralidad de delitos. Frente a esas dos posiciones anteriores e insistiendo en asignar a cada responsable una penalidad adecuada al acto por él ejecutado, a su responsabilidad y a su peligrosidad demostrada, se pensó que tal propósito era incompatible con la unidad y comunidad del delito y se quiso cortar el mal de raíz, para lo cual se atribuyó a cada concurrente (que ya no podía llamarse partícipe) un delito autónomo con su pena propia. Así, además, se podrían estimar para cada sujeto las excluyentes, agravantes o atenuantes que a él se le ligaran, con absoluta independencia de los demás, cuyos actos tenían sus elementos propios y formaban unidades distintas.

Massari, es indicado de ordinario, como responsable de esta doctrina si bien colaboraron en su producción otros varios como Foinitzky, Getz y Bataglini, sin que la tesis haya logrado mayor fortuna.

La teoría más adecuada es la de la causalidad, siempre que se haga un análisis profundo de cada elemento del delito, considerando los objetivos y los subjetivos. En cualquier caso, cada partícipe debe responder por el daño causado.

Desarrollo definitivo de la teoría causal. Liquidados los errores sobre una supuesta necesidad de igualar las penas y con una sensación valoratoria más fina, según la expresión de Mezgre, se volvió a la aspiración de sancionar a cada partícipe de acuerdo con su menor o mayor aportación objetiva en la realización de lo que indiscutiblemente es un solo delito, pero de acuerdo también con los datos individuales y subjetivos de responsabilidad, lo cual significa la verdadera síntesis de los ensayos anteriores.

Así orientada la estimación de la responsabilidad corresponde a cada partícipe, debemos separadamente examinar cada uno de los datos que concurren a formarla: tanto el objetivo de mayor o menor eficacia causal o del aporte prestado para la realización del hecho típico, como el subjetivo que se refiere a la perversidad demostrada por cada sujeto o a su más o menos franca y reprochada actitud de oposición al orden social.

ELEMENTO SUBJETIVO

Llegados a este punto es obligada la cita de Ferri, por la sencillez y claridad con que puso de relieve el valor preponderante del elemento subjetivo para determinar la responsabilidad, afirmando que el delincuente más peligroso y más astuto no es forzosamente el autor material del delito sino que puede encontrarse en quien se ha reservado el papel de investigador y aun el de cómplice, pues en muchos casos el autor material obedece a motivos menos innobles que los del cómplice.

Ahora bien, este factor subjetivo se presenta en diversas formas.

A) A) Intención. Existe la intención en un partícipe cuando no sólo ejecuta un acto que contribuye a la realización del delito, sino que lo hace precisamente con ese propósito y sabiendo que el resultado es delictuoso.

La doctrina quizá por se este el caso más frecuente o el supuesto más elemental, se ha referido siempre a esta participación mencionada y, en fuerza de repetir siempre lo mismo, llegó a ver con extrañeza y hostilidad cualquier otra hipótesis. Quien afirmó dogmáticamente que no puede haber participación en un hecho no previsto ni querido; quien refleje todavía en su pensamiento una supervivencia de la accesoriedad llevada al extremo de exigir iguales actitudes entre el autor del delito y todos sus accesorios; quien habla sólo comentando una ley que implica el supuesto de intención común y que naturalmente lleva a repetir ese criterio sin examinar cosa alguna diversa.

Así pues, si para que la coparticipación exista basta que haya un resultado típicamente antijurídico que se produzca por la concurrencia de aportaciones causales, “independientemente de la culpabilidad de este o de aquel copartícipe”, con mayor razón se puede afirmar lo mismo cuando sólo hay diversidad en el grado de culpabilidad en los partícipes; es decir, que todos concurren materialmente a la producción del resultado y en cada uno se integra su especial responsabilidad o aún se excluye esta, según la presencia, la ausencia o la calidad del factor moral con que se actúa.

B) B) Dolo indirecto, indeterminado o eventual. No creo que haya dificultad, después de lo dicho, en admitir que alguno o algunos de los partícipes actúen con estas clases de dolo, concurriendo con agentes cuya actitud mental sea diferente.

El caso se daría si quien manda algunos objetos en un avión quiere destruirlos para cobrar el seguro, e induce a quien tiene facilidad de acercarse al aparato para que ponga en él un explosivo, excitando el rencor, el odio o el deseo de venganza que éste último tiene respecto al piloto.

Procesados después ambos por el homicidio resultante, se podrá distinguir: en el inductor un dolo indirecto, en el inducido la intención directa de matar.

Este dolo de inductor no es indeterminado puesto que se precisan de antemano los efectos del acto; ni eventual porque no es dudoso, ni esporádico, ni contingente, ni incierto que el piloto muera si en el avión se a colocado un explosivo capaz de destruir el aparato y su contenido durante el vuelo. Se pone este como un ejemplo que puede repetirse ajustándolo a los supuestos precisos de dolo indeterminado o eventual; e insisto en distinguir estas clases de dolo del simplemente indirecto, el indeterminado y el eventual, como subespecies del dolo indirecto que es el término lógico en la clasificación del dolo directo y de dolo indirecto, no porque ignore que se a dicho que ya no está de oda hablar del modo indirecto ni del indeterminado, sino porque estas materias no son cuestiones de “modas” sino de precisión científica, lo que obliga a distinguir lo que es diferente.

C) C) Culpa. Afortunadamente ya se admite y se va extendiendo más cada día el criterio favorable a la posibilidad de participación en delitos culposos: Maggiore, comentando el artículo 113 de su código italiano de 1930, que ya admite esta clase de concurso, declara: “Esta solución parece rigurosamente jurídica, si se tiene en cuenta la naturaleza del delito culposo. Este, en efecto, no excluye la coincidencia y la voluntad se refiere sólo a la acción y no al resultado”.

Ahora bien, si una o varias personas obran de manera que consciente y voluntariamente prestan su ayuda a la acción ajena, ¿qué nos impide hablar de una cooperación psicológica al delito? ¿Por qué no se podrá de un delito único, cometido por todos los partícipes imprudentes o negligentes o no observantes de órdenes o instrucciones?

“Es tan evidente el carácter unitario de los delitos culposos cometidos de manera solidaria, que es inútil hablar en estos casos de concurrencia de causas autónomas e independientes”.

El error está en creer que la convergencia de acciones lleva siempre consigo una convergencia de intenciones y que es por eso dolosa; es fácil encontrar cuantos ejemplos queramos de encontrar de concurso de acciones no intencionales ni dolosas, pero sin embargo, voluntarias y conscientes.

D) D) Concurrencia de dolo y culpa. Más difícil es, sin duda, y por tanto, más escaso el número de los convencidos, reconocer que un mismo delito puede haber agentes con distinta postura psicológica, ya que el principio de accesoriedad, no desarraigado aún de todas las mentes, hace pensar con Manzini que, “puesto que el delito es único respecto a todos los concurrentes, la voluntad y el conocimiento exigidos para la participación delictuosa deben informarse en el elemento psíquico propio del delito de que se trate (doloso, culposo, preterintencional, contravencional), y por eso debe tratarse de dolo en los delitos dolosos y de culpa en los delitos culposos. No puede, por consiguiente, tenerse propiamente, un proceso culposo en un delito doloso”.

Aquí se transparenta claramente la idea de que el elemento psíquico “del delito” es el elemento psíquico del autor principal, y que los partícipes, como accesorios del mismo. “deben informarse” en él y “por eso debe tratarse de dolo en los delitos dolosos y de culpa en los delitos culposos”. Pero hoy entendemos la conexión entre los partícipes de otra manera y por esos, puede haber concurso aun en delitos cometidos por culpa sin representación; la relación que unifica todas las actividades radica

en la causación del mismo resultado, con una voluntad común de unir las acciones, pero no necesariamente de buscar el resultado.

Por eso Maggiore, al admitir la participación en delitos culposos dijo: “El elemento psíquico del concurso debe entenderse como coincidencia de cooperar con la propia acción a la acción ajena”, no a la realización de un resultado que en los delitos de culpa no es querido y a veces, ni siquiera previsto.

Analicemos un ejemplo en que dice: “Si Pedro entrega a Juan un fusil cargado, asegurándole que no lo está y lo incita a disparar, por chanza, contra Diego, y éste cae muerto sin quererlo Juan, Pedro será responsable de homicidio culposo, si resulta que ha obrado culpablemente.

Se dice en éste caso que no hay participación y que Pedro es el autor del homicidio, porque Juan fue un instrumento inconsciente de su propósito homicida; pero ¿no se había dicho antes que basta en la participación la voluntad de unir las acciones?.

La participación es tan antigua como el delito; las más viejas legislaciones la aceptaron.

Así como se reconoce que el hombre, con su conducta, puede vulnerar varias normas, dando origen al concurso de delitos, igualmente se acepta que varios hombres, con sus actividades, pueden infringir una sola norma. En el primer caso hay pluralidad de delitos, en el segundo, unidad en el delito con concurso de sujetos.

Para centrar en lugar debido el problema de la participación, Maggiore empieza por distinguir entre delitos individuales, unisubjetivos o monosubjetivos y delitos colectivos o plurisubjetivos, en razón de la existencia típica referida a los sujetos activos en el delito; éste es unisubjetivo cuando el tipo permite que su comisión se realice de ordinario por una persona, aunque eventualmente, puedan realizarlo varias; es plurisubjetivo cuando la descripción legal de la conducta o del hecho sólo admite la comisión del delito por una pluralidad de personas.

Hecha tal distinción, debe separarse el concurso necesario, en virtud de que la exigencia del tipo precisa la participación de varias personas sin cuyo presupuesto el delito no existe, del llamado concurso eventual en donde, sin existir la exigencia aludida, la intervención de varios sujetos debe nacer el concurso en el delito, al cual se le denomina “eventual” o participación propia.

El artículo 164 del Código Penal, punitivo de la participación en una asociación o banda de tres o más personas organizadas para delinquir, por el solo hecho de ser miembro de la asociación e independientemente de la pena que merezca el delito cometido, tipifica un delito plurisubjetivo y quienes participan tienen el carácter de autores en forma necesaria, pues la descripción del hecho requiere la concurrencia de conductas culpables.

Por el contrario, si en el homicidio intervienen varias personas, tanto en su preparación, como en su ejecución, tocando a cada una de ellas diversa actividad dentro de la unidad del propósito concebido, el conjunto de sus conductas, convergentes a la producción del resultado, da origen al concurso eventual o participación delictuosa.

De lo expuesto se infiere que para la existencia de la participación o concurso eventual de sujetos se requiere:

a) a) Unidad en el delito.

b) b) Pluralidad de personas.

Sólo con estos elementos es posible, como afirma Cavallo, elaborar el concepto de la participación criminal, siendo necesario para establecer la definición del concurso a partir del concepto de autor del delito.

REQUISITOS DE LA PARTICIPACIÓN

Se ha delineado ya, con lo expuesto anteriormente, los requisitos que forman la participación.

Ellos son, siguiendo a Cavallo:

a) a) Un elemento material identificado en el hecho ejecutado que se integra con los sub-elementos: conducta, resultado y nexos causal.

La conducta resulta plural por cuanto son varias las que intervienen para producir el resultado.

b) b) Un elemento subjetivo o psíquico, consistente en la convergencia de las voluntades respecto a la producción del resultado, sin ser necesario a éste un momento determinado dentro del proceso ejecutivo; lo fundamental es que quienes participan tengan conciencia y voluntad de cooperar al acontecimiento o resultado perseguido. Por cuanto a la dirección del elemento subjetivo, respecto a las personas participantes en el delito puede tener realidad con anterioridad al hecho concomitante con él o con posterioridad al mismo.

Algunos piensan que puede darse un concurso culposo en delito doloso, cuando por falta de previsión de lo previsible o con previsión del resultado, pero con la esperanza de que éste no se produzca, se incumple un deber de cuidado que las circunstancias personales imponen al o a los sujetos participantes, e inclusive un concurso preterintencional, en el que existiendo en los participantes un dolo genérico de causar daño se produce un resultado mayor atribuible a título de culpa.

Santaniello estima, como requisitos de la participación:

- 1) 1) Pluralidad de agentes.
- 2) 2) Realización de la acción prevista en la norma.
- 3) 3) Nexo causal entre la acción de cada concurrente y el resultado.
- 4) 4) Voluntad de cooperar a la comisión del delito.

FORMAS DE PARTICIPACIÓN

Siguiendo un criterio rigurosamente metodológico, Maggiore estima posible clasificar la participación según la calidad, el grado, el tiempo y la eficiencia.

Según la calidad, la participación puede ser:

- a) a) Moral.
- b) b) Física.

La primera es aquella la cual la acción tiene naturaleza psíquica o moral y se efectúa, como dice Antolisei "en la fase de la ideación del delito", mientras la segunda se realiza, por el contrario, en la fase ejecutiva "siendo material el aporte suministrado por el partícipe al delito".

A su vez la participación moral engloba la instigación y la determinación (provocación).

La primera (instigación), es considerada la principal forma de concurso moral y consiste no solamente en la comunicación del propósito criminoso, sino a otro a determinar a delinquir.

El instigador, como acertadamente pregona Soler, "quiere el hecho, pero lo quiere producto de otro; quiere causar un hecho a través de la psique de otro, determinando a éste en la ejecución de ejecutarlo".

En la determinación o provocación, el sujeto determinante o provocador, únicamente refuerza la idea ya existente en diversa persona, de cometer un delito.

Para Ignacio Villalobos, autores intelectuales (o por inducción) se considera, en derecho, a quienes "no realizan por sí a un delito pero logran que otro lo ejecute, usando, para ello, medios eficaces que no llegan a impedir la concurrencia de la voluntad libre y el entendimiento por parte del inducido".

Se considera que la instigación comprende, como subclases: el mandato, la orden, la coacción, el consejo y la asociación.

Cuando se encarga a otro la ejecución del delito para exclusiva utilidad y provecho de quien encomienda, se está en presencia del mandato.

Existe la orden cuando el mandato lo impone el superior al inferior con abuso de su autoridad.

Hay coacción en el mandato que se apoya en la amenaza.

Consejo es la instigación que se hace a alguno para inducirlo a cometer un delito para la exclusiva autoridad y provecho del instigador.

La asociación no es más que el pacto realizado entre varias personas para consumir un delito para utilidad común o respectiva para todos los asociados. Niégase con razón por algunos, que la asociación constituya una forma de autoría intelectual, pues a lo más se le puede situar como un estado delictuoso.

Dolo en la investigación. Interesante problema es el del dolo en la investigación, al cual Mezger le da como contenido lo que caracteriza objetivamente a la instigación, comprendiendo la representación y la voluntariedad de que se hace surgir en otro la resolución de cometer el acto y de que el resultado se produce por ese "otro" como autor plenamente responsable.

El alcance del concepto anterior está en relación a la idea de la instigación como causación dolosa del resultado, cuando se hace surgir en otro la resolución de delinquir, es decir, de expresar su conducta y producir el resultado como autor plenamente responsable, de manera tal que si no hay responsabilidad plena en el sujeto ejecutor material del hecho, no puede hablarse, propiamente, de instigación sino de autoría mediata respecto del primero, criterio indudablemente cierto y aceptado entre nosotros por Ignacio Villalobos. De lo anterior se infiere que por ello basta el dolo eventual para integrar la investigación a la instigación como causación psíquica, sentido en el cual se inclinan el propio Mezger y Welsel, entre otros.

Si bien la responsabilidad del ejecutor material, como base indispensable para elaborar el concepto de la instigación, aceptada casi unánimemente en la doctrina, no era aplicable a nuestro Derecho Positivo, de acuerdo al texto original del artículo 13, pues sólo se recogía en forma restringida, la autoría mediata, al usar la expresión "compelen" a otro a cometer el delito, dado que el término

supone, a pesar de ser equívoco, ausencia de autor material en el debido sentido del derecho y, dentro de la fracción II los inductores respondían del delito cometido aún por inimputables, por no serles aplicable el criterio limitativo de la citada autoría mediata, la reforma penal de 1983 (publicada en el Diario Oficial de la Federación el 13 de enero de 1984), vino a poner las cosas en su lugar, dado que mientras la fracción IV precisó, como responsable del delito, a los que lleven a cabo sirviéndose de otro, caso en que se comprende la autoría mediata, pues el autor material es solo un instrumento del verdadero autor, la vigente fracción V encierra a los que “determinen dolosamente a otro a cometerlo”, o sea, a los instigadores o inductores en la real significación del término, que precisa plena capacidad en el instigado o inducido.

En otros términos, el texto original artículo 13, en su fracción II, daba cabida a la inducción del imputable como del inimputable, pues a éste se le compelió a la comisión del delito no obstante su falta de capacidad de culpabilidad.

El exceso en la instigación. Aceptado por Mezger que el dolo de instigador abarca lo querido, no pueden serle imputadas las conductas o hechos no comprendidos dentro de su intención y realizados con exceso por el autor material.

Igual opinión sustenta Cuello Calón, para quien si el “inducido ejecuta hechos no comprendidos dentro en la intención y realizados con exceso de inductor no pueden ser imputados a éste, pues sólo responde dentro del ámbito de lo querido, a menos que aquellos hechos sean consecuencia de los queridos y previstos por el inductor”.

Por su parte, Welzel precisa el límite de la responsabilidad al afirmar que el investigador responde solamente en cuanto el hecho coincide con su dolo y por ello no responde por el exceso del autor.

El mismo jurista, negando en principio la responsabilidad del instigador por exceso, afirma con razón que responde del resultado más grave en los delitos calificados por el resultado.

La investigación culposa. Apoyándonos en el sentido de Soler, negamos la punibilidad de la investigación culposa, pues la actividad culposa de carácter psíquico no se “encamina directamente” a generar la resolución criminal y por ende, si este fenómeno se produce, no puede el resultado ponerse a cargo de nadie como instigador.

La instigación de tentativa. Cuando el instigador no quiere el resultado, pero si la actividad ejecutiva, su despliegue psíquico o moral es impune, de no constituir por sí mismo un delito diverso, conviene aclarar que no resulta lo mismo instigador de tentativa que responsabilidad derivada al instigador cuando el delito propuesto no llega a consumarse quedando la intención como simple tentativa.

Tal es el criterio de Mezger al interpretar al Derecho Positivo alemán considerando que la virtud del principio de la accesoriedad es impune la instigación en grado de tentativa, haciendo hincapié en la diversa solución al caso de la instigación de un delito que sólo queda en grado de tentativa, pues ésta cuando es punible alcanza al instigador con la pena atenuada aplicable al autor material.

Inducción no seguida de ejecución. En la hipótesis de que el inducido no llegue a la ejecución, del hecho, algunos autores han pretendido debe sancionarse al instigador apoyándose, más que en la existencia del curso, en la peligrosidad evidenciada por la actividad del inductor. En nuestra opinión, la existencia del concurso elimina definitivamente la posibilidad de sanción, salvo que se determine en la Ley su punición, como sería la situación de quién invitara formal y directamente a otro para una rebelión (artículo 135 – I), en cuyo caso la inducción no seguida de ejecución sería punible para constituir delito autónomo y no por tratarse de un verdadero concurso de personas.

Punibilidad del instigador. Ordinariamente se equipara, para los efectos de la pena, al instigador y al autor material. Dentro de nuestro sistema, queda al arbitrio del juzgador aplicar la pena estimada justa y acorde a la personalidad del delincuente, siguiendo como índice valorativo las circunstancias descritas por los artículos 51 y 52 del Código Penal.

Agente provocador. Cuando se instiga a otro para cometer un delito con el ánimo de sorprenderlo y aprehenderlo, pero sin la intención de que el delito propuesto se realice, se habla de agente provocador respecto al inductor. Tal actividad no constituye instigación por faltar el elemento “subjetivo punible”.

Jiménez de Asúa, al tratar del delito putativo y sus especies, se refiere a los casos en los cuales la trama criminal carece de realidad, como cuando se requiere descubrir un cohecho y se cita al presunto responsable en cierto sitio y hora donde se le descubre a través de los billetes marcados.

Al comentar las soluciones dadas por la casación italiana, concluye en considerar que en tales situaciones “todo es irreal” por inexistencia de infracción punible, trayendo a ejemplo los cohechos fingidos, chantajes aparentes, en el tomo del entierro, extraídos de la práctica forense española, así como el del marido complaciente que vivía a expensas de los amantes de la esposa y que para desembarazarse de ella la hace caer en una celada, concertada con un amigo, con el propósito de

hacer valer el adulterio, ejemplo éste en el cual sostiene que “el adulterio de que yacía con ella era un delito putativo porque no existía tal delito en la realidad.

Ignacio Villalobos considerando falta de importancia la distinción hecha por algunos autores respecto a la calidad del sujeto provocador, sea éste funcionario de policía o bien un particular, estima que lo trascendente es averiguar si la acción era idónea o no para producir el resultado.

Con relación al ejecutor del delito, el mencionado autor considera que en cuanto al dolo hay similitud respecto a cualquier otro delito y a cualquier otro individuo, pues se a determinado a realizar el hecho aún ignorando la trama y precisamente por ese motivo le es reprochable su conducta. Con creta referencia al agente provocador, Villalobos escribe: “ahora bien, cuando en la mente del sujeto que provoca el delito o aparenta consentir en él y aún concurrir a su ejecución, hay la certeza de que los efectos del acto serán controlados y la lesión impedida ciertamente, de suerte que resulte nula en la práctica; supuesto, además, que el propósito del inductor no es la comisión del delito sino una forma de cooperación para reprimir la delincuencia, es inconcurso que no se intriga, por lo que ve al agente provocador, un verdadero delito pues falta el elemento subjetivo de querer o consentir la lesión de los intereses sociales, o como han repetido los juristas más prestigiados, no hay convergencia intencional entre instigador e instigado (dolo directo), y es indudable que el confidente de la policía o el policía mismo habría desistido de su instigación si no hubiera tenido la certeza de que se impediría la lesión efectiva de los bienes atentados, lo cual significa la inexistencia, inclusive, del dolo indirecto o eventual”.

Según el grado se dice que la participación puede ser principal (o primaria) y accesoria (o secundaria). La primaria se refiere a la consumación y la segunda a su preparación.

Por cuanto al tiempo, la participación puede ser anterior, concomitante o posterior al delito. Respecto a su eficacia se le divide en:

Necesaria y no necesaria. Se está en presencia de una o de otra según la naturaleza del delito exija o no, para su comisión, el concurso de sujetos.

Con relación a los autores se debe distinguir entre autor material, autor intelectual y autor por cooperación.

ENCUBRIMIENTO

El encubrimiento es el auxilio posterior que se da al delincuente. propiamente no hay participación en el delito, sino ayuda posterior a él, para evitar la acción de la justicia.

La teoría de la causalidad ha puesto en claro que el encubrimiento, que siempre se tuvo como algo accesorio del delito encubierto y, esta sugestión, como una forma de participar en tal delito, no cabe, en realidad, dentro del concepto de la participación.

En efecto, si es partícipe todo el que contribuye a producir un delito, no puede corresponder a tal categoría el encubrimiento en cuyos presupuestos figura el de practicarse cuando el delito ha sido consumado.

Y esto en la doctrina se ha generalizado, encuentra ya cristalizaciones legislativas como las del Derecho Canónico actual en que se dice (Cannon 2209): “La alabanza del delito cometido, la participación en su fruto, la ocultación o albergamiento del delincuente y otros actos que siguen al delito ya plenamente realizado, pueden constituir nuevos delitos si tienen pena señalada por la ley, pero si no se ha convenido acerca de ellos con el delincuente antes del delito, no les alcanza la imputabilidad de éste”.

Como se ve, hay ahí una salvedad para los casos en que se acuerda la protección o el auxilio posterior desde antes de cometer el delito, pues en tales casos esa seguridad ofrecida o la confianza de aprovechar fácilmente lo robado y disfrutar de un refugio contra la persecución, es un verdadero estímulo determinante para el delito, una causal del mismo y, por lo tanto, una forma de participación. Pero aun en tales condiciones se tiende a eliminar este concurso del concepto de “encubrimiento”, con lo cual queda éste limpiamente como delito específico, aunque conexo con el delito que se encubre, pues el auxilio ofrecido para después, como estímulo para la comisión del delito, se tiene como una forma de complicidad (Garraud II, No). 681 a 684; Jiménez de Asúa: La Ley y el Delito, No. 615 B), o mejor de coautoría, por ser una forma de inducir.

Nuestro Código, ni después de las reformas publicadas el 9 de marzo de 1946, ha conseguido clarificar esta materia:

Originalmente se consignó en el artículo 400 una disposición como sigue: “Se aplicarán de quince días de prisión a dos años y multa de veinte a quinientos pesos al que:

1. 1. No procure por los medios lícitos que tenga a su alcance, impedir la consumación de los delitos que sepa que van a cometerse o estén cometiendo, si son los que se persiguen de oficio.....;

2. 2. Requerido por las autoridades no de auxilio para la averiguación de los delitos y para la persecución de los delincuentes.....; y,
3. 3. Habitualmente compre cosas robadas.
Pero el artículo 13 continuaba señalando como responsable en el delito, a quienes presten auxilio o cooperación de cualquier especie, "por concierto previo o posterior".

Este auxilio o esta cooperación por concierto posterior al delito, no podía ser sino posterior también, o sea, que el encubrimiento de los tiempos de la accesoriedad seguía reconociéndose en este precepto.

En la reforma del 31 de diciembre de 1945, que se publicó en el Diario Oficial de la Federación, el nueve de marzo siguiente, se estableció:

Artículo 400. "Se aplicarán de cinco días a dos años de prisión y multa de veinte a quinientos pesos al que:

- I. I. No procure por los medios lícitos que tenga a su alcance, impedir la consumación de los delitos que sabe van a cometerse o se están cometiendo, y son los que se persiguen de oficio;
- II. II. No haya tomado las precauciones indispensables para asegurarse de que la persona de quien recibe la cosa en venta o prenda tenía derecho para disponer de ella, si resultase robada;
- III. III. Requerido por las autoridades, no de auxilio para la investigación de los delitos o para la persecución de los delincuentes,
- IV. IV. Preste auxilio o cooperación de cualquier especie al autor de un delito, con conocimiento de ésta circunstancia, por acuerdo posterior a la ejecución del citado delito; y
- V. V. Oculte al responsable de un delito, o los efectos, objetos o instrumentos del mismo, o impida que se averigüe".

Lo asentado en estos incisos podría hacer pensar en una tipificación tendiente a separar los casos del encubrimiento para darles autonomía y tratamiento propio.

A la vez se creó un artículo 400 BIS que dispone "Los jueces, teniendo en cuenta la naturaleza de la acción, las circunstancias personales del acusado y las demás que consigna el artículo 52, podrán imponer en los casos de encubrimiento a que se refieren las fracciones III, IV y V del artículo anterior, en lugar de las sanciones establecidas en dicho artículo, hasta las dos terceras partes correspondería al autor del delito".

Este precepto, que vuelve a incluir los casos de encubrimiento en la penalidad del delito encubierto, permite ya dudar de aquel carácter autónomo de los delitos tipificados; aún cuando todavía se podría decir que la relación en la penalidad es un fruto neto de la conexidad existente, pues no es lo mismo prestar auxilio u ocultar a un homicida que al responsable de una imprudencia leve.

Pero queda, todavía, el artículo 13 que en su reforma modificada declara: "Son responsables de los delitos.....IV.- Los que, en casos previstos por la ley, auxilien a los delincuentes, una vez que éstos efectuaron su acción delictuosa".

Con esto es inevitable decir que, quienes auxilien a los delincuentes después de efectuado el delito, en los casos y en las formas previstos y señalados por el artículo 400, son partícipes o responsables en aquel delito ya efectuado, como en los tiempos en que se prestaba a través del concepto de accesoriedad.

La aplicación del principio de la causalidad, base de toda construcción jurídica de la participación, en la forma restringida en que lo hemos adoptado, excluye al encubrimiento, pues el concurso de sujetos implica intervención en la producción del delito, sea en forma directa o indirecta.

De ahí que el encubrimiento se constituya como una figura autónoma en el cuadro de los delitos de los códigos.

Cuando me refiero a las formas de participación, según el tiempo, preciso que ésta puede ser anterior, concomitante o posterior.

Respecto a la última (posterior), sólo puede surgir cuando el acto del partícipe se encuentra necesariamente ligado a la ejecución del propio delito, de tal manera que integra condición causal del mismo, siendo ésta la razón para excluir los actos posteriores al delito que no hayan constituido un factor en su realización.

Lo anterior nos lleva a precisar la existencia de una forma de participación posterior al delito, de complicidad a él, consistente en la cooperación con posterioridad a su ejecución, cuando la acción del partícipe ha constituido, en razón del acuerdo previo, un factor determinante en su ejecución y por ello condición causal del mismo.

Como ya Carrara precisaba, en tales situaciones no surge la calidad de cómplice por lo hecho con posterioridad sino por lo prometido anteriormente, siendo de particular importancia precisar, según lo

observa Soler, la naturaleza y característica de la acción ejecutiva, para saber a ciencia cierta si el acto enjuiciado es anterior, concomitante o posterior.

Nuestra legislación positiva recoge, en su artículo 400, algunas formas específicas de encubrimiento, como delito autónomo, mientras el artículo 13, fracción VII declara responsable del delito a: "Los que con posterioridad a su ejecución auxilién al delincuente, en cumplimiento de una promesa anterior al delito".

Artículo 400. Se aplica prisión de tres meses a tres años y de quince a sesenta días de multa, al que:

I. I. Con ánimo de lucro, después de la ejecución del delito y sin haber participado en éste, adquiera, reciba u oculte el producto de aquel a sabiendas de esta circunstancia. Si el que recibió la cosa en venta, prenda o bajo cualquier otro concepto, no tuvo conocimiento de la procedencia ilícita de aquélla, por no haber tomado las precauciones indispensables para asegurarse de que la persona de quien la recibió tenía derecho para disponer de ella, la pena se disminuirá hasta una mitad. Para los efectos del párrafo anterior, los adquirentes de vehículos de motor deberán tramitar la transferencia o regulación del vehículo, cerciorándose de su legítima procedencia.

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

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

IV. IV. Requerido por las autoridades, no de auxilio para la investigación de los delitos o para la persecución de los delincuentes; y no procure, por los medios lícitos que tenga a su alcance y sin riesgo para su persona, impedir la consumación de delitos que sabe van a cometerse o se están cometiendo, salvo que tenga la obligación de afrontar el riesgo.

El encubrimiento puede presentar las tres siguientes situaciones:

ENCUBRIMIENTO DE OTRO DELITO

El encubrimiento de otro delito consiste en la ayuda posterior a la ejecución del delito que se da al delincuente, previa promesa de hacerlo. Aquí se contempla una responsabilidad de quien ayuda en el delito cometido (artículo 13, fracción VII, CPDF).

ENCUBRIMIENTO COMO DELITO AUTÓNOMO

El artículo 400 del Código Penal para el Distrito Federal contempla el delito de encubrimiento, que abarca varias hipótesis y también considera, como se mencionó, varios casos de excusas absolutorias.

COMISIÓN DE UN DELITO DISTINTO DEL CONVENIDO

En ocasiones, el acuerdo es acerca de la comisión de un delito (por ejemplo, robo), pero si alguno de los partícipes comete otro no convenido (por ejemplo, violación), todos serán responsables de éste segundo delito a menos:

1. 1. Que el nuevo delito no sirva de medio para cometer el principal.
2. 2. Que aquél no sea una consecuencia necesaria o natural de éste, o de los medios concertados.
3. 3. Que no haya sabido antes de que se fuera a cometer el nuevo delito; o que habiendo estado, hayan hecho cuanto estaba de su parte para impedirlo, es decir, que no hayan estado presentes en la ejecución del nuevo delito.

ASOCIACIÓN DELICTUOSA

La asociación delictuosa se integra por un grupo o banda de tres o más personas que, sin estar organizadas para delinquir. Se castiga por el simple hecho de ser miembro de dicha asociación. (Art. 164 del CPDF).

PANDILLA

La pandilla es la reunión habitual, ocasional o transitoria de tres o más personas que, sin estar organizada con propósito de cometer delitos, cometen alguno en común. (Art. 164 bis del CPDF).

MUCHEDUMBRE DELINCUENTE

La muchedumbre delincuente es la reunión de individuos en forma desorganizada y transitoria que, en ciertas condiciones, comete algún delito.

Existen estudios muy interesantes acerca de la psicología de la muchedumbre, pues en cada caso el sujeto reacciona de manera diferente, pero grupalmente adquiere otro comportamiento, influido cada uno por sugestión, miedo y contagio.

SECTA CRIMINAL

Es una especie de muchedumbre delincuente, además de una forma crónica de actuar. Sus integrantes comparten creencias y propósitos, y actúan para lograr el fin que persiguen, por ejemplo, las sectas narcosatánicas.