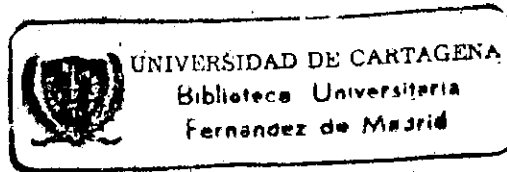


T343.3
B17

1



REPUBLICA DE COLOMBIA
UNIVERSIDAD DE CARTAGENA
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLITICAS

"DE LA COPARTICIPACION CRIMINAL "

TESIS DE GRADO PARA OPTAR AL TITULO DE DOCTOR
EN DERECHO Y CIENCIAS POLITICAS

ALVARO BARCENAS CARDENAS

1.975

S C I B
00018204-1

34158

UNIVERSIDAD DE CARTAGENA

RECTOR:

DOCTOR ALBERTO CARMONA ARANGO

SECRETARIO GENERAL:

DOCTOR HERNANDO ALVAREZ LOZANO

DECANO DE LA FACULTAD:

DOCTOR ANTONIO OSTAU DE LAFONT

PRESIDENTE HONORARIO:

DOCTOR ROBERTO MORDECAY MARRUGO

PRESIDENTE DE TESIS:

DOCTOR VICTOR LEON MENDOZA

DEPARTAMENTO DE
BIBLIOTECA
UNIVERSIDAD DE CARTAGENA

EXAMINADORES:

DOCTOR GUILLERMO GOMEZ LEON

DOCTOR ANTENOR BARBOZA AVENDAÑO

DOCTOR *Alfredo Bettin Veejara*

SECRETARIO DE LA FACULTAD:

DOCTOR JORGE PAYARES BOSSA

"LA FACULTAD NO APRUEBA NI DESAPRUEBA
LAS OPINIONES EMITIDAS EN LA TESIS; TA -
LES OPINIONES DEBEN CONSIDERARSE PRO -
PIAS DE SUS AUTORES"

(Artículo 83 del reglamento).

A MI MADRE

C A P I T U L O 1

CONCEPTO DE COPARTICIPACION

1

6

Por sujeto activo, o sujeto-agente se entiende la persona natural que realiza la conducta típica. Las diversas modalidades a que dan lugar los sujetos activos previsto en los tipos penales, dependen de su número, latu sensu considerado, de su calidad y de su relación con la conducta.

En cuanto al número se habla de tipos monosubjetivos y plurisubjetivos. Son monosubjetivos aquellos tipos en los que hasta la presencia de un solo agente para la estructuración del delito; si son varios los que intervienen, surge la figura jurídica de la coparticipación. -

Los plurisubjetivos exigen la presencia de por lo menos dos personas, en forma tal que la conducta realiza por un solo individuo no es típica ni, por ende, delictuosa. La plurisubjetividad no es, pues un concepto rígido que deba ser afirmado siempre que en el tipo se haga referencia a varias personas que conjuntamente puedan intervenir en la ejecución de un hecho; " preciso es, para concluir que nos hallamos ante un delito plurisubjetivo, relacionar la dualidad o pluralidad de las personas mencionadas en el tipo - como necesarias para su integración, con las conductas que conjuntamente han de realizar para la integración del hecho delictivo. -

Antes de precisar algunas definiciones y de hacer su respectivo análisis afirmamos qué es cooperar para los efectos jurídicos penales porque de allí es de donde principia construirse la abundante teoría de la participación criminosa, a través de las épocas, escuelas y países. -

Cooperar, nos dice Eusebio Bómez, a la ejecución de un hecho significa fundamentalmente, ayudar, queriendo, a que el hecho se realice; de una sanción penal, debe revestir el carácter de un acto de ejecución o de participación en él. Esta definición es exacta cuando abarca la cooperación en general; para cada caso parti -

7

cular habrá que precisarla, en lo posible. -

1. ... Definición Primera.

" La realización del delito puede suceder por obra de una sola o de varias personas. En el segundo caso se manifiesta lo que los prácticos medievales llamaban societas eccleris y que, denominada hoy generalmente participación en el delito o participación criminal, se designa con el nombre de " Concurso de personas en el delito ". -

Análisis :

- a. Antes que una definición se trata de una ubicación conceptual porque se diferencia delito unipersonal con delito en que intervienen varias personas.
- b. En estos casos de coparticipación es indispensable para la existencia del delito una pluralidad de agentes.
- c. Aquí nada se dice sobre la forma de participación de los varios agentes.

De ellos habla más adelante cuando afirma que la participación puede ser síquica o moral y física o material. Veámoslas a continuación :

" En el ámbito de los simples participantes se impone una distinción, por hallarse en la misma naturaleza de las cosas. Se trata de la distinción entre participación psíquica (o moral) - y participación física (o material) . La participación es psíquica cuando se efectúa en la fase de la ideación del delito ". La participación psíquica no presenta muchas variedades, delineándose en ella, con bastante nitidez dos figuras: la del partícipe que suscita, hace surgir en otro un propósito delictivo que antes no existía y la del participante que se limita a reforzar en otra persona un propósito delictivo preexistente. Al primero se le denomina " determinante";

al segundo, " Investigador " .-

La participación es física, cuando se verifica en la sucesiva fase de la ejecución. Esta, por el contrario, ofrece una variadísima gama de matices, porque el auxilio en la preparación y en la ejecución del delito puede asumir las más diversas formas respecto a las infinitas modalidades de los hechos. Las distinciones que tiempo atrás se hacían entre cooperadores inmediatos y cómplices, entre cómplices necesarios y no necesarios, daban lugar a grandes dificultades, tanto desde el punto de vista teórico como desde el punto de vista práctico, y, por ello, han sido abolidas sabiamente por algunas legislaciones. No siendo posible trazar con suficiente precisión las distintas formas de participación material, la ciencia jurídica debe contentarse con la figura del " Auxiliador " a la que podría reservar aún la tradicional denominación de " cómplice " .-

2. Definición Segunda "

Eugenio Cuello Calón define la participación diciendo que, " solo es posible en los hechos que constituyen un delito y son aintijurídicos. Por tanto, no hay participación en los hechos justificados por la concurrencia de causa justificante (legítima defensa, obediencia legítima, etc) " .

Análisis :

1. La participación ha de versar sobre hechos debidamente tipificados como infracciones, pues, lo jurídicamente irrelevante permitiría la configuración de cualquier concepto, menos de uno en derecho.-
2. Los hechos justificados, es apenas lógico, excluirllos de -

(9)

toda punibilidad y de estudio en la doctrina penal. -

3. La definición propuesta, como todas las demás, lleva implícita la presencia de más de una persona en el ataque a la sociedad y el derecho de ella. -

4. Tampoco encontramos en la presente oportunidad una diferencia entre la coparticipación física o material y la psíquica o moral. - Ella se hace más adelante, en otro aparte de su obra. -

5. La voluntad conscientemente dirigida al proósito criminal es consecuencia derivada del hecho antijurídico, citado en el concepto expuesto, en la primera parte de la definición en estudio

6. La tipicidad puede ser en cualquier forma imperfecta del tipo o en alguna o algunas de las formas amplificadoras del mismo, porque, de todas maneras, ha de tratarse de un obrar, o principio de éste que haya entrado en la esfera del derecho. -

En fin, dar o encontrar una definición esencial es tarea difícil, habiendo de contentarnos con la descripción del fenómeno. -

3. Definición Tercera.

El profesor Ignacio Villalobos hace alusión a la coparticipación en los siguientes términos: " Si ordinariamente se considera el delito como la conducta de un sólo hombre, nada impi-

de reconocer que pueden concurrir, y de hecho concurren 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 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, e etc.), pues consideran que a tales casos no deben aplicarse las reglas especiales de la participación, ya que el concurso de varias personas es un presupuesto necesario para la integración del tipo y cada concurrente debe responder de su propio acto " como delito integral " , aún cuando es claro que esa especie de infracciones puede haber también partícipes accesorios que induzcan al delito, proporcionen medios para su comisión y aún concurren sin necesidad a la ejecución de los actos constitutivos del tipo.-

" 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 consideran partícipes " .-



Análisis :

1. Esta figura exige siempre la presencia de varias personas punibles, es decir, que no existan causas de exclusión de responsabilidades. -
2. Todos los intervinientes deben contribuir con algo positivo a las resultas de la actividad lesiva de la normatividad. -
3. Conciencia y voluntad en el fin propuesto por todos los coparticipes en el reato, es exigencia tanto de la participación como de cualquier hecho imputable a título de dolo. -

En conclusión, la participación criminal se tiene cuando el delito es obra de varias personas, que concurren a su producción con actividades convergentes. -

Las circunstancias de calidad, grado, tiempo y eficacia en la participación de varias personas en la producción del resultado criminal, revisten alguna importancia; por lo tanto, precisaremos esas nociones.

En cuanto a la cualidad, la participación puede ser moral o física según se refiera al elemento físico o psíquico del elemento. Es moral cuando el concurso tiende a la formación

del propósito o intención de delinquir, como en la instigación y el mandato. Es física cuando el concurso mira a la ejecución externa del delito, como en el mandatario.-

El grado dice relación al problema de si debe tenerse a todos los participantes como autores, o debe medirse la contribución de cada uno de ellos en el delito.- Se trata de la participación principal y de la accesoria.

En cuanto al tiempo, quedó visto que la participación puede ser anterior, con comitente o posterior al delito, y así se puede saber si se trata de un autor, de un cómplice o de un encubridor.-

Nuestro código ha reducido la complicada clasificación que traía el anterior sobre delincuentes accesorios, a la sintética fórmula de la complicidad necesaria y no necesaria, como se desprende de los Artículos 19 y 20.-

En cuanto a la eficacia, el concurso se divide en necesario y no necesario, según que, sin el hecho en el cual consiste el delito no hubiere sido cometido, o hubiera podido cometerse igualmente.-

C A P I T U L O I I

NATURALEZA JURIDICA DE LA COPARTICIPACION

Sabemos que la infracción puede ser el producto de varias inteligencias y de varios brazos. Por ello encontramos presente el fenómeno de las sociedades sceleris, antes visto, y en cual hay pluralidad de agentes que responden conjuntamente en una especie de común denominador: el delito cometido.

Como es lógico, existe diversidad de criterios doctrinarios y legales, cada uno de los cuales busca dar solución satisfactoria en torno a la estructura jurídica de la participación criminal.

La doctrina predominante en materia de participación es unitaria, tiene por base la unidad del delito, todos los que en él participan son penados por la misma infracción. Contraria a ésta es la denominada teoría pluralística, que aprecia más la persona del delincuente que la objetividad del delito, y considera a cada uno de los participantes como responsable de un delito propio y punible en armonía con su significación antisocial.

Se busca dar respuesta a estos interrogantes: El delito que resulta de la actividad de varios concurrentes es uno solo, o es plural? En qué relación está el delito único, que re-

sulta, respecto de la actividad criminosa de cada concurrente ?
Cómo se refleja la personalidad de cada uno de éstos, en el resultado ocasionado por todos ?.

Básicamente, se han elaborado las llamadas teorías monistas y pluralistas o pluralísticas; las presentaremos, y, además haremos referencia a otra como la teoría de la accesori - edad, la teoría de la causalidad, para terminar fijando nuestro cri - terio. -

1. Teoría Monista Unitaria .

Esta teoría considera que en la ejecución del delito en - que intervienen distintas personas, se está en presencia de una sólo y única infracción. En tal evento, el delito es uno - y la responsabilidad varia y personal. Todos responden a un común denominador: el hecho punible cometido, con tantos numera - dores como delincuentes. -

No puede exponerse mejorar esta teoría que con las pala - bras de carrera: " El que ejecutó el acto consumativo de la infracción, es el autor principal del delito. - Los que inter - vienen o tuvieron parte en los actos consumativos, son cautores o correos, pero todos son delincuentes principales. Todos los otros, que participaron en el designio criminal o en los demás actos, - pero no en los de la consumación, serán delincuentes accesorios,

(16)

o cómplices en sentido lato ".-

Supuesto que " el autor del hecho es solamente el que materialmente lo consumó ", se siguió que " si el autor material es un loco, un niño, una persona coaccionada o la víctima de un error, es decir, una persona no imputable, ese autor representa, no ya un agente, sino las veces de instrumento ciego y puramente pasivo de la voluntad depravada de quien lo puso en acción; en él desaparece el ser moral, y no queda sino la metria motivada por otro. Cuando el hecho material no puede referirse, como a su causa moral inmediata, a la voluntad libre e inteligente del que lo ejecuta, ya no será un acto de esta voluntad, sino la mano prestada del brazo ajeno como de un puro instrumento material. a éste con razón podrá llamársele autor del hecho ".-

La presente teoría mantiene la unidad de la infracción y permite adaptar la pena a la distinta peligrosidad de los delincuentes, según la forma en que aparezca interviniendo en la producción del resultado antijurídico. -

La teoría tradicional- la unitaria o monista- no solo declara la unidad del delito, sino que liga estrechamente las responsabilidades, haciendo desprender las accesorias de las principales. Lo cual, si se lleva a su mayor rigor, produce consecuencias notoriamente injustas. Veámoslas por reducción al absurdo. El inductor no será castigado, aunque pusiera su mayor empeño

17

en la instigación, si el que había de ser ejecutor material desiste de realizarlo; y por el contrario, cuando éste se excede en la ejecución, el inductor vendrá a responder de actos que no han estado en su voluntad. -

Al lado, pues, de la figura del autor material o inmediato - (el verdadero autor criminis) se perfila de un segundo autor (el motor criminis), que pasará a la doctrina con el nombre de autor mediato. -

2. Teoría Pluralista.

La concepción pluralística, netamente imaginativa, sostiene que los casos de complicidad hay tantos delitos cuanto copartícipes o delincuentes intervienen en el hecho. -

Se funda esta teoría en que no siempre la participación es igual en todos los que concurren, ya respectoa su intención ni a la intensidad y eficacia de los actos realizados. Por tanto, se dice, es injusto que todos los partícipes respondan del delito en igualdad de circunstancias, cuando no ha habido equivalencia de sus intenciones ni en sus actos; de lo contrario, sería admitir la comunicabilidad del dolo, que rechaza la doctrina. -

Algunos autores consideran que, esta teoría no es jurídica,

porque plantea una especie de desdoblamiento del hecho punible para producirlo en tantos delitos cuantos sean los copartícipes que que hayan actuado.-

En resumen, ella nos enseña que el concurso implica para cada copartícipe un delito distinto y autónomo - que bien podría llamarse delito de concurso.-

En cuanto al concepto general de la teoría pluralista - nos dice Villalobos:

"insistiendo en asignar a cada responsable una penalidad - adecuada al acto que ejecuta a su personalidad 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 propia pena. Así además, se podrían estimar para el sujeto las excluyentes, agravantes o atenuantes que él se le ligaran, con absoluta independencia de los demás cuyos actos tenían sus elementos propios y formaban sus unidades distintas".

3. Teoría de la Accesoriidad.

Los actos de participación, dice Cuello Calón, carecen de autonomía propia y solo tiene alcance penal respecto del hecho del autor. La punibilidad de los copartícipes (coautores, inductores, cómplices) depende de estos hechos. Si el

ator consuma el delito, el cautor o el cómplice responderán de delito consumado si no llega a realizar todos los actos de ejecución, responderán solo de tentativa. Semejante dependencia de la obra del autor es denominada "accesoriedad" de la participación y se considera como uno de los rasgos generales de ésta.

Partiendo del supuesto de la unidad del delito-teoría monista- y exagerando la dependencia de los auxilios prestados por los partícipes a quien ejecutó los actos constitutivos del tipo penal se encontró o se creyó encontrar en este "autor principal" el núcleo de unificación de todas las actividades convergentes, las cuales se tuvieron como accesorias, pues solo se penso de que así se podría explicar el hecho de que muchos actos, ejecutados por distintos sujetos, con indiscutible antijuridicidad y la conciencia y voluntad que hacía responsable a sus autores, no se tuvieron como otros tantos delitos completos.-

Tan fuerte llegó a ser este carácter accesorio de la responsabilidad de los partícipes, respecto a la del agente principal, que aún el efecto eximente de algunas causas de imputabilidad, por parte del verdadero delincuente o autor material del delito, se comunicaban y beneficiaban a quienes habían auxiliado a éstos, pues tales conductas accesorias se tenía por cierto que debían seguir la naturaleza de la principal, y, no siendo esta delictuosa no puelle, no lo era tampoco las de todos los demás.-

Los autores alemanes, que estudian con detalle esta cuestión, en su mayoría aceptan la doctrina de la accesoriad y distinguen dos clases de la misma, la que denominada accesoriad "limitada" o "mínima" y la "externa" o "máxima". -

Con arreglo a la primera, para que la participación sea punible basta que el hecho del autor sea típico y antijurídico, aunque no sea culpable. Conforme a ella el autor, inductor o cómplice de un inculpable (menos, loco, persona en situación de error, etc.) serán responsables penalmente.

A diferencia de la anterior forma de accesoriad, antiguamente, la interpretación más frecuente aplicaba la accesoriad "extrema" para la punibilidad de los partícipes - exigía que el hecho principal fuera antijurídico y culpable, por tanto partícipe en el hecho antijurídico de un inculpable no podía ser castigado ni por inducción ni por complicidad. Como remedio de - interpretaba la inducción de un inculpable como autoría media - ta, más para la complicidad se rechazaba esta interpretación. -

4. Teoría de la Causalidad.

Indudablemente, una sólida construcción dógmatica del concurso tiene que alzarse sobre las bases del principio de la causalidad. -

Este principio, fundamento de la acriminación del delito

individual, es también fundamento de la del delito colectivo. Así como un hombre es castigado por cuanto una acción u omisión suya es causa de un resultado criminal, así también varios hombres sufren pena por el delito cometido en asociación, por cuanto el evento es consecuencia de la acción u omisión común. En ambas hipótesis el reo responde del hecho propio pero en el hecho singular se refleja el hecho colectivo, pues las diversas acciones de cada uno de los copartícipes se funden de tal modo que constituyen un solo hecho. -

Ahora bien, si el delito producido por la cooperación criminal constituye un bloque indivisible, cómo pueden dividirse dentro de él, las diversas responsabilidades de los concurrentes? Todos ellos son con causa del resultado antijurídico, y así como el proceso causal no pueden distinguir causas, condiciones y ocasiones, así tampoco se puede distinguir, para los fines de la responsabilidad, entre autores y cómplices, entre ejecutores y auxiliares. Recordemos las palabras de Impallomeni: " En todo caso, el delito es de todos y cada uno de los que en él tomaron parte, porque es el resultado de la común cooperación material y moral. La solidaridad en el delito trae consigo la solidaridad en la pena ". -

De todas maneras, el verdadero nexo que une a todos los partícipes con el delito realizado y las hace responsables del mismo, o sea en el hecho de que todos concurren a la causación del evento producido, aportando algún influjo para su perpetración. -

22

5. Nuestra posición .

La cooperación en el delito, concluimos debe ser intencional. El agente activo, llámase ejecutor, cautor, instigador, o cómplice, debe proceder en el aporte de su esfuerzo con voluntad consciente dirigida a realizar el acto antijurídico o a contribuir a su causación. -

Siguiendo un criterio objetivo, debe haber por lo menos principio de ejecución, esto es tentativa, siquiera en cualquiera de sus formas para que pueda hablarse de coparticipación criminal. -

De las teorías expuestas, la de la causalidad es la que más se ajusta a la realidad jurídica-penal, por cuanto permite ubicar cada partícipe dentro del ámbito de su actuar, o de su inactividad, cuando la omisión es penalmente relevante. -

Una sensación valoritiva permite, en forma más aguda llenar la aspiración de sancionar a cada partícipe de acuerdo con su grado de participación objetiva en lo que indudablemente es un solo delito, pero de acuerdo también a los datos individuales y subjetivos de responsabilidad, lo cual significa el enjuiciamiento del problema desde un punto de vista valoritivo y no simplemente lógico en que acaso toda causa sea, en los hechos un presupuesto o una condición que, comotal, se pueda considerar como equivalenete a todas las demás. -

C A P I T U L O III

PARTICIPACION NECESARIA

1. Definición.

Entre las diversas categorías de cómplices se destaca el llamado necesario, denominación que Soler propone se cambie por la de primario, para reservar la primera a " aquellos casos en los que la ley, a fin de integrar la figura requiere la participación de más de una persona (bigamia, adulterio, soborno, etc.,). No compartimos esa apreciación, ya que en tales delitos, llamados plurisubjetivos por algunos autores, las personas que ejecutan la acción tienen toda la calidad de autores. Mejor sería llamarlos, entonces, con un término más genérico, concurrentes necesarios.

La participación principal o primaria se refiere a la cooperación en los actos consumativos del delito; es el caso de los autores. El grado en todos ellos es igual.-

Francisco Antolisi nos dice: " Esta clase de concurso- la participación necesaria- se verifica cuando es esencial para la existencia del delito, la intervención de varias personas, en otro términos cuando el delito no puede realizarse por un solo individuo, sino que exige la cooperación de varios", y, continúa, " se trata, de una distinta categoría de delitos en los que se requiere la pluralidad de agentes como elemento constituyente o constitutivo de la figura típica delineada por la Ley".

Luis Eduardo Mesa Velásquez, refiriéndose al mismo - concepto de participación necesaria dice: " Cómplice o auxiliador primario o necesario es el que presta intencionalmente el autor o autores una colaboración de tal magnitud que sin ella no habría podido cometer el delito en las circunstancias de lugar, tiempo y modo en que se cometió ". -

Por lo anteriormente expuesto, siempre encontramos al cómplice primario contribuyendo con una participación tal que su ausencia impediría la ejecución del delito, o, fácilmente lo trasformaría en otro diferente. -

2. Análisis:

Los conceptos transcritos nos permiten hacer una serie de consideraciones tendientes a fijar algunos puntos que se podrían tener como elementos para intentar cualquier definición. Así, las circunstancias son las siguientes.

1. Siempre se necesita la intervención de más de una persona en la comisión del delito o ilícito porque es una forma de cooperación en el mismo.
2. La participación no es estrictamente en la actividad criminal, sino prestando un eficaz auxilio, de tal naturaleza que sin él no podría llegar a su adecuación típica. -

4. La apreciación de la participación necesaria es completamente circunstancial. Vale decir, hay que tener en cuenta las circunstancias de tipo, lugar y modo en que se infrige la ley.-

5. Ese auxilio o ayuda debe ser, en todo caso voluntario. Esto con intención y voluntad consciente dirigidas a un fin determinado preciso.

Aunque teóricamente bien puede hacerse una distinción entre autor y cómplice, y entre autor primario y secundario, en la práctica ella suscita no pocas perplejidades cuando quiere que se pretenda delimitar el alcance de la concreta participación en el delito, y, siendo que toda colaboración es de suyo contingente, lo ideal sería suprimir distinciones y dar un cierto margen al juez para apreciación del reato y para la imposición de la pena respectiva.-

En la participación necesaria podemos encontrar, como dice Mezger, un fundamento genuino de la exclusión de la pena en virtud de relaciones personales surgidas en su apreciación. Tal participación necesaria, nos dice, y por tanto impune, aparece en aquellos hechos punibles que, con arreglo a su tipo, presuponen una cooperación de varias personas. Concretamente distinguimos:

a. Es impune la participación pasiva de la persona protegida por el procepto legal en cuestión. La persona -

protegida es impune y en verdad en todas las posibles formas de participación, en tanto en cuanto la ley no contenga especiales sanciones penales contra ella. Consiguientemente, dicha persona es también impune cuando instiga al sancionado con una pena a la comisión del delito.-

b. Es inmune la participación pasiva en los casos en que la ley solo sanciona penalmente a la parte activa entre los varios partícipes en el delito. Es impune la participación necesaria, mientras que, en cambio, es punible una participación ulterior (que exceda de la necesaria). El que instiga al proxeneta para que le preste a él mismo ayuda en su conducta impúdica, se hace punible.-

c. Es impune la participación necesaria de una persona en los casos en que la ley solo castiga a determinadas personas entre los varios partícipes (participación necesaria en sentido estricto). La participación necesaria del no sancionado es impune.-

3. Derecho positivo.

El artículo 19 del Código Penal Colombiano reglamenta lo relativo a la participación necesaria, en éstos términos: "El que tome parte en la ejecución del hecho, o preste al autor o autores un auxilio o cooperación sin los cuales no habría podido cometerse, quedará sometido a la sanción prevista para el delito " .-

" En la misma sanción incurrirá el que determine a otro a cometerlo ".

Siguiendo el texto legal, participación necesaria es la tan indispensable en el delito que sin ella éste no hubiera podido cometerse, aunque el partícipe no sea en rigor un verdadero autor principal.

Al decir el Artículo " tome parte en la ejecución, " parece parece referirse a la participación material en el delito. Tomar m parte es intervenir con la voluntad y la acción en el proceso ejecutorio del delito; querer el hecho ilícito y concurrir materialmente en su ejecución realizando los actos propios del mismo.

La expresión " del hecho " comprende tanto el delito perfecto como el imperfecto, y se presta también a la duda de si el legislador quiso consagrar allí la complicidad en los delitos culposos, que, como veremos, es inaceptable en la doctrina . .

El cómplice, debe actuar dolosamente a sabiendas de que con su conducta favorece un delito determinado. En consecuencia, si la cooperación no ha sido conscientemente dirigida al hecho ilícito sino que se prestó inocentemente, no tiene cabida la responsabilidad penal. -

La frase " o preste al autor o autores un auxilio o coope

ración sin los cuales el hecho no habría podido cometerse, "hace referencia a la colaboración antecedente al delito. Esta colaboración ha de ser necesaria, porque, de lo contrario, se está en la hipótesis del artículo 20, sobre complicidad: no necesaria

La necesidad de que aquí se habla no consiste en que si el aporte no se hubiera podido cometer el hecho, se refiere únicamente a que, sin éste, el hecho hubiera sido ejecutado de otra manera.-

Tampoco se requiere que el aporte consista en hechos, ni aún siquiera que se trate de una colaboración psíquica directa. La sola presencia del cómplice ha sido considerada como aporte necesario cuando tiene un influjo decisivo en el delito, bien sea por reforzar la voluntad del criminal, o anular la de la víctima, o haber sido posible el ataque al derecho ajeno, o impedir la defensa del mismo.-

Con el profesor Mesa Velásquez, daremos algunos ejemplos de complicidad necesaria: llevar con ardides a la víctima hasta el sitio del crimen, el facilitar el arma homicida, el hacer la llave o la ganzúa para penetrar a un domicilio, el prestar la escalera para un robo, el dejar la puerta abierta con concierto para una sustracción ilícita.

La carencia de acuerdo previo no desvirtúa el carácter

de participación delictuosa entre los que concurren a consumir la infracción, aunque sea accidentalmente; ni la falta de inteligencia recíproca entre los ejecutores del delito basta para quitarles a éstos su condición de autores. "

C A P I T U L O IV

PARTICIPACIÓN EVENTUAL O CONTINGENTE

1. Definición.

Según el planteamiento que hemos hecho, sabemos que la participación puede ser necesaria o principal, y eventual o contingente. Ahora, corresponde hacer algunas consideraciones sobre la segunda de ellas, o sea, sobre la participación eventual o contingente. -

El dolo eventual, es sin duda, la forma más compleja del dolo, ya que en este caso no se trata de la predicción del resultado como único y seguro (caso del dolo directo o inmediato), ni como múltiple aunque también seguro (caso del dolo mediato o directo de segundo grado), sino como meramente probable. De otro lado, la actitud de la voluntad también es distinta en el dolo eventual que es el directo, porque en esta obra por causa de la representación del efecto, y en aquel, a pesar de la representación del objeto. -

Se tiene el dolo eventual o indeterminado, cuando la intención se dirige indiferentemente a varios resultados; de modo que es como una ratificación anticipada a cualquiera de ellos que se realice. La intención se concreta o determina atendiendo al resultado producido, siguiendo el principio: al dolo indeterminado, se determina por el evento o resultado. -

Las dificultades para diferenciar el dolo eventual de la culpa de previsión son numerosas. -

Dos tendencias tratan de resolver el problema planteado. La primera dice que, el dolo eventual consiste simplemente en la representación de un resultado como probable. La segunda, considera de mayor importancia el elemento volitivo, niegan que baste la simple previsión y que prever equivalga a querer, y exigen, a más de la previsión, la volición del evento. -

En ambas representa la duda un papel importante, ya que puede suceder, en primer término, que el agente, en caso de que conozca tener su acción un resultado plural, dirija la intención solo a uno de esos resultados y permanezca en la incertidumbre con respecto a los demás o, en o en otras palabras, que quiera uno de esos resultados pero su voluntad no se haya pronunciado ni pro ni contra de los otros. O es posible que ocurra, también, que conozca que su acción ha de producir un cierto resultado, pero esté en duda sobre si ocasionará otros o nó. -

El cúmulo de problemas que se desprenden de la diferenciación del dolo eventual o contingente de la culpa con previsión, se proyecta al intentar el estudio de la participación eventual o contingente. -

Para que exista cooperación no esencial, es menester -

DEPARTAMENTO DE
FISCALIA
UNIVERSIDAD DE SANTIAGO

26

34

que ella resulte de una actividad decidida y tomada con el propósito de reformar la resolución adoptada o facilitar la realización de sus fines .-

El que apoya y estimula con su compañía y sus palabras al autor de un homicidio durante la perpetración del hecho, debe ser considerado como un cómplice secundario del mismo. -

La presencia del procesado en el teatro de los hechos no implica, por si sola, eficiencia ni convenio para la perpetración del delito cometido por otro sin premeditación ni agresión previa, lo que excluye toda forma de complicidad. Si el auxilio prestado por el procesado al homicida para incineración del cadáver de la víctima no fué prometido y no hay en autos elementos de juicio que permitan afirmar de una manera cierta e indubitable que el primero hubiera prestado, por lo menos, una verdadera cooperación moral, y, por el contrario, resulta de la prueba que fue simplemente testigo presencial en involuntario del crimen, no procede considerarle partícipe sino encubridor, debiendo en caso de duda estarse a lo más favorable al procesado. -

Para Francisco Antolisei, la participación no eventual, o contingente " es una forma de realización del delito.

"La cooperación accesoria tiene lugar cuando el concurso de presta en los actos ejecutivos del delito; y no

en los consumativos. Se da entonces la figura de los cómplices.

2. Análisis .

Las nociones antes expuestas nos permiten deducir una serie de ideas , así:

1. En la complicidad secundaria, como llaman algunos autores a la participación eventual o contingente, hay un sujeto primario (el que ejecuta el hecho), y un sujeto secundario (el que colabora voluntariamente con aportaciones no indispensables para el fin criminal del autor).

2. La contribución del cómplice puede ser o consistir en - instrucciones, consejos, comisiones, acciones materiales, etc., pero en todo caso deben ser accesorias para el delito.-

3. Los partícipes o auxiliares secundarios, o cómplices ayudan a los autores en las diversas fases de la ejecución del delito, por ello, daremos un concepto de auxiliares en cada una de las etapas del acto criminal, basándonos en el cuadro elaborado por Luis Carlos Pérez, en su Derecho Penal Colombiano:

a. Son auxiliares en la resolución aquellos que sin haberla provocado, la estimulan con promesas como la de ocultar al delincuente, asegurar su fuga o impunidad borrar las huellas del delito, encubrir los objetos robados, etc.-

b. Son auxiliares en la preparación los que dan al delin -

cuenta indicaciones naturales para facilitar la ejecución, o que nes arreglan las armas u otros objetos útiles para el cumplimiento del proyecto, o deisponen el lugar favorable, etc..

c. Son auxiliares en la ejecución aquellos que, sin efectuar los actos materiales en los cuales consiste propiamente el delito, prestan al delincuente algún socorro útil, sin que sea necesario, como permanecer en acecho, sostener la escalera, etc.

d. Son auxiliares posteriore los que ayudan o protegen al criminal después que éste ha consumado el acto, ya facilitándole los medios para rehuir la autoridad, ya encubriendo el cadáver de la víctima o los objetos materiales de la infracción, favoreciendo a la evasión, dando a la justicia falsos informes, etc.

4. Como en toda forma de participación, la eventual requiere el concurso de varios participantes.

3. Derecho Positivo.

El artículo 20 del Código Penal Colombiano, que completa la complicidad no necesaria, estatuye:

" El que de cualquier otro modo coopera a la ejecución del hecho o preste una ayuda posterior, cumpliendo promesas anteriores al mismo, incurrirá en la sanción correspondiente al delito, disminuida de una sexta parte de la mitad ".-

Refiriéndose a esta norma dijo la Corte: "El legislador de 1963 no creó, en el art. 20 del C.P., una forma sui géneris de concurso delictuoso desvinculada del sistema general que informa el estatuto y de los principios doctrinales que lo inspiran, en virtud de la cual sea posible hacer responsable a una persona de un evento no previsto ni querido por ella, si quiera condicionalmente (dolo eventual). Puesto que en el fondo la ayuda posterior prometida de antemano, viene a ser de una manera de concurso o concurrencia proyectada sobre el hecho central, esta participación debe reunir- para que sea reprochable a tipo de dolo- los mismos supuestos psíquicos de toda participación, es decir: el conocimiento y la voluntad, siquiera condicionada, del hecho que constituye, por decirlo así, el Núcleo del concurso.

El evento del artículo comentado, la ayuda posterior al delito debe ser conocer toda previamente, porque si no se cumple tal requisito, el hecho constituye la infracción especial prevista en el artículo 199 del Código, esto es, el encubrimiento.

Los artículos 19 y 20 contienen distinta penalidad; en el primero se aplica la misma pena al autor y al cómplice necesario; en tanto que en segundo, siempre debe disminuirse la sanción de una sexta parte a la mitad para el cómplice no necesario, Esto, porque la participación por él prestada no es igual a la del primero.-

C A P I T U L O V

REQUISITOS DE LA COPARTICIPACION

El concurso de varias personas en la producción del hecho delictuoso es posible con la presencia de algunos requisitos estructurales, cuya presencia ha sido elaborada y discutida ampliamente por la doctrina jurídico-penal..

El Profesor Luis Enrique Romero Soto hace una completa clasificación de tales elementos en los siguientes términos: a. La pluralidad de agentes; b. La unidad de delito; c. La realización del elemento objetivo del ilícito siquiera en grado de tentativa; d. El animus concurrendi o animus socii; e. La relación causal entre la conducta de los concurrentes y el resultado delictuoso.-

El doctor Alfonso Reyes Echandía, partiendo de un criterio más simplista, hace una clasificación tripartita, así: a. Pluralidad de agentes; b. Concurso voluntario de acciones u comisiones; c. Identidad del delito.-

Al observar las anteriores clasificaciones, se nos ocurre pensar que el categorizado Reyes Echandía, como punto de partida los factores específicos del concurso de delincuentes, y que el jurista Romero Soto enfoca el tema desde un concepto general al incluir el animus socii y la relación de causalidad, dentro de las exigencias para que se de el concurso de varias personas en el delito.-

40

Inicialmente analizaremos los elementos de la coparticipación siguiendo la triclificación y, luego, haremos algunas consideraciones sobre los demás aspectos.-

1. LA PLURALIDAD DE AGENTES.

La naturaleza propia de esta figura exige la presencia de varios individuos que toman parte en la ejecución del delito; sin embargo, la forma y el grado de la participación mencionada varían en cada caso, sin que ello implique modificación de la figura. Se pregunta si todas las personas que cooperan en el delito, pueden recibir el nombre de concurrentes. Puede suceder que un individuo sea obligado a ejecutar un delito o que se trate de una no sana de mente, en grado tal de no darse cuenta de sus actos. En tales circunstancias, los individuos en mención son verdaderos instrumentos de la persona que los obliga a obrar y que es el verdadero autor del delito. Para estos casos se reserva la denominación de autor mediato, aplicada a quien ejerce la coacción sobre otro o aprovecha su falta de discernimiento.-

Es importante distinguir entre el autor y el cómplice; el primero es aquella persona cuya conducta encaja totalmente en el tipo, en tanto que en el segundo es aquel que realiza un comportamiento que por sí mismo no se adecua plenamente al tipo.-

El Código puede actuar de dos maneras, como instigador

o como auxiliador..

El instigador, - también llamada autor intelectual- es la persona que determina a otro a realizar materialmente el hecho criminoso que él personalmente no quiere o no puede - ejecutar. El profesor Eduardo Novoa Moreál dice que: es crear en el animo de otro la voluntad de cometer el delito; hacer surgir en la mente de otro la decisión de realizar el hecho punitivo; generar en otro el propósito de delinquir .-

La labor del instigador es de naturaleza fundamentalmente intelectual porque se limita a ordenar, aconsejar, coaccionar, suplicar o convenir para que otro materialmente realice la conducta típica; por lo anterior encontramos una relación causal entre quien instiga y quien es instigado, de cuyo resultado depende la configuración del delito en cualquiera de sus modalidades. -

La relación entre el autor material y el instigador pueden dar lugar a 4 hipótesis , teniendo en cuenta nuestro derecho positivo, cuyas consecuencias examinaremos, siguiendo el esquema trazado en la Tipicidad Penal.

a. El autor material no realizó el delito previsto por una de las siguientes razones: 1. Por voluntad propia; en cuyo caso estaremos frente a la tentativa desistida (Art. 15) si había dado comienzo a su ejecución cuando decidió suspender la conducta

respecto del instigador, responderá de tentativa inacabada (Art. 16) porque la suspensión voluntaria de la conducta típica realizada por el autor material es para él una circunstancia ajena a su voluntad que impidió la consumación del hecho criminoso.

2. Por decisión voluntaria del instigador y entonces, predicando se esa determinación también del autor material, respecto de ambos se dará la tentativa desistida (Art. 15). 3. Por circunstancias independientes de su voluntad, hipótesis que plantea una tentativa inacabada por ambos (Art. 16) porque respecto de los dos el delito dejó de consumarse por factores ajenos a su voluntad.-

b. El autor material realizó el delito previsto; esta hipótesis puede dar lugar a los siguientes casos 1. El delito fué acordado en la forma acordada, por lo que ambos responden del mismo en igualdad de condiciones (Art. 19) 2. El delito fué realizado con defecto como cuando se había acordado matar y el autor material apenas ocasionó unas lesiones; en este caso habría que distinguir: Si el autor material voluntariamente modificó su propósito criminal, responderá de lesiones personales pero si con la intención de matar apenas logró herir, entonces habrá cometido un delito tentado de homicidio; el autor intelectual, en ambos casos, responderá de una tentativa de homicidio porque la no consumación de este ilícito tuvo como causa una circunstancia independiente de su voluntad. 3. El delito fué realizado con exceso, como cuando se había decidido herir y se causó la muerte, aquí también conviene hacer una distinción; si el autor material decidió motu proprio dar muerte a quien solo debe lesionar, será responsable del homicidio perpetrado, en tanto que el instigador habrá de -

del delito que efectivamente determinó, es decir, de lesiones personales, dado que la muerte en forma como se presentó es un resultado que rompe el nexo causal que lo ata al ejecutor material del hecho; pero si el autor material, queriendo herir mató, uno y otro estarán frente a un homicidio preterintencional (Art. 365) ya que la muerte fué una consecuencia directa de las lesiones por ambas queridas y realmente causadas. 4. El delito se consumó a pesar del desistimiento del instigador; este resultado puede ser debido a dos causas: o el desistimiento del instigador no fué oportunamente conocido por el autor material y por ende, resultó ineficáz caso en el que ambos responderán del delito perpetrado, o, pesea que el autor material tuvo oportuna noticia del desistimiento del instigador, decidió no obstante continuar la empresa hasta ultimarla, hipótesis en la que, roto también el nexo causal entre los dos, sólo el autor material responderá del delito cometido.-

c. El autor material realizó un delito diverso por una de estas causas: 1. Por error o accidente, en cuyo caso ambos responderán por el delito que habían acordado cometer - pues estamos en la figura de la aberratio delicti (Art. 14) que, edificada sobre un error irrelevante, no suprime la culpabilidad; 2. Por voluntad propia también a quí por las razones anotadas en la parte anterior (ruptura del nexo causal entre el instigador y el intigado) la responsabilidad solo recae sobre el autor.- material..

d. El autor material realizó el delito previsto y además otro

otro diverso; se deja en claro que del primer delito ambos - responderán en igualdad de condiciones (art. 10); respecto del segundo deberá tenerse en cuenta su relación con aquél, por manera que si fuera dependiente el primero responderá únicamente - el autor material, siempre que pueda imputarsele a título de dolo o de culpa; pero si resultó una consecuencia natural suya, entonces ambos habrán de responder porque quien es causa de la causa es causa de lo causado. -

Es de anotar como la participación de varios sujetos en la participación de un delito, por la mayor capacidad para delinquir demostrada por los participantes y el más enérgico impulso criminoso que su concurso origina. -

El cuadro de posibilidades anteriormente expuesto, es síntesis manifiesta que todo delito puede presentarse por una pluralidad de personal. Y, por lo tanto una de estas conductas de participación puede representar un papel de índole directiva o ejecutoria, la otra puede tener más bien carácter de auxilio y servir a la conducta de ejecución. Por lo cual sería perfectamente concebible castigar a todos los participantes sin distinción, como autores del acto, teniendo en cuenta que también ellos han cooperado y co-causado el resultado delictuoso. Pero en sentido valorativo más profundo no seguirá esta rutina, sino distinguirá más bien de modo más preciso las diversas formas de participación en el hecho punible. En principio hará ciertamente responsable a todo el que haya contribuido al resultado, ya por el

mero hecho de esta colaboración, pero graduará dicha responsabilidad. Esta ruta se sigue por el derecho Colombiano vigente desde el momento que no se considera ni sanciona como autoría toda causación; sino que separa la autoría, la coautoría y la autoría mediata como las más graves formas de participación, en el delito de la instigación y de la complicidad como las formas menos graves, como formas de mera "participación en el delito de otro".-

2. CONCURSO VOLUNTARIO DE ACCIONES U OMISIONES.

La presencia de este requisito implica que los varios copartícipes contribuyan armónicamente a la realización del hecho antijurídico, bien sea mediante conductas positivas o a través de omisiones.-

Ahora, cuándo puede presentarse esa participación? Esa participación puede presentarse antes o después de la comisión del delito; si se presenta antes se hallará de una complicidad antecedente; si se presenta en el momento de la comisión delictual, se dirá que la complicidad es concomitante porque se despliega dentro de la fase consumativa del o ilícito, y si se presenta después tendremos una complicidad subsiguiente, dado que la labor del cómplice se desarrolla en un momento posterior a la consumación de la infracción, pero en ovedecimiento a un acuerdo previo.-

La mayoría de los autores está de acuerdo en que se necesita una "voluntad de cooperar en el hecho" que constituye el delito, la que consta de dos elementos: En primer lugar, el conocimiento o la representación de las acciones que otras personas han ejecutado o que están por ejecutar para realizar el hecho delictuoso, y en segundo término, la intención de contribuir con la conducta propia de la verificación del mismo hecho".-

Todos los coparticipantes deben ejecutar por lo menos algún acto encaminado directa o indirectamente a la producción de un delito. No es preciso que realicen los actos propios y característicos de éste, basta basta con que su actividad tienda a la ejecución de un hecho que constituya una figura delictiva, pero cada uno debe responder teniendo en cuenta su grado de participación. Según quedó establecido arriba, tampoco es preciso que el delito llegue a consumarse, de modo que la codelinencia existe no solamente en caso de consumación sino también en los grados de frustración y tentativa. La participación en un hecho conforme a derecho, justificado v. gr., la legítima defensa, no constituye participación punible.-

La contribución voluntaria en el sentido de prever y querer el resultado en el conocimiento de que las conductas de los demás tienden al mismo fin ha llevado a hablar de la "convergencia subjetiva", entendida como el conocimiento que cada

(47)

uno de los copartícipes debe tener que "su actuación personal importa una cooperación en el hecho típico por ir unida a la actuación de otro u otros .-

Ese acuerdo de voluntades así entendido puede ser el fruto de una mediata preparación o resultado de una improvisa adhesión a la conducta del autor principal; lo que importa sobre todo es que todos entiendan participar en un hecho punible y quieran hacerlo.-

3. IDENTIDAD DEL DELITO.

La identidad del hecho delictuoso debe entenderse como "el acuerdo de los varios partícipes orientados a la comisión de una misma figura criminosa". Por lo tanto, si alguno o algunos de los copartícipes creen estar interviniendo en un hecho ilícito, su conducta queda fuera de la coparticipación, y si creen estar coadyuvando en la ejecución de un delito diverso, solo responderán de la conducta desarrollada si ella constituye por sí misma delito o contravención. Es pues, condición precisa para existencia de la codeincuencia que varias personas quieran la ejecución de un mismo delito y que además realicen un hecho encaminado a su producción.-

Por la razón expuesta dice acertadamente Eugenio Cuello Calón que, la intención en todos los copartícipes,

(48)

de realizar determinado delito, es siempre necesaria.

" La identidad del delito como elemento de la coparticipación puede predicarse tanto del tipo fundamental (homicidio, lesiones, hurto etc.) como de cualquiera de las modalidades del tipo amplificador de la tentativa (inacabada, acabada, desistida e imposible) porque en todas ellas los copartícipes se han puesto de acuerdo en cometer un hecho delictuoso determinado, hacia él han orientado su coparticipación y en todas las consumaciones no ha surgido ya sea por circunstancias ajenas a la voluntad de los copartícipes, obra por propia determinación, ya finalmente por inidoneidad de sus conductas o por inexistencia del objeto material del tipo; con razón Carrera dice que " si el hecho constitutivo de la tentativa concurre alguno como cómplice, lo hace eficazmente en un acto constitutivo de delito y asume la responsabilidad proporcionada. "

Antes de terminar este capítulo conviene no dejar en claro lo relativo a la COMUNICABILIDAD DE CIRCUNSTANCIA EN EL DELITO, acápite analizado concienzudamente por el Profesor Luis Eduardo Mesa Velásquez, cuyo planteamiento acogemos, por, llenar el contenido de nuestro Derecho Positivo.

El delito cometido en cooperación de varias personas puede presentar circunstancias personales u objetivas dife

(49)

rentes, con respecto a los copartícipes, y la responsabilidad de éstos puede ser, en consecuencia, mayor o menor.-

Las circunstancias que acompañan al delito se clasifican doctrinariamente y por la ley personales y materiales. Las personales son " ciertas cualidades o condiciones del delincuente que modifican en alguna forma la responsabilidad ", como sería la calidad de nacional, de funcionario público, de hijo, de esposo, de premeditación, etc. Las materiales se refieren " al modo de ejecución del hecho y modifican el delito en sí ", como sería la violencia en la sustracción de las cosas ajenas, la asechanza en el homicidio, etc.

Las circunstancias materiales y personales pueden tener efecto atenuante o agravante de la incriminación, y se pueden comunicar o no entre los partícipes o cómplices, según los casos.

El art. 21 del Código Penal, establece que las circunstancias personales excluyentes o disminuyentes de la responsabilidad " no se tendrá en cuenta sino respecto del autor o del cómplice en quien concurran ", es decir no se comunican nunca a los partícipes o cómplices.-

Según la misma disposición - art. 21- las circunstancias

(50)

personales agravantes de la sanción " tampoco se tendrán en cuenta, a menos que hubieran sido conocidas por el partícipe", es decir, se comunican a los cooperadores cuando obran a sabiendas o con conocimiento de ellas.-

Por virtud del fenómeno de la comunicabilidad de circunstancias personales, puede un ciudadano particular llegar a ser responsable de aquellos delitos propios de los funcionarios públicos.-

Conforme al art. 22., las circunstancias materiales agravantes o atenuantes del hecho " sólo se tendrán en cuenta para quien, conociéndolas, prestó su concurso ", es decir, se comunican a los partícipes cuando hayan sido conocidas.-

51

C A P I T U L O VI

FORMAS DE PARTICIPACION

Las personas que toman parte en delito tiene un diferente tratamiento legal y doctrinario, pues no todas ellas concurren en el mismo grado de intensidad, ni en las mismas circunstancias. Ahora, el tema reviste un interés tanto teórico como práctico ya que permite la adecuada valoración de la conducta y la actividad de los intervinientes en la empresa criminal.-

Queremos hacer un enfoque de las diversas situaciones que nos permiten tener una noción de cuanto atañe a la materia en estudio. Conscientes de la dificultad de lograr una síntesis total, nuestra reseña avocará lo pertinente al autor, en sus varias formas, al coautor, al inductor, a la participación negativa y al encubrimiento.-

A. AUTORES.

" Es autor del delito el que lo ejecuta realizando los elementos que integran la figura ". Esta que es la concepción tradicional, y la que considera como autor sólo al que realiza por sí mismo y directamente el tipo legal de delito, los demás participantes, si los hay, no serán punibles en concepto de autores, sino como inductores o como auxiliares o cómplices. Dice Cuello Calón (ibid.) que, ésta es la llamada noción restrictiva.

Frente a la noción anterior, en los últimos años, ha aparecido, especialmente en la doctrina alemana, la concepción denominada extensiva, según la cual es autor " todo el que interviene en la producción del hecho con una actividad causal, a menos que tal intervención se concreta en formas específicas de participación como inducción o complicidad ".-

Continuando con el mismo autor, se aprecia que de ambas concepciones la restrictiva es la más certera, pues inspirándose en el principio de la legalidad de los delitos aporta al Juez elementos de juicio claros y concretos para fijar el grado de participación del agente, mientras que la extensiva por su vaguedad favorece la incertidumbre, conduce a equívocos, siempre en perjuicio de la seguridad en la apreciación del *factum delictuoso*.-

Las doctrinas alemanas e italianas han creado una categoría especial de autores, el llamado " autor mediato ". La doctrina habla del autor mediato cuando el hecho punible no se realiza por el agente de un modo personal y directo sino acudiendo a fuerzas, vitales extrañas a su persona que emplea a modo de instrumento para su perpetración.

Se denomina el autor mediato al autor cuando ha causado el resultado sirviéndose de una persona que no actúa típicamente ". Para la doctrina alemana este persona - medio que no actúa típicamente no es punible, y no puede, en consecuencia, considerársele como " auxiliador "; el que a sabiendas

o la auxilia no es, por tanto, instigador ni simple cómplice, - sino autor, y en verdad, autor mediato. La persona medio debe haber actuado antijurídicamente, pues en los casos en que actúa conforme a derecho tampoco puede servir a otro para ejecutar un delito. Igualmente, en nuestra Ley y en nuestra doctrina, los inimputables nunca pueden actuar antijurídicamente.

Si alguien se sirve en la realización de un tipo delictivo de una persona totalmente responsable de un acto es "instigador", y, por tanto, no autor mediato ni autor. Diferente es la cosa cuando el sujeto a quien se utiliza en la realización del tipo carece de culpabilidad en sentido jurídico-penal, y no puede en consecuencia ser castigado; entonces, el que le utiliza es un "autor mediato".-

Edmundo Mezger dice que, la ausencia de culpabilidad en el "instrumento" puede tener distintas causas; a continuación decimos cuales son ellas.-

1. Puede faltar imputabilidad del "instrumento". El que sabiendo que una persona es un enfermo mental le "instiga" con éxito para que dé muerte a otro, no es instigador en sentido jurídico, sino que responde él mismo como autor del delito de homicidio.-

2. Puede faltar el dolo la culpa en el "instrumento".

En cada caso es determinante el delito que concretamente viene en consideración; en delito doloso ocurrirá, por tanto, que incluso el que procede culposamente carecerá de la forma de culpabilidad exigible.-

3. Puede existir en el "instrumento" una causa de exclusión de culpabilidad. Si la persona "medio" actúa coaccionada, o en virtud de un mandato antijurídico obligatorio, o en el caso de necesidad exculpable o de una manera que no puede exigirse que sea distinta a como en realidad es, etc., el que sirve de ella es autor mediato.

Nos dice el Profesor Luis Enrique Romero Soto que, la del autor mediato es una de las más discutidas formas de autoría. " Aquellos que sostienen la tesis subjetiva, haciendo en la equivalencia de condiciones, de que todo los partícipes en el delito están igualmente de condiciones, como causa que son, todas ellos, del resultado típicamente delictuoso, rechaza que pueda hablarse de autor mediato y dicen que es un producto de la falta, (para ellos) teoría de la accesoriedad, ya que en los casos en que el ejecutor del hecho es irresponsable, no pudiendo tal teoría " admitir la punibilidad, participación accesoría, en un hecho no punible en concreto, se acogió el subterfugio de la autoría mediata según, la cual, el ejecutor irresponsable o inmune de pena no representa más que un autómatas, un longa manus, un instrumento pasivo, de modo que sub especie juris, deja de haber participación y, de inmediato, el simple auxiliar (aun cuando es ajeno a la ejecución material del

acto principal y sin ánimo de autor) pasa a ser autor, o, mejor dicho, autor mediato, con lo que se hace notorio el artificio".

Un argumento más contra la teoría de la autoría mediata la tenemos diciendo que "la teoría accesoria, para justificar la acriminación de éste último-el instigador-, tiene que dar saltos mortales y recurrir al expediente del llamado autor mediato, en contra del cual es cada día más unánime la doctrina moderna".-

A pesar de los ataques a que ha sido sometida la teoría de la autoría mediata por tratadistas modernos italianos, brasileños, y algunos alemanes, ella ha sido aceptada por la gran mayoría de autores alemanes e hispanoamericanos.-

"El Código Penal permite la estructuración de la autoría mediata mediante la exigencia de algunos requisitos, los cuales son:

- a. La presencia de un instrumento; sólo puede ser el ser humano en estado de conciencia, nunca un robot, un animal amaestrado o un hinoptizado;
- b. el instrumento no actúa típicamente; puede actuar con dolo si el que emplea no es el que la Ley exige para

para la adecuación típica;

- c. El instrumento es inculpable si obra en error, esto es, si obra creyendo que realiza un acto penalmente lícito.

Hay una categoría de delitos llamados de propia mano.

En éstos "es solo autor el que mediante la propia acción personal ha causado el resultado". En unas series de delitos se defiende por la bibliografía de la tesis de que, teniendo en cuenta la propia naturaleza de ellos, solo pueden ser cometidos por el autor en persona no, por tanto, sirviéndose de la intervención de otro sujeto. Cuando soliciten positivamente fundamentos tales casos, resulta que no es autor cualquiera que haya causado el resultado, sino sólo el que ejecuta la conducta típica en propia persona; el que se sirve de otra para la ejecución del hecho queda excluido del círculo de personas que pueden ser castigadas como autores. En la doctrina Alemana se admite la presencia de tales delitos de propia mano, en la respectiva legislación.-

Acertadamente anota, el Profesor Luis E. Romero Soto que, en esta clase de delitos -de propia mano- no se es posible la autoría mediata, ya que, tales delitos requieren la intervención personal del autor. Así sucede, por ejemplo, con el adulterio-, el prevaricato, el falso testimonio, etc.,

Una categoría más de delitos, los denominados "especiales", igualmente llamados "propios" en los cuales se exigen también especiales condiciones en el autor. Se pueden definir como "aquellos que necesitan para su conformación una condición especial en el sujeto activo", como la de ser funcionario público, militar, nacional, etc. etc. La posibilidad, en ellos, de ser autor está limitada a un determinado círculo de personas, según dice Mezguer. En estos delitos es posible que el autor mediato tenga las condiciones requeridas, situación que permitiría considerar al autor ejecutor como verdadero autor mediato. Sería V.gr., el no funcionario que ayuda a un funcionario a cometer un delito que solo en su calidad de funcionario puede llevar a cabo. En sentido contrario, no es posible la autoría mediata cuando sea el ejecutor el que tenga las calidades requeridas y no el que lo determina a delinquir por lo tanto, el único autor sería el ejecutor, un verdadero instrumento. Si un funcionario público es inducido por un no funcionario a que reciba una dádiva para que ejecute un acto propio de sus funciones, habría instigación por parte del segundo.

El problema de los delitos especiales es de fecha antigua. El se resuelve en virtud de consideraciones derivadas del Derecho Positivo. Concretamente vienen en consideración los siguientes grupos :

1. Los delitos relativos al juramento: la ejecución ha de ser, por modo necesario, personal.

2. Los denominados delicta criminis de adulterio, incesto y otros delitos análogos contra la honestidad.
3. Los denominados delitos de simple actividad.
4. Los denominados delitos de omisión.
5. Los delitos especiales: (por ejemplo delitos de funcionarios públicos) se circunscribe la posibilidad de la autoría a un determinado círculo de personas; pero éstos, a su vez, pueden cometer el delito sirviéndose de otra persona como instrumento. -

B COMPLICES O PARTICIPES.

La participación criminal se tiene cuando el delito es obra de varias personas, que concurren a su producción con actividades convergentes. La complicidad es la ayuda o cooperación o auxilio prestados al autor o autores del delito, para su ejecución. Algunos Autores encierran en el término genérico " complicidad " todas las formas de cooperación en el delito (participación y complicidad propiamente dichas).

Puede decirse a modo de principio genral que " la participación es la coordinación de dos o más sujetos en la finalidad criminal, unitaria y común, en la que cada uno aporta

(60)

como propia una condición causal al concurso ". Dentro del concepto general de participación pueden abarcarse las nociones de cómplices, autores, autores o instigadores. En nuestro trabajo tendrán especial lugar la autoría y la instigación. De la participación y de la complicidad nos estamos ocupando en este aparte. -

" La complicidad puede definirse en términos generales, diciendo que es la prestación de ayuda a un hecho ajeno ". El cómplice no obra ánimo actoris, ni en el dueño del hecho (Welcel). " Pero no por eso deja de castigarsele, ya que si la ley castiga, en la tentativa de los actos tendientes a la consumación de un delito y siempre que hayan alcanzado ciertas intensidad, igual cosa ocurre en la cooperación y con mayores veras que en el conato. Por cuanto en aquella no solo se trata de actos con tendencia ejecutiva, sino de verdaderos actos de ejecución y de consumación, pues que, como hemos dicho, la cooperación no es punible sino cuando por lo menos se ha comenzado la etapa ejecutiva del acto. -

" Desde el punto de vista de la política criminal, merece sanción no solo los que ejecutan el hecho, sino también los que contribuyen a realizarlo. -

" Sin embargo, si bien el cómplice contribuye a ejecutar el hecho, no lo ejecuta por sí mismo, so pena de dejar

(61)

de ser lo primero para convertirse en verdadero autor del delito. "

El cómplice puede actuar en la etapa ejecutiva a pesar de no realizar o de no llevar a efecto actos propios de ejecución. Es decir, puede recibir la denominación de cómplice quien ayuda a realizar la conducta típica, sin que sea necesaria su presencia en la misma. -

En este particular, conforme advierte Mezguer, tienen importancia las diversas teorías sobre la naturaleza de la cooperación. Así, las teorías objetivas, o sea aquellas que según hemos visto, toman como punto de partida la participación en el injusto, consideran solo cómplice al que no interciene en la actuación o realización del tipo (teorías objetivas formales).

Pero otro tipo de teorías objetivas, las llamadas materiales, se fijan en la causación del resultado, para decir que quien lo causa es autor y quien solo pone una condición del mismo es cómplice. Es claro que estas últimas teorías parten de un concepto restringido de causa, o sea de una diferenciación entre causas y condiciones del resultado. Por que de aplicarse la teoría de la equivalencia de condiciones, todas estas - serían elevadas a la categoría de causa. -

Por su parte las teorías subjetivas como base toman el concepto de culpabilidad del agente, esto es, la posición subjetiva del mismo frente al resultado, de manera que será autor el que obra animo autoris y cómplice, el que hace animus socii; -

Nuestro guía en este supuesto, el tratadista Luis Enrique Romero Soto, y, en relación con el punto de vista aplicable a nuestro Derecho Positivo, nos permite hacer las siguientes consideraciones:

1. El punto de partida debe ser subjetivo pero debe reflejarse dentro del plan objetivo, o sea, el individuo debe obrar con determinado ánimo y su conducta debe traducirse en actos que lo comprometan en calidad de autor o de cooperador.

2. Para diferenciar el autor del cooperador conviene tener en cuenta la teoría de causalidad. Entonces, si un individuo obra de modo que su actuación no es de aquellas que ordinariamente y por sí mismas pueden producir el resultado se está en presencia de un cómplice. Si, por el contrario, su actuar tiene en sí los elementos que por experiencia, se sabe que pueden originar, aún obrando aisladamente, el resultado, se trata de un autor. -

63

3. No se puede considerar solamente el aspecto objetivo. Estaremos en presencia de un cómplice si el segundo, no obstante de la educación de su obra a la producción del resultado, actúa únicamente para ayudar a un tercero cuyo actuar está causalmente adeduo al fin.

En este caso "si el autor procede con dolo de participante, esto, es, cuando a aquel que, objetivamente considerado, es autor, porque, v. gr., el autor principal es un enajenado, cree, sin embargo, que se trata de una persona sana de espíritú, y por tanto, imputable, será castigado solo como participante (instigador, cómplice), a causa de su creencia errónea de que existía una causa (atenuante) de restricción de la pena."

4. Tomando como base el criterio de adecuación, puede decirse que es posible que un cómplice obre dentro de la etapa ejecutiva, siempre que no lleve a cabo actos causalmente adecuados al resultado. Esto se debe o se puede saber tomando como base la acción típica, haciendo la correlación entre la norma y el factum delictuoso.-

5. En cuanto al elemento subjetivo de la complicidad basta el dolo eventual, esto es, la previsión del resultado acompañada de un tomar a su cargo el mismo. Ese dolo naturalmente, requiere saber que se está procediendo en contra del ordenamiento jurídico general por contribuir, animus socii, a la producción

de un resultado antijurídico. -

Ahora, en cuanto al momento en que debe apreciarse la presencia de la complicidad, es común la idea de mirarla bien sea antes de la ejecución, bien sea durante la misma, o, bien sea después de ella. -

A continuación, creemos conveniente transcribir un pronunciamiento de la suprema Corte de Justicia, en lo atinante, a la participación y, sobre todo, a la complicidad. Dijo la Corte en esa ocasión: " Sobre el fenómeno de la complicidad, bajo el ámbito clásico del antiguo código se había analizado la diversidad de fases y vabres que puede tener en relación con el delito como entidad objetiva, pero no con delincuente como entidad subjetiva.

Todavía se venía poniendo en práctica la tesis de que el hecho de la participación de varios sujetos en la consumación del delito solo se tenía en cuenta únicamente para calcular la responsabilidad merecida en cuanto a la importancia o cantidad de participación. Este era el origen de la diferencia de las formas de concurso: autor, el que ejecuta el acto consumativo; correos o cautores o coautores los que cooperaban directamente en la consumación del delito o ilícito, y cómplices los que no participaban directa, actual o inmediatamente sino lejana, remota o indirectamente. La distinción de la ciencia tradicional

65

sobre el concepto de complicidad en los elementos de cualidad, grado, modo, tiempo, eficacia, se dirige exclusivamente a medir la responsabilidad de los copartícipes, esto es, a establecer que al dividir los concursantes en correos y cómplices, a estos se les debe aplicar una pena menor. La escuela positiva vino a imponer un criterio nuevo referido ante todo a la necesidad de destacar la importancia que tiene el fenómeno de la complicidad respecto del delincuente, como entidad subjetiva, El infinito cúmulo de apreciaciones, fases, distinciones y teorías de la complicidad según la importancia o eficacia de la participación- criterio proveniente de la concepción objetiva del delito-, vino a ser reemplazado por el concepto de la coparticipación basado sobre la intención unificada del propósito delictuoso, índice de la peligrosidad del sujeto activo.-

" Analizando las disposiciones del Código Colombiano respecto del fenómeno de la complicidad, se observa que se estableció un criterio eléctrico, tomado el factor coparticipación genérica como grado para establecer la responsabilidad del concursante (concepto positivo), art. 19, y discriminado al mismo tiempo en el 20 la acción del copartícipe no necesario, como digna de una menor responsabilidad (escuela internacional). En tal forma, dentro del Código Penal aparece el fenómeno de la complicidad tomando en sus tres aspectos primordiales;

a. Como concurso de acciones voluntarias, coparticipación estatuida como elemento específico de un delito, así el ilícito tiempo denominado en nuestro código asociación para de

linquie para (art. 208).

b. Como concurso de acciones voluntarias que participan en diferentes grado de eficacia en la realización del delito por lo cual la responsabilidad estará proporcionada a la diferente cantidad de participación (art. 19 y 20), y

c. Como simple y pluralidad de sujetos activos que, por esa misma circunstancia, hacen más peligrosa su actitud, modalidad incluida en el Ord. 9. del artículo de las circunstancias de mayor peligrosidad.-

C. COAUTOR.

" Son coautores los que con la común intención de cometer un delito realizan los elementos que integran su figura legal". Por ejemplo, los que son ánimo homicidadis paran sobre un hombre causandole la muerte.-

" Coautores son los que ejecutan de consumo la acción delictiva; los que participan en común designio y positivamente en la producción del hecho conjunto".

Sobre la coautoría, en el criterio de Mezguer, y, como doctrina alemana generalmente aceptada, se tiene que ella supone lo siguiente:

1. La coautoría no es participación en sentido estricto; pues "participante", en puro sentido, es tan solo el que interviene, pero no como autor en el acto de otro. De ello se deduce los siguientes principios:
 - a. En el delito especial solo puede ser coautor el que reúna las propiedades de la persona cualificada como intraneus; el extraneus aparece como mero participante en sentido estricto, como cómplice, como autor del delito general, etc. -
 - b. La coautoría aparece excluida del delito de propia mano. Pues este delito, precisamente a causa de exigir una realización personal del tipo conjunto, excluye la realización en común. -
 - c. La coautoría se excluye, igualmente, en caso de o - instigación o auxilio, y, en el delito culposos.
- 2.- La coautoría es participación en sentido amplio, pues también ella es coparticipación en el acto de otro. Todo coautor responde del acto conjunto, incluso cuando no hay realizado personalmente las características típicas. Es presupuesto de la responsabilidad conjunta que las distintas personas ejecuten de común o consumo la acción.

Coautoría es, según la definición de Murach, "el cooperar queriendo, consciente y con división del trabajo,

68

de varios autores para la consecución del mismo resultado típico " .

La anterior definición es analizada por Romero Soto Luis E., quien puntualiza los siguientes requisitos:

- a. Que el coautor tenga capacidad de ser autor, es decir, que reúna tanto las características generales de autoría como las especiales del tipo.
- b. Que la vinculación de los coautores al hecho no sea exigida por la Ley, como en los casos llamados delitos especiales, sino que sea algo querido por ellos. Esto es que se trate de una participación eventual.-
- c. Que todos conozcan el resultado que se quiere obtener y todos quieran. Debe haber una conjunta resolución del hecho, esto es, que cada uno de los coautores sepa que los otros se dirigen a la misma meta, aun cuando no conozca la persona de esos coautores.

En la coautoría encontramos algunas modalidades. El acuerdo de voluntades no tiene que ser expresado, puede ser tácito. Como cuando alguien defiende a un tercero, sin concierto con este, dirigiéndose contra el agresor.-

(69)

La actuación de los coautores puede ser sucesiva, o sea, que cuando un individuo empieza solo un delito, posteriormente puede unirsele alguien y acompañarlo hasta la consumación.

Consideramos que, en este último caso no puede admitirse que el coautor que ahora interviene cargue sobre sí la responsabilidad por los acontecimientos ya terminados en el instante en que comienza su intervención, pues la culpabilidad subsiguiente no existe.

Es posible la coautoría por omisión cuando una persona tiene el deber de alejar la situación de peligro que otro ha creado y se abstiene de hacerlo con el ánimo de que se produzca lesión a un bien jurídicamente protegido.

En la tentativa es posible la coautoría, si los han iniciado actos ejecutivos y previamente existe el animus socii, y a pesar de esta situación solo uno de ellos inicia la ejecución y los demás no.

A pesar de los debates que se han suscitado, se termina por aceptar la coautoría en los delitos especiales. Igualmente, se puede decir de los delitos de propia mano.. Algunos autores de la disciplina jurídico-penal mencionan la auto

nía accesoria. En general, dicen que "una colaboración de varios en el mismo hecho como autores puede también aparecer como mera autoría accesoria en el caso de que no se den los especiales presupuesto de la coautoría exigidos por la Ley". Esta autoría accesoria es también posible, al igual que la coautoría, en ellos delitos culposos. En lo restante se determina la responsabilidad de cada autor accesorio con arreglo a su propia conducta típica. En la autoría accesoria falta la participación recíproca impropia que existe en la coautoría y faltan en ella la fusión de las distintas actividades en una mitad.

D. INDUCCION.

Inducción e instigación han sido dos términos harto debatidos en la bibliografía penal en todos los lugares y épocas. En cuanto a la doctrina extranjera plasmamos algunos conceptos. Para un concepto en la doctrina nacional tomaremos las ideas propuestas por un estudioso nacional que nos parece de un gran rigor científico y de una exactitud incomparable.-

En la doctrina Argentina Eugenio Cuello Calón asimila los términos inducciones instigación. "La inducción o instigación es el influjo intencionalmente realizado sobre una persona para determinarla a la comisión de un delito". Presupone una persona, el inductor, que instiga o induce a otra persona a la ejecución de un delito (autor intelectual) y otra, el inducido que ejecuta materialmente el delito (autor material).

Por su parte Mezguer consiera a la instigación como "causación dolosa en el resultado haciendo surgir en otro la resolución de cometer el acto y producción del resultado por este otro como autor plenamente responsable". El también identifica los términos instigación e inducción.-

Cuello Calón (en la obra citada) dice que, algún penalista distingue dos formas de participación moral, la de terminación al delito y la instigación misma. Determina al delito el que suscita al autor material un propósito delictuoso que antes no existía, e instiga el que refuerza en otros un propósito delictivo ya formado.- Viene a diferenciar los términos pero colocándolos dentro de la participación moral, quitándoles autonomía a los conceptos. Y, continúa agragando que en gran número de casos no será fácil en la práctica judicial efectuar semejante discriminación, pues siendo la concepción del delito y la resolución de cometerlo muy difícil de conocer, por ser un acto de nuestra vida interna, habrá grandes dificultades, a veces insuperables, para señalar la clase de participación moral en que incurre el culpable o presunto culpable. De todas maneras, para que el ejecutor sea punible es necesario un principio de ejecución.-

El inductor debe instigar a la ejecución de un delito determinado. Aquí, apreciamos como se continúa en la identificación de los términos. No basta que se incite a delinquir en general.

Por su parte Mezguer ingiere que la instigación exige en el aspecto objetivo un doble elemento a saber :

- 1. Hacer surgir en otro la resolución de cometer el acto. Especialmente, en ella, se debe llegar al resultado a través del alma de otro
- 2. PRODUCCION del resultado por ese otro, como autor plenamente responsable; el instigador se sirve de un hombre que actúa libre y conscientemente; la instigación es causación intelectual. -

Según se puede apreciar en las ideas arriba expuestas, con alguna brevedad, la confusión terminológica es apreciable. Por esta razón nos acogemos a lo expuesto por el connotado fiscal Julio Romero Soto en su documentada obra. Con ceptos Fiscales en Materia Penal y Provatoria Penal. Allí, hablando de la determinación e instigación al delito, en maravillosas síntesis doctrinal nos comenta:

" Los términos 'determina' e 'instiga' de acuerdo con con nuestra legislación penal no son equivalentes. 'Determinar' es hacer surgir en una persona un propósito de cometer un delito, propósito que como es obvio, antes no tenía. 'Instigar' es reforzar una preexistente resolución criminal. La expresión 'autor intelectual' ('motores criminis') no solo es anticuada, sino que resulta ambigua, para con base en ella tratar de establecer la diferencia entre el que determina a otra a cometer un delito y quien lo instiga. Para la punibilidad o para la estructuración de la determinación, que por muchos se confunde al hacerla sinónima a la instigación, no es indispensable que el determinado realice

el hecho o, al menos comience su ejecución, como claramente así lo demuestran las disposiciones legales que aparecen con tenidad en el artículo 299 del C.P. La determinación y la instigación son términos con significación precisa y diferente dentro del campo de la psicología y de allí también su diferenciación por las normas penales pertinentes.

Continúa el Profesor Julio Romero Soto "refiriéndose a la instigación y a la determinación como formas de participación en el delito, la Procuraduría Genral de la Nación expresó al respecto lo siguiente:

1. Que el instigador "determine" a otro a cometer un delito individualizado, es decir que subyugue y venza la voluntad del instigado hasta cerrarle la resolución criminal.
2. Que en consecuencia haya nexo directo de causalidad psicológica entre la acción del inductor y la decisión del inducido; y
3. Que el delito ideado por el instigador se realice, aunque no sea completamente, sino en forma imperfecta". (Concepto de 17 de Julio de 1950)"

Se acentúa notoriamente la diferencia entre los vocablos determinación en instigación permitiendonos tener ideas claras de ellos.

E. PARTICIPACION NEGATIVA.

La llamada complicidad negativa, la actitud que tiene conocimiento de que un delito va a ser ejecutado o de que se está ejecutando y nada hace para evitar su comisión, no constituye participación, menos que con la conducta pasiva se viola un específico deber de obrar, o sea que exista el deber jurídico de obrar. Sería el caso de un funcionario de policía judicial que presencia la comisión de un robo, pues en tal caso el emitente es un verdadero partícipe en el delito realizado por el ejecutor. Creemos que esas conductas omisivas, cuando se está en posibilidad de evitar la comisión de un ilícito, y no se obra en ese sentido de evitar, y la perturbación de la paz social, debería repetir ser jurídicamente relevante.

En el aspecto negativo, la referencia de la participación jurídica penal a la teoría de la causalidad, también en el ámbito de la participación en el delito, determina que se elimine de la responsabilidad, toda acción a la que falta la referencia causal al resultado. Como autor, lo mismo que como participante, solo puede ser punible el que ha puesto una condición del resultado imprescindible de toda responsabilidad jurídico-penal. El pensamiento de la causación del resultado traza el límite externo de toda responsabilidad criminal.

Liszt-Schmidt nos dicen: "lo mismo que desde el punto de vista de la autoría, así también desde el de la participación. sólo deben ser valorizados juridico-penalmente aquellas manifestaciones de voluntad del hombre que se encuentren en relación de causalidad con el resultado". Y, Mazger nos dice: sólo puede hallarse una base segura de la teoría jurídico-penal de participación en la exigencia de una conexión causal de la conducta de participación con el resultado del acto principal del delito.

En resumidas cuentas tenemos que la inacción, el no hacer -el llamado concurso negativo- no constituye co delincuencia, pues esta es cooperación para un fin delictivo y no se puede cooperar no obrando. Sin embargo, la participación es posible en el que se haya obligado a impedir la actividad delictiva.

Terminamos este párrafo con estas nociones: "La llamada complicidad negativa -que la doctrina no admite como punible- es aquella que consiste en tomar una actitud puramente inactiva, sin medir ningún acuerdo con el delincuente". En este caso no existe concurso de acción ni de voluntad, y por eso no cabe esta figura dentro de la teoría de la complicidad. -

Por otra parte, "la complicidad por actos negativos

consiste en una omisión concertada con los autores principales y que tiene eficacia en el delito". Se trata de una forma de coparticipación dolosa que forma parte de la societas sceleris.

F. ENCUBRIMIENTO.

El encubrimiento consiste "en la ocultación de los culpables del delito, o del cuerpo o de los efectos de éste, o de los instrumentos como que se cometió, o de sus huellas, con el fin de eludir la acción de la injusticia, o en auxiliar a los delincuentes para que se aprovechen de los efectos del delito o de las ventajas económicas que éste les hubiere producido o en aprovecharse el propio encubridor de aquellos beneficios". Es preciso para su existencia un hacer activo, la conducta pasiva, v. gr., la omisión de denunciar al delito o los delincuentes, no constituye encubrimiento. =

Apreciado durante mucho tiempo como una modalidad de la participación en el delito, hoy se considera generalmente como un hecho delictuoso independiente, el encubrimiento de personas como delito contra la administración de justicia, el de cosas como un delito contra el patrimonio. La opinión común afirma, que no es posible una participación posterior al delito, porque la esencia de la causa está en preceder al efecto, sin embargo algunos autores y legislaciones -primitivamente el Código Francés y el Español- lo consideran aún como acto de complicidad. -

Nuestro C.P. en su art. 199 define el encubrimiento, le da su configuración típica al establecer que "el que teniendo conocimiento de la comisión de un delito y sin concierto previo, ayudare al delincuente a eludir la acción de la autoridad, o a entorpecer o a desviar la acción de la justicia, o a entorpecer o desviar la investigación correspondiente,..."

Anota muy oportunamente la Honorable Corte Suprema de Junsticia; "El delito de lito de encubrimiento, como lo definen los doctrinantes, es aquel que se consuma después de un delito principal, y en el que el agente, sin haber comprometido su actuación con anterioridad o simultaneidad al mismo, oculta, favorece o facilita la fuga del delincuente, borra los rastros o huellas, esconde los objetos sustraídos o instrumentos con que se perpetró el delito o realiza otros análogos destinados a favorecer a los delincuentes oa entorpecer la acción de la justicia. "

En este delito se perfila con claridad su m independencia , que ataca al principio de autoridad, en la vida social, El encubridor no es el autor del delito principal y" no puede ser cómplice porque no conocía la existencia de tal delito, no había concertado nada antes de su realización. Si hay concurso no hay encubrimiento; éste existe independiente de aquella forma de participación delictual.-

Antes de terminar este capítulo diremos algo sobre los AUXILIADORES; pues esta es otra forma de participación en el delito.

El auxiliador presta una ayuda ocasional, sin concierto previo, únicamente por acuerdo instantáneo.

" Es el que presta intencionalmene al autor o autores una colaboración de tal magnitud que sin ella no ee habría podido cometer el delito en las circunstancias de lugar , tiempo y modo en que se cometió". Este es el llamado caso del auxiliam primario, o necesario. Lo consagra el C.P. en el art. 19, cuando dice "... o presta al autor o autores un auxilio o cooperación sin los cuales no habría podido cometerse. . . ".

El auxiliador secundario "es el que presta intencionalmente al autor o autores una cooperación cualquiera-material o moral- que no es necesaria para el delito pero que favorece su comisión, o quien presta una ayuda posterior al delito en cumplimiento de promesa anterior a él. Se encuentra en el art. 20 del C.P.:" el que de cualquier otro modo coopere en la ejecución del hecho o preste una ayuda posterior, cumpliendo promesa anteriores al mismo... "

CAPITULO VII

LA COPARTICIPACION EN EL DELITO CULPOSO

"La culpa se define como la omisión voluntaria de diligencia en calcular las consecuencias posibles y previsibles de un hecho propio. Y decimos consecuencias previsibles, porque la esencia de la culpa está en la previsibilidad". -

Para Ferri, "La culpa consiste de un modo innegable en un estado de desatención y de imprudencia".

Nuestro C.P. la define en el art. 12, en su inciso segundo: "Hay culpa cuando el agente no previó los efectos nocivos de sus actos habiendo podido preverlos, o cuando a pesar de haberlos previsto, confió imprudentemente en poder evitarlos. -"

La coparticipación, en la forma como la hemos estudiado hasta ahora, implica al actuación voluntaria, vale decir, dolosa del autor, coautor, cómplice, instigador, inductor, etc; o sea, que el sujeto activo plural es consciente de la conducta que realiza y, en la mayoría de las hipótesis sabe el fin a que tiende, pues de lo contrario carecería de imputabilidad, ahora, bajo la o las hipótesis de culpa conviene estudiar la posibilidad de la presencia de la coparticipación criminal, ya que ella es

un hacer ya que implica postulados de temeridad e imprudencia.

El Código Penal Italiano acepta la coparticipación en delito culposo, en forma expresa. Al respecto estatuye en su artículo 113; " En el delito culposo , cuando el resultado ha sido causado por la cooperación de varias personas, cada una de ellas es punible conforme a lo establecido para el delito mismo !".

Otros son totalmente opuestos a la presencia de la coparticipación en los delitos culposos, Luis Jimenez de Asúa dice que puede en su origen acontecer que haya una concurrencia de imprevisiones no vinculadas, en cuyo caso se pone a todos los concurrentes, pero sin hablar de una participación que no existe " y, luego continúa pero que mucho más complicado se presenta el caso en que la vinculación en los actos imprudentes aparezca clara... Anticipamos que, de todos modos, la naturaleza excepcional de los hechos culposos nos obligará a excluir las formas de participación, no sin confesar por adelantado que la figura del instigador se nos aparece mucho más posible que otra alguna de las acciones culposas. Por lo demás, el remedio de penar a cada imprudente por su personal culpabilidad, puede allanar todas las dificultades ".

En general se niega la posibilidad de cooperación en ellos afirmando que la participación criminal supone una

un acuerdo y que éste no puede existir donde falta el dolo. Sin embargo, en estas infracciones es posible una cierta cooperación, por ejemplo, en el caso de dos autistas que manejan imprudentemente un arma de fuego cargada que se dispara hiriendo a un tercero; también, cuando el pasajero convence al conductor de lanzar su vehículo a velocidad vertiginosa; en ambos casos el uno coopera en la acción del otro, pero no al resultado, pues en esta clase de delitos es esencial que el resultado no sea querido. La participación dolosa en el delito culposo no es admirable; en este caso uno de los participantes responderá a título de dolo independientemente de toda consideración del otro partícipe.-

En fin, los coautores necesitan actuar en "cooperación consciente y conjunta, además de querida" y la culpabilidad de cada uno de ellos debe referirse al acto total. En el delito culposo debe extenderse la culpabilidad a todos los puntos que sirven en la fundamentación del reproche a título de culpa. Una coautoría unilateral no es posible si el sujeto posee el correspondiente conocimiento, puede ser responsable como único autor.-

Entrando en materia, con el fin de darle un orden lógico a las ideas, replantaremos el problema, analizaremos las razones de quienes responden afirmativamente el interrogante, las razones de quienes se pronuncian en sentido contrario, y, se hará lo posible por adoptar un punto de vista, lo más acercado a la realidad del derecho positivo y de la ciencia

jurídica.

1. QUIENES ACEPTAN LA COPARTICIPACION EN EL DELITO CULPOSO.

Antes de transcribir el artículo 113 del Código Penal Italiano en donde se acepta esta posibilidad de que se dé la coparticipación culposa. Jorge Gutierrez Gómez hace un extracto del contenido de la Relación Ministerial, explicativa de la adopción del mencionado presupuesto. así:

"En el delito culposo, cuando el evento ha sido ocasionado por la cooperación de varias personas, cada una de éstas queda sometida a la pena establecida para el delito mismo.

Sobre el tema de si se puede aplicar el instituto del concurso aún en los delitos culposos y en las contravenciones, ha sido muy viva la discusión tanto en la doctrina como en la jurisprudencia al cometerse el código de Zanardelli. -

El proyecto acoge la solución afirmativa de la cuestión, omitiendo cualquier distinción en lo que respecta a los delitos o las contravenciones en cuanto a la disposición fundamental del art. 114 del proyecto, o sea el 110 del Código adoptado, en

se habla genéricamente de concurso en el delito mismo, y regulando expresamente en el concurso los delitos culposos en el art. 118 del proyecto que es el 113 del Código adoptado.

La solución acogida se desprende del concepto preciso de la scientia maleficii, elemento esencial de la participación de varias personas en el mismo delito, que la doctrina ha elaborado en los últimos tiempos, y al cual el proyecto se ha adherido.

En realidad es notorio que afirman que en las contravenciones no es posible la aplicación del instituto del concurso, llegan a tal conclusión porque suponen en que la scientia maleficii, por tanto se identifique en todos los casos con el dolo. Pero en esta generalización está el error de la teoría, porque si para los delitos culposos es exacto que la scientia se traduzca en dolo, esto no implica de ninguna manera que las dos nociones, la de la scientia maleficii y la del dolo coincidan entre sí.

La scientia maleficii en realidad tiene un contenido fundamental, que es común e idéntico a todas las formas de participación y en relación a todos los delitos, y consiste en la conciencia (conspelovezca) de concurrir, con la propia acción, a la acción de otros. Tal conciencia es admirable como hipótesis en todas las posibles formas de actividades criminosas realizadas por varias personas, y por este motivo no hay razón para

excluir el concurso en los delitos culposos y en las contravenencias".

A renglón continuando dice Gutierrez Gómezque, este concepto moderno de la scientia maleficii no parece que destruya la teoría generalmente aceptada de que no cabe complicidad en la culpa, porque si las personas concurren se comunican sus propósitos, unifican sus voluntades de actuar en el suceso, entonces entran en los dominios del dolo y el fenómeno de la culpa queda desnaturalizado. En tal supuesto, habría un dolo indeterminado, por lo menos.

El profesor Hungría, en cambio va mucho más lejos cuando reconoce abiertamente la posibilidad de una coparticipación en delito culposo, partiendo de la base de que el elemento psíquico de esta figura no radica en la "coincidencia de un fin común" a todos los coparticipes sino en la conciente voluntad de la acción de tal manera que si el resultado de la conducta es previsto y querido todos los participes habría cooperación en un delito doloso, pero si tal resultado, aunque previsible no fué por ellos previsto o si no fué no se ratificó, entonces surge la coparticipación en un delito culposo.

2. QUIENES NIEGAN LA COPARTICIPACIÓN EN EL DELITO CULPOSO.

Francisco Carrera, en forma magnífica, trata este punto.

"Se lee repetidamente en todos los tratadistas de derecho penal, que en los hechos nacidos de culpa no se da la complicidad. En la práctica claudica el principio en algunas ocasiones. Se equivoca la práctica? Es falso el principio? Ni lo uno, ni lo otro. El principio es absolutamente verdadero, y mientras se retenga fundar la acusación bajo el punto de vista de la complicidad, es expuesta a dar con el escollo y naufragar, porque no se puede establecer complicidad en un hecho no previsto ni querido. Pero esto no quita para que el pretendido cómplice deba ser castigado como autor principal de un hecho no previsto ni querido, de un hecho subsistente de por sí y que individualmente haya de pensarse como culpable.

"Recordemos la teoría de las causas mediatas e inmediatas en los hechos culpables. Pedro vuelve de caza, penetra en el café y allí deja su escopeta cargada: éste es un hecho imprudente. Luis que ha entrado en el café, se pone a examinar el arma, la ha montado, y sin más cuidado, la vuelve a colocar en donde estaba. He ahí otro hecho de imprudencia. Carlos, que se ha reunido a ellos, toma la escopeta y la coloca en dirección a los circunstancias. Tercera imprudencia; el gatillo baja, la bala sale, y mata un hombre. Este es el homicidio culpable: nadie abriga duda sobre la responsabilidad de Carlos; cometió una culpa, y fué causa inmediata del homicidio. Podrán Pedro y Luis

ser castigados como cómplices del mismo? Si la acusación - se formulase en estos términos, no prosperaría. No es admisible la complicidad sin la concurrencia de voluntad criminal, y aquí esta voluntad ni en el autor principal se revela. Y varía la hipótesis, aunque el autor principal fuese responsable de dolo, volveríamos a lo mismo respecto a los otros dos que cayeron en simple culpa. Por este lado nada tenía que temer".

Antolisei, por su parte, considera que el delito culposamente no existe una coparticipación criminosa propiamente dicha ya que es connatural a esta figura la voluntad de contribuir a la realización del delito; pero reconoce que es posible una especie de complicidad que denomina impropia, y que se concreta a la conducta exterior sin afectar el resultado de la misma; en estos casos la convergencia de la voluntad se predicaría de una parte apenas del hecho constitutivo del delito; es decir de la conducta, no del evento.

El art. 20 del Código Penal Colombiano sugiere la complicidad en la culpa, al decir "el que de cualquier otro modo coopere en la ejecución del hecho", sin embargo, no explica la naturaleza de tal cooperación, es decir, si es dolosa, culposa o contravencional.

3. POSICION QUE ADOPTAMOS.

Trataremos de llegar a una comprensión, exacta si se quiere del tema que afrontamos. Para lograr este objeto

tivo, nos servirá de guía de análisis crítico que hace el profesor Alfonso Reyes Echandía en magnífica exposición sobre el asunto que nos ocupa. -

Dice el profesor Reyes Echandía; como se ve, existen tres posiciones bien definidas: dos extremas y una intermedia; las extremas parten de presupuestos inconciliables; en efecto quienes rechazan la coparticipación culposa creen que uno de sus requisitos estructurales radica en la convergencia subjetiva de los partícipes hacia un fin delictuoso que todos preveen y quieren; en tanto que para quienes aceptan la figura en cuestión, tal convergencia subjetiva se limita a la realización de la conducta común a todos. -

Nos parece, continúa Reyes E., como se nota atrás, que el elemento subjetivo de la coparticipación radica en la circunstancia de que todas las voluntades que intervienen entienden tomar parte en un hecho que encaja dentro de un tipo penal cualquiera y si bien es verdad que la figura resalta con mayor nitidez cuando el acuerdo de voluntades va hasta la producción de un resultado antijurídico, no lo es menos que ella subsiste cuando la conducta querida y efectivamente ejecutadas por todos desembocó en un evento previsible pero previsto o previsto pero no querido. Valga el ejemplo del pasajero que incita al conductor a manejar el vehículo a una velocidad excesiva, como consecuencia de lo cual dan muerte a un peatón, ciertamente, en este caso, ninguno de los dos quería producir tal resultado, pero es indudable que ambos voluntariamente decidieron realizar la conducta -

imprudente -conducir a exceso de velocidad-que desembocó en el evento, y es también indudable que ese comportamiento esta previsto en un tipo penal como delictuoso(Art. 380).

Téngase en cuenta en todo caso, que mientras no exista un acuerdo de voluntades orientado a la realización de un mismo acuerdo, no puede hablarse de coparticipación; así, cuando un delito es el producto de varias conductas culposas independiente una de otras, cada uno de los partícipes responderá separadamente del hecho cometido, "como cuando dos automovilistas, uno de los cuales va a exceso de velocidad, chocan entre sí con un saldo de heridos o muertos".

"Entre nosotros también existe discrepancia en torno a este problema; algunos autores aceptan la posibilidad de una coparticipación en el delito culposo; en tanto que otros la niegan rotundamente. Entre estos últimos citaremos al doctor Luis Carlos Pérez, cuyos argumentos pueden sintetizarse así: a. El art. 12 de nuestro Código Penal "configura la culpa sobre la imprevisión de los efectos nocivos del acto o sobre la imprudencia en querer evitar los efectos nocivos previstos", es decir sobre el resultado, no sobre la conducta; b. "La voluntariedad en la producción de la causa es tesis de Carrera que desecha nuestra Ley" Dónde estara por lo demás, la voluntad del acto inicial en el caso del chofer que instigado por su pasajero corre irregularmente o en el del obrero que, agotado por el cansancio, sube un bloque de cemento a lo alto de un edificio y producen, uno y otro lesiones personales? y d. la culpa que nuestro legislador definió en el

art. 12 del C.P. "solo se reconoce en los casos especialmente citados en el Código " y no estando contemplada para la complicidad, " es indebido aceptarla porque eso haría del juez un creador de derecho y violador, por lo mismo, del texto legal.

"A pesar de la brillantez con que el ilustre autor desenvuelve su teoría, nos apartamos de ella porque sus argumentos no nos convencen, comotratarémos de demostrarlo, con dándolos en el mismo orden en que fueron presentados:

a. No es verdad que el Art. 12 de nuestro C.P. configure la culpa teniendo en cuenta únicamente el resultado, por que siendo este el efecto de una causa-la conducta- no puede aquel examinarse ni aceptarse con prescindencia de ésta. Si para configurar el culpa se hiciese caso omiso de la conducta, tendrían que ser inculcados incluso los hechos que provienen de una fuerza mayor o de un caso fortuito, solución ésta contraria al postulado de la actividad psicofísica como fundamento de responsabilidad que orienta nuestra codificación penal (art. 11 y 12).

b. Este segundo argumento, en rigor de términos, no es más que una prolongación del anterior; nuestra Ley, lo hemos visto, no desecha la tesis de la voluntariedad de la conducta; los ejemplos que el autor trae para configurar su acierto demuestran precisamente lo contrario, como que en todos ellos la acción del agente fué voluntaria, así: el conductor instigado que viaja a exceso de velocidad y los obreros fatigados que transportan el bloque

a lo alto del edificio, o lo hacen voluntariamente sin prever las consecuencias de su conducta, o, previendolas, pero imprudentemente confiados en evitarlas y entonces les cabe responsabilidad a título de culpa no referida independientemente a cada uno de ellos sino respecto del hecho en el que voluntariamente tomaron parte; o lo hicieron constreñidos por otra voluntad humana superior (coacción) o por circunstancias extremas e independiente de su volición irresistibles (caso fortuito, fuerza mayor), en cuyo caso, no siendo el evento la consecuencia de una actividad biosférica, la responsabilidad se excluye por ausencia de culpabilidad(art. 23 No. 1).

c. Verdad es que el legislador aceptó el criterio de definir la culpa en la parte general del Código y de señalar en la especial aquellos ilícitos que la admiten, aunque en esto no hubo pleno acuerdo entre los miembros de la Comisión Redactora, pero tal circunstancia no autoriza en manera alguna la conclusión del autor por la muy simple razón de que el instituto de la coparticipación también aparece plasmado en la parte general del Código, y, además porque siendo predicable de cualquier delito -incluso de los culposos- no tenía por que ser concretado en cada una de las figuras críticas de la parte especial; ya hemos visto a este respecto que coparticipación es un dispositivo penal amplificador del tipo.

"Digamos, finalmente, que la redacción misma del art. 19 'el que tome parte en la ejecución del hecho' no excluye la figura que venimos examinando 'porque la expresión hecho',

como sinónima de delito no aparece cualificada, y siendo las infracciones tipificadas en el código o dolosas o culposas al tener del art. 12, es obvio que ambas modalidades quepan dentro de ellas. -

C O N C L U S I O N E S

En los casos en que se presenta la multiplicidad de partícipes o socios en el delito, es preciso distinguir, primordialmente dos supuestos: Existen numerosos delitos que por su naturaleza intrínseca no pueden cometerse sino por dos o más personas, como por ejemplo el adulterio, el aborto, la conspiración política etc. En estos casos es indispensable para la existencia del delito una pluralidad de agentes: frente a estos casos se halla la gran mayoría de las figuras de delito que, en abstracto pueden realizarse indiferentemente, por un solo individuo o por varios individuos asociados.

Actualmente, se concede a la participación extraordinaria importancia, pues el estudio de las estadísticas criminales prueba su gran frecuencia en los delitos más graves y que los delincuentes que ordinariamente se asocian con otro para realizar sus empresas criminales son los más temibles, los reinvidentes y los profesionales.

Históricamente, la doctrina carece de una teoría general sobre la participación de varias personas en el ilícito. En el derecho Romano se trató el concurso en cada una de las figuras especiales. En el derecho Germano se habla de concurso necesario y de concurso accesorio. El derecho canónico reconstruyó las doctrinas del derecho romano, humanizándolas. En los estatutos italianos, el partícipe del delito era castigado con una

pena menor a la del reo principal; estos establecieron excepciones para algunos delitos que se consideraron como atroces, castigán dolos más severamente c. En estas excepciones se inspiró el derecho Francés de 1971 y 1810. Iguales resultados present@ el Derecho Inglés, por afecto de las severas costumbres tradicio nales. Por influencia del derecho Inglés, el mismo criterio se proyecta en el Derecho Penal de Norte América.

En todas las legislaciones del Siglo XIX se nota la tradición jurídica de los practivos de la Edad Media. El Código Español establece tres grados: Autores, Cómplices y en cubridores, graduando la pena en el mismo sentido.

El Derecho Positivo Italiano, anterior al sistema vigente, regulaba tres sistemas diversos: sin embargo, había tres principios comunes; que los partícipes en el delito deben ser casti gados con diversa pena, que el encubrimiento y la omisión no son formas de concurso y que, la responsabilidad debe graduarse según las circunstancias.

"Cooperar a la ejecución de unhecho significa fundamental mente, ayudar, queriendo, a que el hecho se realice; per esa ayuda, para ser materia de una sanción penal, debe revestir el caracter de un acto de ejecución en él. - "

Partcipación, pues en el sentido técnico que ha desarrolla

do 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.

Nuestro Código abarca el tema de la participación, sea necesaria o accesoria en los arts.19 y 20.-

En torno a la estructura jurídica de la participación criminal, hay varias teorías . La teoría monista o unitaria considerad que la ejecución del delito en que intervienen distintas pesonas, se esta en presencia de una sola y única infracción; el delito es uno y la responsabilidad varia y personal. La teoría pluralista, sostiene que en los casos de complicidad hay tantos delitos cuantos partícipes o delincuentes intervienen en el hecho. La teoría de la accesoriad, sostiene que , los actos de participación carecen de autonomía propia y solo tienen alcance penal respecto del hecho del autor ; la punibilidad de los copartícipes depende de este hecho. La teoría de la causalidad, afirma que el fundamento de la acriminación del delito individual, es también la del delito colectivo; la presencia de la causalidad des pliega en la teoría de la participación en el delito una función doble; negativa y positiva; con arreglo a la primera, excluye del ámbito de las acciones punibles de participación todo lo que no ha sido causal en la producción del resultado; la segunda, proporciona el punto de arranque seguro para la determinación del concepto del autor. Unas sanciones valorativas permite llenar la aspiración de sancionar a cada partícipe de acuerdo con su -

grado de intervención objetivo en la producción del resultado.

La participación necesaria se verifica cuando es esencial para la existencia del delito, la intervención de varias personas: en otros términos, cuando el delito no puede realizarse por un solo individuo, sino que exige la cooperación de varios. El art. 19 del Código Penal Colombiano, la reglamenta; pudiéndose decir que la participación necesaria es tan indispensable en el delito que sin ella este no hubiera podido cometerse, aunque el partícipe no sea rigor un verdadero autor principal.

La cooperación accesoria tiene lugar cuando el concurso se presta en los actos ejecutivos del delito; y no en los consumativos; algunos consideran que, la participación eventual o contingente es una forma de realización del delito. El que apoya o estimula con su compañía y con sus palabras la comisión de un delito, debe ser considerado cómplice secundario del autor. El art. 20 del C.P. Colombiano contempla esta figura; en tal evento la ayuda posterior al delito debe ser concertada previamente, porque si no se cumple tal requisito, el hecho constituye la infracción especial del encubrimiento la presencia de algunos requisitos estructurales:

1. Pluralidad de agentes: La naturaleza de esta figura exige la presencia de varios individuos que toman parte en la ejecución del delito; sin embargo, la forma y el grado de la mencionada participación varía en cada caso, sin que ello implique modificación de la figura. Se distingue la fi

gura del instigador, que es la persona que determina a otra a realizar materialmente el hecho criminoso que él personalmente no quiere o no puede ejecutar (cómplice), de la del autor, que, es quien objetivamente realiza la figura típica.

2. Concurso voluntario de acciones y omisiones: La presencia de este requisito implica que los varios partícipes contribuyan armónicamente a la realización del hecho antijurídico, bien sea mediante conductas positivas, ora al través de omisiones; la mayoría de los autores esta de acuerdo en que se necesita una voluntad de cooperar; esto es, el conocimiento de las acciones que otras personas han ejecutado o que están por ejecutar y, la intención de contribuir con la conducta propia a la verificación del mismo hecho.

3. Identidad del delito: Se entiende como el acuerdo de los varios partícipes orientados a la comisión precisa para que exista la codeincuencia que varias personas quieran la ejecución de un mismo delito y que además realicen un hecho en caminado a su producción.

El delito cometido en cooperación de varias personas puede presentar circunstancias personales u objetivas diferentes con respecto a los copartícipes, y la responsabilidad de estos puede ser, en consecuencia mayor o menor. Las circunstancias personales que disminuyen la responsabilidad, no se tendrán en cuenta sino respecto del autor o del cómplice en quien concurren: Las que tengan por efecto agravar la sanción, no

serán tenidas en cuenta por el partícipe (art. 21 del C.P.); las circunstancias materiales que agraven o atenuen el hecho, aunque modifiquen las denominaciones del delito, solo se tendrán en cuenta para quien, conociéndolas, prestó su concurso (art. 22 C.P.)

Dentro de las diversas formas de participación tenemos la del autor, la del coautor, la del inductor, la participación negativa y el encubrimiento. El autor del delito es el que lo ejecuta realizando los elementos que integran la figura legal; para otros autores es el que interviene en la producción del hecho con una actividad causal, a menos que tan intervención se concrete en forma más específica de participación como inductor y complicidad. Para algunos, todas las formas de cooperación en el delito se pueden encerrar en el término genérico de "complicidad", entendiéndose por ella la comun intención de cometer un delito realizan los elementos que integran la figura legal; pues, coautoría es el cooperar queriendo, consciente y con división del trabajo, de varios autores para la consecución del mismo resultado típico.

No pocos, hacen sinónimos los términos inducción e instigación, diciendo que son el influjo intencionalmente realizado sobre una persona para, determinarla ala comisión de un delito. Sin embargo, son bien diferentes; instigar es reforzar una preexistente resolución criminal, y, determinar o inducir es hacer surgir en una persona un propósito de cometer un delito. La inacción, el no hacer -el llamado concurso negativo- no constituye code - lincuencia, pues esta es cooperación para un fin delictuoso y no

99

se puede cooperar no obrando. El encubrimiento, finalmente consiste en la ocultación de los culpables del delito, o del cuerpo o de los efectos de éste, o de los instrumentos con que se cometió, o de sus huellas, con el fin de eludir la acción de la justicia, o en auxiliar a los delincuentes para que se aprovechen de los efectos del delito o se les le de las ventajas económicas que este les hubiere proporcionado o en aprovecharse el propio encubridor de aquellos beneficios.

Respecto a si es posible o no la coparticipación en el delito culposo, se han presentado divergencias notables entre los diversos tratadistas del Derecho Penal. Esencialmente hay quienes la aceptan, y hay, por otra parte quienes la niegan. Los primeros conuerdan en que, en el delito culposo, cuando el evento de estas quedan sometidos a la cooperación de varias personas, cada una de ellas queda sometida ala pena establecida para el delito mismo, pues, partiendo de la base de que el elemento psíquico de esta figura no radica en la "conciencia de un fin común" a todos los copartícipes sino en la "conciencia voluntad de la acción común, de tal manera que si el resultado de la conducta es previsto y querido por todos los partícipes habrá coparticipación en un delito doloso, pero si tal resultado, aunque previsible no fué por ellos previsto o si lo fué no se ratificó, entonces surge la coparticipación de un delito culposo.

Se puede aceptar dicha participación, radicando su fundamento, no en la eficacia causal de la conducta concurrente sino en el elemento sicológico; se necesita que la negligencia,

imprudencia o impericia que esta en el origen del delito sea la misma a que el concurrnente haya adherido de un modo consciente.

El art. 20 del C.P. Colombiano sugiere la complicidad en la culpa , al decir " el que de cualquier otro modo coopere en la ejecución del hecho " , sin embargo, no explica la naturaleza de tal cooperación, es decir, si es dolosa , culposoa, o contraven cional.

En el recuento de la coparticipación criminal, en lo con cerniente a la forma como es tratada en el derecho Positi vo de los diversos países, sobretodo latinoamericanos y algunos europeos, destacamos los siguientes hechos: todos la aceptan en las infrcciones solosas; la mayoría , en los delitos culposos; algunos, la estatuyen en los delitos cometidos por intermedio de la prensa o algunas otras formas de comunicación social.-

B I B L I O G R A F I A

ANTOLIESEI, Francesco. Manual de Derecho Penal . Parte General Trad. Juan del Rosal y Angel Torio. Edt. Uteha Buenos Aires , 1960.

CARRERA, Francisco. Programa de Derecho Criminal , Edit. Temis Bog. Trad. J. Ortega Torres y Jorge Guerrero P. G. VI. I. 1952.

CARRERA, Francisco. Teoría de la Tentativa y de la Complotidad. Gongora Cía. Editres, Madrid 1887. Trad. Vicente Romero.

CUELLO CALON, Eugenio Derecho Penal . Parte General T. I. 1ªa. Edic. Edit. Bosch. Barcelona. 1960.

FERRI, Enrique Principios de Derecho Criminal. 1a. Edic. Edit Reus, Madrid 1933

GAITAN MAHECHA, Bernandrod. Curso de Derecho Penal Gral. Edi Lerner. Bogotá. 1963

GOMEZ, Eusebio Tratado de Derecho Penal. T. I. Ediar Editores, Buenos Aires. 1952

GOMEZ PRADA, Agustín Derecho Penal Colombiano Imprenta del Departamento , B/manga. 1952

GUTIERREZ GOMEZ, Jorge. Lecciones de Derecho Penal Colombiano o Comentarios al Código Penal Colombiano. Bogotá 1940.

HUNGRIA, Nelsón Comentarios al Código Penal , Ed. Revista Forense, Río de Janeiro, 1958 Vol. I T. II.

JIMENEZ DE ASUA, Luis. Tratado de Derecho Penal , Edt. Losada Buenos Aires, 1959, 2a. Edc. T. I.

JIMENES DE ASUA, ALuis, La Ley y el Delito, Edit. Hermes Buenos Aires 1950 2a. Edic.

- JIMENEZ HUERTA, Mariano. La Tipicidad Edf. Porrúa. México 1955.
- LISZT-SCHMIDT, Tratado de Derecho Penal.
- LOZANO Y LOZANO, Carlos. Elementos de Derecho Penal, Edit. Lerner, Bogotá 1961. 2a. Edc.
- MAGGIORE, Giuseppe. Derecho Penal. Vol. II. Edt. Temis, Trad. José Ortega Torres. Bogotá 1954
- MEZA VELASQUEZ, Luis Eduardo. Lecciones de Derecho Penal Edt. Universidad de Antioquia Medellín 1962.
- MEZGER, Edmundo. Tratado de Derecho Penal. T. II. Trad. José Arturo Rodríguez Muñoz Edt. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1957.
- NOVOA MONTREAL, Eduardo, Curso de Derecho Penal Chileno, Editorial Jurídica de Chile, Santiago 1946.
- NOVOA MONTREAL, Eduardo. Algunas Consideraciones acerca del concurso de personas de un hecho punible, Separata de la Revista de Ciencias Penales de la Universidad de Santiago de Chile. T. XXII. No. 1 1964.
- PEREZ, Luis Carlos. Derecho Penal Colombiano. Edt. Temis Bogotá 1959, P. G. Vol. IV.
- PESSINA, Enrique. Elementos de Derecho Penal Edt. Reus Madrid 1919, 3a. Edc. Traducción de Hilarión González deñ Castillo.
- REYES ECHANDIA, Alfonso, La Tipicidad Penal, Publicaciones de la Universidad Externado de Colombia, Bogotá 1966
- ROMERO SOTO, Julio Conceptos Fiscales Penales y Probatoria Penal Edt. Gráficas Venus, Bogotá 1966
- ROMERO SOTO, Luis Enrique Derecho Penal Parte Gral. Vol. II Edt. Temis. Bogotá 1969.
- VILLALOBOS, Ignacio, Código Penal Mexicano Parte General. Par

Participación y Encubrimiento , Edt. Porrúa.
México. 1960.

OTRAS OBRAS CONSULTADAS:

CODIGO PENAL ARGENTINO, Colección Claridad. Buenos Aires.

CODIGO PENAL COLOMBIANO, Por Jorge Ortega Torres. 11a.
Edición Edt. Temis Bogotá 1967.

CODIGO PENAL ESPAÑOL, Dux Ediciones y Publicaciones, Barce
lona, 1950

CODIGO PENAL FRANCES, Petits Codes Carpentier París 1926.

ENCICLOPEDIA JURIDICA OMEBA. T. III. Edit. Bibliográfica, V
Buenos Aires. 1955

GACETA JUDICIAL .LVII, 687, Sentencia Mayo 24 de 1944
XC. 138 Casación , 18 de Diciembre de 1958
LXI, 484 Casación Sepbre .30 de 1946
LXVII, 610 , Auto 21 de Julio de 1950

TRABAJOS PREPARATORIOS DEL NUEVO CODIGO PENAL .
Imprenta Nacional , Bogotá.

* * * *

104

I N D I C E

CAPITULO PRIMERO

CONCEPTO DE COPARTICIPACION

Pag.

1. Definición Primera. 3
2. Análisis. 3
3. Definición Segunda. 4
4. Análisis. 4
5. Definición Tercera. 5
6. Análisis. 7

CAPITULO SEGUNDO

9

NATURALEZA JURIDICA DE LA COPARTICIPACION

10

1. Teoría Monista Unitaria. 11
2. Teoría Pluralista. 13
3. Teoría de la Accesoriedad. 14
4. Teoría de la Causalidad. 16
5. Nuestra Posición. 18

CAPITULO TERCERO

19

PARTICIPACION NECESARIA

20

1. Definición. 20
2. Análisis. 21
3. Derecho Positivo. 23

CAPITULO CUARTO

<u>PARTICIPACION EVENTUAL O CONTIN GENTE</u>	28
1. Definición.	28
2. Análisis.	31
3. Derecho Positivo.	32
CAPITULO QUINTO	34
<u>REQUISITOS DE LA COPARTICIPACION</u>	35
1. La pluralidad de Agentes.	36
2. Concurso voluntario de Acciones u Omisiones	41
3. Identidad del delito.	43
CAPITULO SEXTO	47
<u>FORMAS DE PARTICIPACION</u>	48
1. a) Autores.	48
b) Cómplices o Partícipes.	55
c) Coautor	62
d) Inducción.	66
e) Participación Negativa.	70
f) Encubrimiento.	72
CAPITULO SEPTIMO	75
<u>LA COPARTICIPACION EN EL DELITO CUL POSD</u>	76
1. Quienes la aceptan.	79
2. Quienes la niegan.	81
3. Posición que adoptamos.	83
CAPITULO OCTAVO	89
CONCLUSIONES	89
BIBLIOGRAFIA	97