

T.-D  
090

1

DE LA ASOCIACION PARA DELINQUIR

---

TESIS PARA OPTAR EL TITULO DE  
DOCTORA EN DERECHO Y CIENCIAS  
POLITICAS, PRESENTADA POR

MAGCLA ROMAN SILVA

**S C I B**

101308

UNIVERSIDAD DE CARTAGENA

---

FACULTAD DE DERECHO

RECTOR: DOCTOR WULFRAN RIFOLL  
DECANO: DOCTOR CARLOS VILLALBA BUSTILLO  
SECRETARIO: DOCTOR JORGE PALLARES

PRESIDENTE DE TESIS: DOCTOR RODOLFO NIEVES GOMEZ

PRESIDENTES HONORARIOS: DOCTOR VICTOR LEON MENDOZA  
DOCTOR PEDRO VARGAS VARGAS

EXAMINADORES: DOCTOR ALFREDO BETTIN VARGARA  
ANTONIO ALVARADO  
DOCTOR EDUARDO MATSON FIGUEROA

ARTICULO 83: "LA FACULTAD NO APRUEBA NI DESAPRUEBA LOS  
CONCEPTOS EMITIDOS POR LOS GRADUANDOS,  
ELLOS DEBEN TOMARSE COMO PROPIOS DE LOS  
AUTORES".

D E D I C A T O R I A

A MIS HERMANOS

A MI ABUELITA

A MIS PADRES A QUIENES DEBO ESTE  
TRIUNFO

INTRODUCCION

El concepto de derecho surge necesariamente en la vida del hombre como una medida ordenadora de la conducta humana dentro del proceso progresivo de convivencia social. La naturaleza social del ser humano origina el aglutinamiento paulatino de los individuos en sociedad, y, formada ésta, se impone forzosa e ineludiblemente la cristalización del ordenamiento jurídico como requisito indispensable para mantener armónicamente su co-existencia pacífica.

La violación de la Ley puede llevarse a cabo por una sola persona o por varias.

El objeto de este estudio versará precisamente sobre una de esas modalidades escogidas en porcentaje alarmantemente creciente por los antisociales en su afán de conseguir sus propósitos ilícitos con los mejores resultados, mediante la asociación delictuosa. Esta especialidad criminal, si bien es cierto que data desde la antigüedad, sin embargo ha alcanzado su máximo grado de perfección en las épocas modernas, al ritmo del progreso técnico-científico de los pueblos.

Analizaré pues la Asociación para delinquir, según las diversas teorías y según sus diversas formas, así como también comparándola con otras modalidades como son la Complicidad y la Coparticipación Criminal.

CA. ITULO I

D. LA COMPLICIDAD

Concurso de varias personas en el delito:

Cuando nos referimos a la palabra "delito" ya sea que reúna todos los elementos esenciales que lo constituyen, ya sea que por circunstancias de cualquier orden integre apenas la figura de la tentativa, tenemos en cuenta únicamente la hipótesis en que el delito es la obra de una sola voluntad y el resultado del acto de un solo agente. Pero puede suceder que a la ejecución del delito cooperen varias personas, es decir, que un delito sea el efecto de la voluntad y de la acción reunidas de diversos agentes, unidos entre sí por un vínculo que llamaron los antiguos la "SOCI-TAS SCILLIIS". Surge por eso la necesidad de examinar las consecuencias jurídicas de cohecho, y sobre todo de establecer cómo deben ser considerados los varios participantes desde el punto de vista de la responsabilidad penal. Es ésta la teoría de la "COMPLICIDAD" - en sentido lato, o del concurso de delincuentes, cuyo estudio se hace difícil y confuso, dada la inmensa variedad de nomenclaturas y de sistemas acogidos por los expositores y por las legislaciones.

Sabemos que todo hecho delictuoso supone un sujeto activo y que ese sujeto activo debe responder ante la sociedad de su acto

El concurso de delincuentes ofrece la particularidad de que -  
representa una acción compleja y colectiva resultante de la-  
colaboración personal más o menos importante, pero en todo ca-  
so intencionalmente precatada de varios individuos. La primera  
dificultad que debe resolverse es pues la de determinar el cy-  
jeto activo del hecho en caso de complicidad.

Quiénes son Autores:

Se ha contenido que el autor del delito es aquel que ejecutó-  
el acto consumativo de la infracción, que aquellos que tomaron  
parte en los actos consumativos son coautores o codevincuen-  
tes, y que todos los que participaron en el designio criminoso, o  
en otros actos que no fueron de consumación, deben considerarse  
delincuentes accesorios o cómplices. CARRARA, establece que  
la ciencia penal no debe equiparar el autor de una idea al au-  
tor de un hecho; porque siendo el delito un "ENTE JURIDICO", -  
resultante de la contradicción entre un hecho y la Ley, no pue-  
de tener vida si no se ha ofendido materialmente la Ley con -  
un hecho; y que el autor del hecho es tan sólo el que lo con-  
sumó en forma física. Sostiene además que quien ideó un deli-  
to y confió su ejecución a otro es la causa del hecho, es su -  
primer motor; pero que entre ser causa o motor de un acto y -  
ser su autor hay una diferencia esencial. Esta doctrina se en-  
cuentra consagrada también en el Código Penal Francés, el cual  
distingue dos categorías de participantes al delito: Aquellos

que han ejecutado los actos que contempla la definición legal del delito, llamados "AUTORES PRINCIPALES"; y aquellos - que han cooperado al delito en cualquier otra forma, llamados "COMPLICES". Según el Código Penal Francés el carácter delictuoso de los actos ejecutados por los cómplices no deriva de su naturaleza intrínseca; procede de la relación que media entre ellos y los del principal responsable. Es lo - que los franceses llaman la "ATRIEUCION AL COMPLICE DE LA - CRIMINALIDAD DEL AUTOR PRINCIPAL". La pena que se aplica a los unos y a los otros es la misma.

Nosotros no podemos aceptar esta tesis. Dentro de la escuela clásica, quien mejor ha tratado la materia de la complicidad ha sido el criminalista ROSSI, el cual establece que la resolución y el hecho material, son los dos elementos constitutivos del delito. Así, todo individuo que da nacimiento alguno o al otro de estos elementos, contribuye de una manera principal y directa a la existencia del delito. Es su causa. Puede que se presenten al mismo tiempo facilidades secundarias, impulsos ulteriores; pero los elementos constitutivos del delito existen independientemente de esos impulsos, de esas facilidades. Los autores de esos hechos secundarios pueden haber aprobado el proyecto, secundando la ejecución del crimen; pero nada han creado. El crimen, quizá con mayores dificultades y riesgos, se habría cometido igualmente por los delincuentes; ha sido además favorecido por los cómplices.



Los "CODELINCIENTES" deciden la existencia del crimen y lo ejecutan o lo hacen ejecutar. Los cómplices acceden a esta decisión y facilitan los actos ejecutivos; pero no son los verdaderos autores del crimen. La resolución no es obra de ellos y la ejecución tampoco.

QUIENES SON CODELINCIENTES :

Son "CODELINCIENTES" todos aquellos que han sido autores de la resolución criminal o de su ejecución. El hombre debe ser punible, en cuanto es causa del delito; y tratándose de varias personas responsables del delito como concusas de él, si la concusa era condición "SINE QUA NON" del efecto esperado el cooperador fué causa principal del evento. En tal caso se produce la verdadera condición de la igualdad cuantitativa.

QUIENES SON COMPLICES:

Es "COMPLICE" todo aquel que ha participado en la comisión de un delito, para auxiliarlo o facilitarlo, pero sin cuya intervención el delito se habría consumado de todos modos. Mientras que la participación del code delincuente ha causado el delito, ha decidido de su existencia, la del cómplice es accesoria, accidental.

De la anterior exposición se deduce que hay tres variedades de code lincuentes: La de los que deliberan y resuelven por iniciativa propia cometer el delito y lo consuman personalmente; La de los autores de la resolución criminal, autores intelectuales, quienes no cooperan en los actos ejecutivos, pero son la causa de que otros la realicen;

La de los que consienten en cometer el crimen por instigación de otros que lo han resuelto.

FORMAS DE INSTIGACION:

Hay varias formas que se pueden presentar en la práctica: La coacción, la orden, el mandato, la instigación en sentido estricto.

COACCION:

La coacción ejercida sobre una persona con el objeto de que cometa un crimen, bajo el temor de un grave mal de cualquier género, es la forma más grave de la provocación. El instigador usa en ese caso del más eficaz y del más odioso de los medios para subyugar una voluntad y vencer la resistencia del sentido moral de una persona que casi siempre es escogida por su debilidad de carácter, como instrumento de las pasiones ajenas. CARRARA, establece que cuando un delincuente se sirve de un niño, de un loco, o de una persona a quien la coacción ha convertido en instrumento ciego y pasivo, el único autor del delito es el instigador, y asimila al ejecutor material a la piedra lanzada para hacer daño. No es posible trazar de antemano, la línea que separa el acto del hombre dueño absoluto de su voluntad y la del hombre víctima de la sugestión ajena. La patología mental nos ofrece una gama indefinida de personalidades más o menos capaces de resistir a la amenaza o al temor. Y si bien no siempre puede asimilarse un hombre al guijarro inerte, en ningún caso la culpabilidad del motor puede asimilarse a la del autor material.

ORDEN:

La orden constituye una forma atenuada de la coacción y supone que abusando de su autoridad o de su prestigio, un superior impone a un inferior la comisión de un delito, en la confianza de que la timidez o la docilidad del subordinado lo muevan a consumarlo. En tal caso la culpabilidad del que da la orden está en razón directa de su autoridad sobre el que la recibe, y del mal que recaería sobre el último si no la cumpliera; y la del ejecutor en razón inversa de la misma autoridad y de la gravedad del mal a que se expone. Pero este problema presenta graves dificultades cuando se trata de personas unidas por un vínculo de obediencia jerárquica, como los militares, caso en el cual se sostiene la necesidad de la obediencia pasiva del subordinado. La responsabilidad en este caso es toda del que ordena; la fuerza pública es esencialmente pasiva; y sería un delito que ella rehusara obedecer una orden, aun arbitraria, aun contraria a la Ley, siempre que emane de una autoridad a quien deba obediencia jerárquica. De modo que si un soldado, vr. gr., recibe de su superior la orden de martirizar un prisionero, puede hallarse colocado ante este dilema: Si obedece comete un delito común y si desobedece comete un delito militar. La cuestión está prevista en casi todas las legislaciones y constituye una de las causales que atenúan o eliminan la responsabilidad penal. De modo que si en el ejemplo anterior, el soldado martiriza al prisionero en la creencia de que dentro de las atribuciones del superior está el dar esa orden, no debe considerársele responsable. Pero si el ejecutor, deseando vengarse de una persona odiada, cumple la

orden, a pesar de que piensa que no estaría obligado a cumplirla, - debe ser considerado responsable. Resulta la conveniencia de adoptar el criterio que indicamos, si se tienen en cuenta los casos de abuso de autoridad que las leyes no pueden contemplar como atenuantes pero cuya influencia puede ser en ocasiones decisiva. Existe en efecto una autoridad escolar, una autoridad religiosa, una autoridad doméstica, que se ejercitan por el maestro, el sacerdote, el jefe de familia respectivamente. Y cuando cualquiera de estas últimas personas, haciendo uso de los recursos especiales de que dispone para obrar sobre el ánimo humano, logra avasallar la voluntad ajena, precipitándola al delito, es evidente que la culpabilidad del ejecutor puede llegar a atenuarse casi completamente.

#### MANDATO:

El mandato delictuoso existe cuantas veces una persona, comisiona o encarga a otra, que acepte la comisión, para ejecutar un delito; difiere de la coacción y del orden, puesto que el comitente no impone su voluntad al mandatario, sino que solicita su concurso. Hay en este caso el "CONSENSUS IN IDEM PLACITUM", que caracteriza los contratos civiles.

El criminalista MANZINI sostuvo que el mandato implicaba la circunstancia de que el mandante se abstuviera de intervenir en la ejecución del delito por ruindad o por razones de seguridad personal. Pero semejante característica no es esencial. Hay hipótesis en que se encarga a un tercero de cometer un crimen, por razones muy diferentes: incapacidad o enfermedad del comitente, residencia de la víctima designada en país extranjero, por ejemplo, y sin embargo es claro que el mandato subsiste.

CARRARA, de otra parte cree que solo el mandante debe tener interés en el delito, pues de lo contrario el "PACTUM SCCELERIS" degenera en sociedad o en consejo para delinquir y es evidente que dentro del rigor metódico de la escuela clásica la distinción es justa. El mandatario puede apartarse de las instrucciones recibidas obrando fuera de los designios del mandante, ya porque escoja medios de acción diferentes, ya porque realice un fin que no estaba previsto, ya porque en ambos puntos siga su propia iniciativa, dejando a un lado la del instigador. Se sostiene que si en tales casos los medios empleados determinan un cambio en los elementos esenciales del delito, o si el fin obtenido difiere profundamente del que se proponía el mandante, su responsabilidad debe ser la misma en que habría incurrido si el ejecutor se hubiera atendido a las instrucciones que se le dieron, a menos que el efecto producido por la actividad del mandatario fuera una consecuencia no previsible del acto que se le indujo a cometer o del medio que se le autorizó a emplear. Si el efecto no era previsible o aunque previsible no fue previsto, algunos autores afirman que en el primer caso el mandante no debe en absoluto responder del exceso en el mandato y en el segundo que debe responder como de un hecho culposo o ultraintencional. Ejemplo, un individuo comisiona a otro para que sustraiga a una doncella de su casa; el ejecutor material viola a la joven. Un individuo comisiona a otro para que hurte sigilosamente un documento; el ejecutor busca auxiliares, escala a media noche el domicilio ajeno y maltrata a los que tratan de impedir el crimen. El mandante no responde de estas consecuencias excesivas.

Un individuo comisiona a otro para que asalte a un viajero en un camino solitario y lo despoje, autorisándole a darle de puñaladas pero sin indicarle que le dé muerte. Si la víctima muere a consecuencia de las puñaladas recibidas, el mandante responde de homicidio ultraintencional o de homicidio, según los casos. Semblante criterio es jurídicamente aceptado y corresponde a una necesidad real. La intención criminal es el elemento característico del delito; y de otra parte el mandatario que ejecuta una acción más grave y reprobable que la prevista por el mandante, revela una peligrosidad mayor. Sólo que los clásicos, cuidadosos de mejorar la suerte de los delincuentes, no dan al principio establecido todo su desarrollo lógico, puesto que si no aumenta la responsabilidad del instigador por el exceso del autor material, es igualmente justo que por el contrario la responsabilidad del instigador no disminuya cuando el autor material ejecute un acto menos grave que el proyectado, o que por lo menos respecto de ese instigador se considere que ha habido tentativa del delito más grave.

El mandato puede ser revocado y en tal caso si el mandatario persevera en el propósito criminal y lo realiza, es el único responsable del delito, pues el mandante se coloca en la situación del que desiste espontáneamente. Pero los clásicos están de acuerdo en sostener que es preciso que el cambio de voluntad del provocador sea conocido en tiempo oportuno por el provocado. Y en efecto el desistimiento debe ser eficaz. De otra parte la revocación debe ser seria y explícita, de tal manera que el mandatario se de -

cuenta de que si obra lo hace por cuenta propia.

En el caso opuesto, si no obstante los esfuerzos hechos por el instigador a fin de plegar la voluntad de otra persona y obtener su concurso para la ejecución de un delito, la propuesta es rechazada, puesto que el mandato supone dos elementos, la proposición y la aceptación, se afirma que no puede hablarse de delito, ya que la obra sugestiva del instigador no puede considerarse sino como un acto preparatorio respecto del crimen proyectado; y el mismo argumento se hace cuando el mandatario después de haber aceptado el mandato, desiste de obrar.

Se discute además si la responsabilidad del mandante debe considerarse menos grave cuando el mandatario tenía motivos propios para cometer el crimen a que se le instigó, es decir, cuando quizás el crimen se hubiera cometido sin la intervención del provocador. Carrara, fiel a su idea de que el mandato supone interés exclusivo del mandante, dice que en el caso que contemplamos se produce la hipótesis de sociedad, y que como el instigador no fue causa primaria, la pena debe ser disminuida. Hay algunos autores que dicen que en caso de complicidad lo que hay que estudiar son las fuerzas causales que realmente concurrieron a producir el evento; no aquellas que hipotéticamente hubieran podido ejercitarse. La opinión dominante es inaceptable. Aparte el argumento esbozado, es evidente que revela ser más peligroso el que se sirve para el delito que ha proyectado de una persona ya dispuesta, o el que hace surgir en el ánimo de otro motivos personales para delinquir, que aquel que busca un mandatario indiferente. La intención criminal

es igualmente exacta en los dos casos respecto del mandante; y - el evento nocivo es exactamente el mismo. Sobre qué motivo serio desde el punto de vista represivo, fundar la atenuación de la pena? Lo único que sería realmente menos grave en tal hipótesis sería la obra corruptora sobre el ánimo ajeno y eso no siempre. Pero disminuir, atendiendo a esa consideración, la pena del mandante, sería admitir que se le impone una sanción no por el delito ejecutado por el mandatario, sino por la obra de corrupción, lo que no es exacto.

#### DE LA INSTIGACION:

La instigación en sentido estricto, consiste en excitar los sentimientos de un hombre a fin de que consuma un delito, de tal manera que su voluntad se determine a obrar, pero sin que el instigador - asuma ante la persona a quien induce la responsabilidad del acto, ni manifieste en forma concreta su propia intención criminal. Lo que caracteriza la instigación es que aunque el provocador tenga - motivos para desear el delito, al estimular a otro a que lo cometa hace aparecer el acto nocivo necesario o útil a los intereses del instigado. Las circunstancias indicadas distinguen el caso que presentamos del mandato, pues aquí el único o principal interesado debe ser el provocador, quien sin hurtar el cuerpo, solicita el concurso ajeno para la consumación de un crimen. El ejemplo típico de - instigación nos lo ofrece Shakespeare, sagaz y profundo observador de la personalidad criminal, en la tragedia de Oteló, que bajo la influencia de Yago, lo da muerte a Desdémona. El instigador es siem -



pre un delincuente muy peligroso que por su perfidia, su egoísmo y cobardía se demuestra antisocial en alto grado. Los temperamentos pasionales e impresionables suelen ser sorprendidos y arrastrados al delito por instigadores faltos de sentido moral, caso en el cual la culpabilidad del acto recae principalmente sobre ellos debiendo reprimirseles en forma mucho más enérgica que a los autores materiales. CARRARA llamó consejo a la instigación. La palabra es inadecuada y no corresponde al concepto, pues el consejo por sí mismo, si constituye una exhortación, una sugerión o una instrucción, no es punible ya que no implica la existencia del elemento intencional ni influye eficazmente sobre el ánimo ajeno. Establecidos estos principios hay que agregar que no pueden considerarse autores de la resolución criminal, codelincuentes, quienes no sean responsables de verdadera instigación. Es por consiguiente indispensable que haya habido de parte del provocador intención real de determinar la comisión de un delito, y no basta que una palabra o una actitud imprudentes estimulen en forma involuntaria a individuos mal inclinados. Y de otra parte cuando la instigación no determina el delito, sino que refuerza una resolución ya definitiva o consiste en ofrecimientos que faciliten el hecho delictuoso o en una promesa de auxilio para después de consumado, no puede considerársela codelinconencia ni complicidad. Para decidir en los casos concretos es preciso si tuar la cuestión en el terreno psicológico, y el criterio decisivo debe ser el de la personalidad del delincuente y los motivos determinantes.

Se reduce en nuestro concepto al caso de instigación, el de a -  
quél que determina a otro a cometer un delito con el solo fin -  
hacerlo descubrir infraganti, para ganar una recompensa o satis-  
facer una venganza. La circunstancia de que el provocador no de-  
sea precisamente que el crimen se consuma y espera más bien que  
no llegue a consumarse, hace vacilar a algunos criminalistas so-  
bre su responsabilidad y se piensa que debe considerársele cul-  
pable de tentativa. Es éste un problema delicado que no puede -  
resolverse sino de acuerdo con el criterio de previsibilidad e-  
nunciado a propósito de la culpa; si el instigador previó que -  
el crimen llegaría a consumarse y se consuma en efecto, debe res-  
ponder como code delincuente; pero si la efectividad del evento no  
dado dadas las circunstancias no era previsible, o no fue previs-  
ta, debe responder tan sólo de tentativa. En el caso particular -  
que se trate de un funcionario de policía que se limite a provo-  
car a un delincuente habitual a un nuevo delito impidiendo su -  
consumación, con el fin exclusivo de poderlo detener, el medio em-  
pleado puede ser censurable, pero el funcionario no debe responder  
de acto alguno delictuoso, puesto que su intención era buena y el  
evento dañoso no ha sobrevenido.

Se habla también de la sociedad para delinquir y se dice que es -  
el acuerdo entre varias personas, a fin de cometer un delito que -  
les proporcionará satisfacción o utilidad común. Pero esa especie  
es más difícil de precisar que todas las otras y se presenta con  
menor frecuencia. En efecto, si todos los que deliberaren el cri-  
men cooperan a su ejecución, se presenta la primera variedad de co-

delincuentes, o sea de aquellos que aunan sus voluntades en la ejecución del hecho; y si uno de ellos no interviene en la ejecución material, es ordinariamente porque asume el carácter de instigador o de mandatario. La sociedad se realizaría en la hipótesis de un convenio espontáneo de todos los cooperadores, surgido sin que ninguno de ellos ejercite influencia sobre los otros a fin de moverlos al delito; o en el caso de un club político o de una sociedad cualquiera que delibera y vota la muerte de un hombre, por ejemplo. Nos parece contra la opinión de CARRARA, que en tal eventualidad todos los participantes son culpables en igual medida, aparte la consideración de peligrosidad personal y los motivos determinantes. Lo que no se admite es que por el solo hecho de que uno fue el autor material, los otros sean reprimidos con menor severidad, puesto que se supone que ese autor material no es un mandatario, sino uno de los socios que deliberaron el crimen. No debe confundirse la figura de complicidad, con la asociación permanente organizada para delinquir y que constituye por sí misma un delito y presenta caracteres especialísimos. Hay que tener en cuenta que la instigación debe ser directa, es decir, para cometer un delito determinado, pues no puede ser posible imputar a nadie una provocación vaga, abstracta, incapaz de revelar la intención criminal. La simple manifestación del pensamiento, no es punible en absoluto. Y este principio es la garantía del periodista y del hombre público.

CODELINCUENTES POR PARTICIPACION FISICA:

La última forma de codelinquencia es la de los que ejecutan un crimen por cuenta de otro. Pero como no todos los que contribuyen por comisión ajena con actos materiales a la ejecución de un delito pueden considerarse codelincuentes, es necesario precisar qué género de participación física es la que implica para el agente el carácter de coautor del hecho criminoso. Algunos autores sostienen a este respecto que cuando una persona necesita para cometer un delito que otras le faciliten los medios de ejecución o le eliminen obstáculos porque los elementos de que dispone no le bastan para realizar su intento, la obra delictuosa se descompone en acción principal y ayuda; y que la ayuda tiene por índole propia la de exteriorizarse en actos diversos de aquel que constituye el delito. Considerando el problema con un criterio de estricta precisión verbal, es exacto decir por ejemplo, que aquel que maniat a la víctima mientras que otro la hiere mortalmente, no es ejecutor principal sino auxiliador. Pero ante la moral y el derecho es indiscutible que ambos son codelincuentes; por eso la pena de los auxiliadores debe ser mucho más grave cuando la ayuda ha sido indispensable para la consumación del crimen. CARRARA, no solo restringió el concepto de autor del delito, sino que distinguió entre coautor y correo; tanto el uno como el otro participan en los actos consumativos, pero dentro de su sistema no es coautor sino el que interviene en el último de esos actos consumativos. La distinción es inútil porque según el mismo CARRARA todos incurren en la misma pena.

Cuando el criterio por él establecido para caracterizar la acción principal y distinguirla del auxilio, es el de la concomitan cia del acto con la consumación del delito. Admite por eso que con tal requisito, aun la simple presencia o una palabra decisiva por su fuerza de estímulo o de sugestión, pueden hacer de un indiv iduo correo de su ejecutor. Sin embargo, nadie podría negar que la culpabilidad del químico que prepara un veneno mortal por voluntario consentimiento y sabiendo perfectamente que servirá para dar la muerte a una persona, aunque no intervenga en la aplicación directa del medio escogido, es mucho mayor de la que se limita a asistir a la consumación del crimen para intimidar a la víctima o para comunicar bríos a los asesinos. La necesidad de coherencia lógica prima una vez más sobre las razones de justicia y de seguridad social.

Concluyendo lo anteriormente expuesto, todos los actos que han sido causa directa del delito, todos aquellos sin los cuales la ejecución no hubiera tenido lugar, o por lo menos no hubiera tenido lugar de la manera especial como se produjo, constituyen actos de code line ancia. Tal es la idea fundamental que debe guiar desde el punto de vista jurídico. De esto se deduce que son "CODELIN - CUENTES POR PARTICIPACION FISICA: Los que cooperan a la ejecución del crimen con un hecho inmediato y directo, todos aquellos que realizan la acción criminal. El que maniat a la víctima; el que la degüella; el que sostiene la escala; el que se apodera de los objetos; el que violenta la cerradura, y todos aquellos que aun sin hacer y decir nada contribuyen con su presencia a formar gru

po y a atemorizar a los viejeros, son todos codelincuentes; los unos de homicidio, los otros de robo con escalamiento, etc. Los que con un hecho material de cualquier naturaleza que sea prestan una ayuda para la ejecución del crimen de tal importancia que sin ella el crimen, en su especie, no se hubiera cometido probablemente. Si los rebeldes se apoderan de una plaza fuerte mediante un golpe de cuartel, guiándose por las señales que les hace un militar, este último es codelincuente.

Pero todo lo anterior no puede interpretarse en oposición con las ideas sobre la instigación. Para imponer al codelincuente por participación material la misma pena que se aplica al que concibió el crimen y lo preparó, es preciso que su adhesión al proyecto delictuoso haya sido voluntaria y no forzada. En tal caso poco importa determinar a cuál de los responsables corresponde la prioridad de la idea. Su solidaridad es completa y ambos deben responder en la misma medida. Respecto de las varias hipótesis en que la voluntad del ejecutor es violentada o subyugada por el instigador, nada hay que agregar, puesto que al analizar las diferentes formas de la provocación, se establecieron las diversas situaciones jurídicas de los autores materiales.

El provocador suele ser la verdadera causa del delito; el ejecutor suele ser un instrumento. El provocador al ejercitar su influencia sobre la voluntad ajena revela un grado más agudo de peligrosidad, a menos que los mandatarios escogidos sean de aquellos que, habitualmente y en forma profesional, como sucede en algunas regiones de Italia, se encargan de satisfacer a cambio de

una remuneración, los odios y los rencores de otros.

COMPLICIDAD EN SENTIDO ESTRICTO:

COMPLICE es todo aquel que ha participado en la comisión de un delito, para auxiliarlo o facilitarlo, pero sin cuya intervención el delito se habría consumado de todos modos; pero esta noción que es clara en sí misma, no basta para limitar de manera satisfactoria en la práctica, las múltiples y variadas especies de complicidad que pueden presentarse, sino mediante el análisis concreto de cada caso particular, pues sólo así podrá establecerse cuál fué en la especie propuesta la participación principal y directa y cuál fué la participación secundaria o accesoria. Sucede con relación a este punto algo semejante a lo que ocurre con el criterio para determinar la consumación del delito, que si bien puede establecerse teóricamente, sólo puede serlo en forma relativa, pues para aplicarlo con exactitud se hace necesario considerar el delito específico de que se trate. Las soluciones jurídicas, rígidas y académicas, presentadas por algunos de los más grandes criminalistas, contrastan por eso inevitablemente con la realidad de las cosas. Decir con CARRARA que el auxilio consiste en la participación precedente a los actos consumativos, es una tesis que está en contradicción con el principio fundamental por ellos mismos sostenido de que la imputación del auxiliador se gradúa según la influencia que su ayuda ejerció sobre la consumación, puesto que un auxilio pre-

cedente o diverso del acto consumativo puede haber decidido de la existencia del delito. La potencialidad causal de un acto, cuando se trata de un delito comensado a ejecutar por una sola persona será mucho mayor cuando ese acto sea ejecutivo; pero cuando se trata de un delito al cual participan varias personas, un acto en sí mismo preparatorio, puede decidir de la consumación del delito; así el criado que espera con un carruaje tirado por vigorosos caballos a su principal, mientras este último saquea una caja de valores o rapata a una joven, se critica a los autores que consideran a ese criado code delincuente. Pero se olvida que sin su colaboración el delito no hubiera podido ejecutarse, y que por consiguiente en la especie el acto ha dejado de ser preparatorio. De otra parte ese criterio suscita para la ciencia penal otro problema, cual es el de determinar la distinción entre los actos preparatorios y los ejecutivos. Y por último, es preciso entenderlo para el caso de que se trata, con especial discernimiento, pues se acepta que si bien llevar una ganada y rondar una casa no es sino acto preparatorio, entregar esa ganada al que ha de abrir la puerta en el momento preciso, es unificar la propia acción con la del ejecutor principal de tal manera que llegan a confundirse. Sin necesidad de tantos rodeos, lo que hay que averiguar es si el acto decide o no la existencia del delito.

La complicidad es material si la cooperación del tercero al hecho del autor consiste en una ayuda prestada con actos fi-



sicos; y es moral si consiste en actos morales, psicológicos capaces de reafirmar el propósito criminoso en el autor. Usando de la clasificación del Código Italiano en 1.890, la complicidad moral se manifiesta en dos formas principales: Cuando se excita o se refuerza la resolución de cometer el delito, o cuando se promete ayuda o asistencia para después de cometido. Se presenta la primera hipótesis cuando una persona estimula y fortifica en el ánimo de otra un proyecto ya concebido y desarrollado, mediante consejos, instrucciones o sugerencias de cualquier orden que le demuestren la facilidad de llevar a término el plan, la seguridad de escapar, o la conveniencia o necesidad de ejecutar el hecho delictuoso. Sucede con frecuencia que los delincuentes consultan sus decisiones y cuando se hallan intimidados o vacilantes, buscan a alguien cuya palabra los instruya y los guíe. Pero desde el momento que se dice excitar o reforzar, se entiende que debe tratarse de una resolución criminal ya existente, o que el consejo o el estímulo no han sido causa determinante del delito, pues en este último caso se presenta una figura de cóculin - cuencia por participación intelectual. La ayuda o asistencia prometida para después de ejecutado el delito no es sino una variedad o especie de la hipótesis anterior, pero es preciso insistir sobre este punto a fin de disipar las dudas que podrían presentarse a este respecto, ya que, no es admisible una participación posterior al delito. Sólo que cuando el delito

con que se favorece a los culpables para después de que han ejecutado el crimen se vincula a una promesa anterior, el carácter jurídico de ese acto deriva de ese ofrecimiento y no del apoyo efectivamente prestado, puesto que dió confianza y bríos a los delincuentes, y constituye por eso una forma de complicidad.

La complicidad material puede referirse a los medios o a los actos. La primera consiste en suministrar elementos o medios para cometer el delito, la segunda en facilitar su comisión con una ayuda prestada antes o durante el hecho. Múltiples y variadísimas son las maneras como pueden exteriorizarse estas formas de complicidad; sería imposible enumerarlas. A este respecto sólo es preciso advertir que no pueden considerarse como actos de complicidad aquellos que consisten en no haber disuadido de su propósito a una persona que proyectaba un crimen, en no habérselo impedido con esfuerzos materiales o el no haberla denunciado a las autoridades. Es esto lo que se ha llamado la **COMPLICIDAD NEGATIVA**, que ningún autor admite como punible. Y en efecto, es inadmisibile aceptar que la inacción o el silencio constituyan un concurso delictuoso.

Pero a este respecto es preciso hacer algunas aclaraciones:

En primer lugar, no debe confundirse la complicidad negativa con la complicidad por hechos negativos, la cual puede ser tan útil y decisiva que convierta al individuo que la presta en code delincuente.

En el ejemplo del criado que por acuerdo previo con los asesinos se abstiene de cerrar la puerta de la casa o del arca, sería ridículo sustraerlo a la sanción tan sólo por que no ejecutó un acto positivo; en tal eventualidad la omisión equivale a la acción. Sucede lo mismo cuando se trata de una persona que tiene profesionalmente por razón de su empleo, el deber de impedir o denunciar el acto que se trata de consumar. Tal el caso del oficial de guardia que enterado de una conjuración para asesinar al Jefe del Estado no da parte del hecho al superior o no interviene para evitar el crimen. De otra parte, cuando una persona por sus especiales circunstancias constituye la razón de ser o el motivo determinante de un delito, y sabiendo el plan proyectado lo autoriza y guarda silencio, su acto se equipara al de los que estimulan o refuerzan una resolución criminal ya existente. La mujer enterada de que su amante ha resuelto asesinar y robar a su marido, a fin de huir con ella al extranjero, no interviene para evitar el hecho, se hace cómplice de robo y de asesinato. Decidir lo contrario sería administrar justicia con un criterio de estrecha objetividad, inícuo, antijurídico y antisocial. Finalmente nada se opone a que se erija en delito la omisión de un denuncia oportuno respecto de determinadas infracciones y en casos particularmente graves; y en efecto casi todas las legislaciones acogen esta tesis.

FAUTORES:

Los antiguos criminalistas agruparon dentro de la complici-  
dad todas las especies de auxilio prestado a los culpables  
de un delito, aun cuando no se hubiera exteriorizado sino -  
por medio de actos posteriores a su ejecución y tendientes  
tan sólo a asegurarles su impunidad. Al evolucionar la cien-  
cia penal pareció indiscutible que semejantes formas de as-  
istencia o ayuda posterior al delito no podían considerarse  
se variedades de la complicidad, puesto que siendo la com-  
plicidad una participación o un concurso en la realización  
de un delito, era absurdo suponer que pudiera participarse  
en un acto ya consumado.

En la época contemporánea se distinguió a los FAUTORES de  
los AUXILIADORES. Los FAUTORES de un delito serían todos -  
aquellos que hubieran contribuido después de su ejecución  
a facilitar a los culpables, los medios necesarios para ob-  
tener del delito el lucro esperado, o para sustraerse a la  
persecución de la justicia. Es evidente que la culpabili-  
dad de quienes auxilian en esta forma a los culpables de -  
un crimen, puede diferir profundamente de la de esos mis-  
mos culpables. Cuando se trata de personas que llevadas -  
por un sentimiento de piedad o de amistad socorren a un de-  
lincente para salvarlo de la prisión o de la muerte sobre  
todo, es absolutamente inadecuado vincular ese acto al deli-  
to de que se trate y apreciar su gravedad por la del hecho

criminoso ya ejecutado. Sólo que hay una forma de auxilio posterior al delito que presenta una especie de unidad intencional respecto del fin perseguido por los delincuentes: el encubrimiento o transformación de los objetos robados, - previo pacto de participación en las utilidades. Cuando ese auxilio se presta en forma habitual a los ladrones reviste caracteres de suma gravedad, pues constituye un estímulo y motivo de confianza para ellos y podría considerarse que el hábito sistemático de prestarlo equivale a una promesa tácita y general de colaboración para todos los delincuentes en terados del hecho. De aquí que el Legislador Francés haya llegado a asimilarlo a la complicidad, castigándolo con la misma pena. Pero de una parte, para reprimir severamente ac- tos de esa naturaleza no es necesario apreciarlos en esa forma, y de otra parte, no habiendo el Código Francés hecho distinción entre los que encubren habitualmente y los que lo hacen en una ocasión excepcional, ha colocado en las mis- mas condiciones a individuos cuya moralidad y cuya temibilidad son fundamentalmente diferentes. A este respecto CARRARA estableció la diferencia entre los fautores que contribu- yen a llevar el delito a ulteriores consecuencias, o a conti- nuar, por decirlo así, la violación del derecho realizada ya por los culpables, y los que tan sólo atentan contra la ad- ministración de justicia ayudando a poner a salvo a los de- lin- cu- en- tes. Con su sagacidad característica CARRARA advir -

tió la diversidad del fin que los unos y los otros se proponían. Y surgió entonces la distinción entre el recelo y el favorecimiento, delitos diversos entre sí y ninguno de los cuales se considera como forma de complicidad.

#### CIRCUNSTANCIAS PERSONALES Y MATERIALES:

Es un problema que tiene mucha importancia en materia de complicidad; si las circunstancias o cualidades personales o materiales de los codeincentes o cómplices son comunicables, esto es, si las circunstancias que agravan o disminuyen la responsabilidad de uno de ellos deben beneficiar o perjudicar a los otros. Se admite por numerosos autores clásicos que las circunstancias materiales inherentes al hecho criminoso se comunican a todos los participantes, y que las circunstancias inherentes a la persona no se comunican. La complicidad no accede a la persona sino al hecho, es real, no personal; esta regla es absoluta, se afirma. Sin embargo las reglas absolutas repugnan a la ciencia penal. Es evidente que en tesis general la menor edad, la embriaguez, la demencia de uno de los cómplices no pueden servirle de excusa a los otros; ni pueden agravar la responsabilidad de todos, circunstancias peculiares propias de algunos, como la reincidencia. Pero esto último siempre que no hayan servido para facilitar la ejecución del delito o no revelen dadas las circunstancias de las personas y de la infracción, tenden -

cias especialmente feroces y antisociales. En efecto son -  
 raros los casos en que las circunstancias peculiares de al-  
 guno de los cómplices no facilitan o agravan el delito. Cuan-  
 do al asesinato de una persona colabora uno de sus hijos o-  
 uno de sus criados, de una parte el crimen se comete en con-  
 diciones particularmente expeditas ya que tales personas -  
 conocen los hábitos de la presunta víctima, la distribución  
 de sus habitaciones, etc., y ya que esa misma persona no -  
 puede prever un ataque de parte de sus parientes o servido-  
 res; y de otra parte el que conociendo los especiales debe-  
 res que vinculan determinadas personas a otras, las induce  
 a cometer delitos que impliquen una violación de ellos o a-  
 cepta su colaboración con ese fin, revela una mayor peligro-  
 sidad y un sentido moral más relajado. Se cree por consi-  
 guiente que cuantas veces una circunstancia personal de uno  
 de los cómplices de un delito haya servido de medio para e-  
 jecutarlo, lo haya facilitado o agrave de manera particular  
 el delito mismo cambiando el título de la imputación, debe  
 la circunstancia comunicarse a los otros siempre que la ha-  
 yan conocido con anterioridad. Claro que las circunstancias  
 estrictamente personales que como la locura o la menor edad  
 modifiquen el régimen penal de los unos, no pueden benefi-  
 ciar a los otros.

Cuando se trata de las circunstancias materiales que han ro-  
 deado el delito, los autores no se hallan cohibidos por el

pretendido obstáculo de la individualidad del dolo que conduce a algunos de los más eminentes a no aceptar la comunicación de las circunstancias personales, porque aquellas, cuando constituyen una agravante, son siempre un medio para cometer el delito, conocido por todos y por todos aceptados, de tal manera que es completamente accidental el que resulten de la obra de uno cualquiera de los cómplices. Y poco importa que la circunstancia de que trate agrave solamente el delito, constituya por sí un delito diferente, o haga cambiar la naturaleza del primero. Cuantos concurren a la ejecución de un crimen deben responder del resultado más grave dependiente de la actividad de uno de ellos, siempre que conozcan dicha circunstancia y no se abstengan de continuar su colaboración delictuosa, y siempre que el acto del compañero esté dirigido a obtener la realización del fin que todos se proponen. Per surge a éste propósito la dificultad de saber si basta la previsión de las circunstancias materiales agravantes, como consecuencias naturales del acto principal que se trata de ejecutar, para hacer a cualquiera de los cómplices o codeincentes, responsable de ellas. No hay que vacilar en resolver afirmativamente el punto, puesto que es el criterio de la previsibilidad de los efectos el que se ha defendido a propósito de la culpa y a propósito del caso en que el mandatario ejecuta actos más graves que los expresamente ordenados por el mandante. La intención de



verificar un propósito dado, incluye necesariamente la de verificar todos aquellos hechos que dentro del orden natural de las cosas y dentro de las provisiones de la persona sean derivaciones o corolarios de ese propósito.

COMPLICIDAD COMO DELITO DISTINTO:

Establecida la complicidad como circunstancia, o como característica que pueden presentar los hechos delictuosos, circunstancia por virtud de la cual se produce una unidad criminosa objetiva, y una pluralidad criminosa subjetiva, hay que pasar a analizar la figura de la complicidad como delito distinto. Este sistema se presenta bajo un aspecto diferente: el de considerar a todo cómplice como autor principal del delito por el cual se lo juzga. No habría según este orden de ideas, participante; la responsabilidad de cada uno de los que intervienen en la infracción debería analizarse en forma individual, exclusiva, sin tener en cuenta la responsabilidad de los otros, como si cada uno de ellos hubiera consumado particularmente una transgresión especial de la Ley. Pero semejantes concepciones no tienen fundamento sólido alguno ni ante la realidad, ni ante la teoría. Ninguna razón jurídica, ninguna razón de utilidad puede aducirse en apoyo o como defensa de esas innovaciones peregrinas; para apreciar adecuadamente la culpabilidad de los varios copartícipes no -

se requiere acudir a un hipotético fraccionamiento de lo que constituye por la naturaleza misma de las cosas una sola unidad, ni a la creación de un delito SUI GENERIS cuya construcción racional es una pura fantasía, ya que su existencia es meramente ficticia. La realidad evidente es que en el delito resultante de la coparticipación de varias personas hay tan sólo una acción compleja y colectiva, integrada por diversos esfuerzos personales más o menos importantes, pero todos concurrentes -tanto respecto de los actos realizados como de - los individuos que lo realizan- a consumar aquella concreta operación criminal que constituye el delito así de los autores como de los cómplices. La unidad del objeto perseguido - es lo que caracteriza esencialmente la complicidad. Examinar separadamente la obra de cada participante, o desligar la acción de todos ellos de la específica violación del derecho - a la cual estaba encaminada, es privar de su propia significación el hecho de todos, y juzgarlo por consiguiente de una manera inconveniente y arbitraria, fuera de las circunstancias que lo completan y explican desde el punto de vista de los elementos físicos y psíquicos que le dan vida al delito.

#### LA ESCUELA POSITIVA Y LA COMPLICIDAD:

A propósito de la complicidad la escuela clásica se esforzó con análisis sapiente por determinar de una manera precisa - la cuota contributiva de cada uno de los participantes en la

comisión del delito, es decir, se aferró al criterio de causalidad, descuidando las notas características propias de la actividad de cada uno de los cómplices. Sólo le interesó para determinar las responsabilidades la influencia ejercida sobre la existencia de la infracción por los varios delincuentes asociados. Ahora bien: dicha influencia constituye un dato fundamental para apreciar esas responsabilidades; pero no es el único dato que deba analizarse.

Sentadas esas ideas es cuando parece oportuno referirse al método adoptado tradicionalmente para medir la pena aplicable a los cómplices en sentido lato. Prevalece el de la asimilación de la pena del autor principal a todos los otros participantes; esta doctrina, ha sido acogida en toda su integridad por los franceses, y supone erradamente que los que concurren en forma accesorio a la ejecución del delito, concurren al delito ajeno, al delito de otro. El auxilio o colaboración por ellos prestado, constituiría una culpabilidad D'EMPRUNT, una culpabilidad derivada. De ahí que la gravedad criminal de la participación deba apreciarse según la naturaleza del hecho principal al cual se anuda el hecho del cómplice; la personalidad de éste se halle absorbida en la del autor; debe responder por eso del delito en la misma medida; debe corresponderle la misma pena. El hecho principal imprime su naturaleza a los hechos accesorios; pero ello no suprime las características personales de la influencia que sobre

el delito ha ejercido el acto de cada cómplice. Sólo que una vez fijada la calidad de esa influencia la pena es la misma para todos los que ejercieron una influencia del mismo género. Establecido que hay autores principales y cómplices, los primeros sufren una pena igual; los segundos una pena igual, menos grave. Los que reconocen como categoría aparte a la de los motores, consideran que debe aplicárseles la pena de los autores principales.

Tal forma de represión no satisface las aspiraciones de la ciencia contemporánea hacia la individualización de las sanciones. Está basada en una concepción penal que se preocupa poco de hacer socialmente eficaz la labor de la justicia. Por eso los autores positivistas le han hecho algunas censuras y han abogado por el implantamiento de un sistema que correspondiera a la tendencia general por ellos preconizada de considerar preferentemente la personalidad criminal, y de hacer más enérgica y completa la lucha contra el delito. Subordinar la suerte de un cómplice a la de otro, tan sólo porque ambos concurren a la ejecución de un mismo hecho, es olvidar que el crimen no es sino una ocasión para llegar al examen directo del culpable, y que la naturaleza jurídica del acto debe pasar a segundo plano si se considera la importancia antisocial del agente. De ahí que se haya observado con sobra de razón que es esta materia de la responsabilidad de los copartícipes no son admisibles reglas absolutas, sino que

debe prevalecer el concepto de que la sanción se adapte al grado individual de capacidad ofensiva, ya que si bien a los auxiliadores de un delito en lo general puede aplicárseles una pena inferior a la de los ejecutores principales, suele presentarse el caso de un criminal zaga, experimentado y hábil que se limite a prestar una colaboración secundaria para hacer recaer sobre sus compañeros el rigor de la Ley, siendo sin embargo en la realidad el eje de la actividad criminal, y sujeto más peligroso y terrible que los otros.

No quiere decir esto que la distinción establecida entre los autores y cómplices haya de abolirse. La diversidad de los actos de participación en el delito no tiene solamente un valor objetivo o causal, sino también un valor sintomático y debe ser siempre puesta de relieve, porque contribuye, así como los motivos determinantes y la personalidad del delincuente, a precisar el peligro que representa para la sociedad. Consumar el acto homicida directamente o limitarse a instigar a otro, o a suministrar el arma o a abrir la puerta son actos que indican ordinariamente una diversa predisposición criminal, por diversa repugnancia al delito. Por eso se formula la diferencia entre los agentes principales y los secundarios y entre el concurso material y el moral o psíquico en la realización del delito.

Hay algunos autores que establecen la conveniencia de conservar la distinción entre codeincuencia y complicidad. Dicen

que no puede prescindirse de ella desde el momento en que - dentro de la órbita del positivismo se distingue entre tentativa y consumación y que el mismo método conduce a mantener aquella clasificación. La investigación de los motivos determinantes se hace más indispensable que nunca, puesto que la infracción es el producto de la obra colectiva de varias personas y por consiguiente no sólo de diversas actividades externas, sino de diversas voluntades, las cuales muy difícilmente obran movidas por el mismo impulso o por un fin único, Ejemplo: Cuando tres individuos asesinan asociados a otro, - puede suceder que uno de ellos lo haga por una venganza personal, otro con un intento de utilidad social, considerándolo como hombre funesto al partido a que pertenece, y el tercero para robarlo. Tres criterios deben establecerse para determinar la imputabilidad de cada participante: la personalidad delincuente, los motivos determinantes, la obra subjetiva y externamente prestada por cada uno de ellos como contribución al proceso de causalidad del delito.

LA COMPLICIDAD EN EL CODIGO PENAL COLOMBIANO:

Nuestro código ha descrito y reglamentado el fenómeno jurídico de la complicidad en sentido lato, en las disposiciones siguientes:

ARTICULO 19: 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 san-  
ción establecida para el delito. En la misma sanción incurri-  
rá el que determine a otro a cometerlo.

ARTICULO 20: El que de cualquier otro modo coopere a la eje-  
cución del hecho o preste una ayuda posterior, cumpliendo -  
promesas anteriores al mismo, incurrirá en la sanción corres-  
pondiente al delito, disminuída de una sexta parte a la ci-  
dad.

Debe apreciarse la concisión con que la Ley ha logrado redu-  
cir á breves fórmulas, materia tan vasta y compleja.

Hay que observar en primer término que no expresa bien el ar-  
tículo la doctrina acogida por nosotros, según la cual son -  
autores todos los que han sido causa del delito, por virtud  
de actividades que lo mismo pueden ser materiales o intelect-  
uales. Las palabras "EL QUE TOQUE PARTE EN LA EJECUCION DEL  
HECHO" parecen referirse tan sólo a una acción física, y re-  
sultan por eso inadecuadas aunque remontándose un poco para  
considerar el concepto de ejecución, podría argumentarse que  
el que piensa, traza el plan y persuade u ordena a los demás,  
toma parte en la ejecución, la cual no se concibe sin una o-  
peración mental previa que la oriente y dirija. De todas ma-  
neras el vocablo empleado se presta a controversias. Desde -  
este punto de vista sería mucho mejor decir así: "El que co-  
mo autor, o mediante una cooperación sin la cual no hubiera -

siendo posible la comisión del hecho, participa moral o materialmente en la ejecución de una infracción, queda sometido a la sanción establecida para ésta". De acuerdo con este texto se puede ser autor por actividad material. No obstante en la práctica el resultado es idéntico, pues la sanción es la misma establecida "establecida para el delito"; y de otra parte hay una frase que contempla expresamente la coparticipación intelectual; "El que determine a otro a cometerlo", o sea el que ejerce coacción, da la orden o confiere el mandato. De acuerdo con la redacción del artículo 19, ha impulsado a los abogados y jueces a usar las palabras "COMPLICE NECESARIO" para designar a todos los que el código no considera como autores, pero prestan "un auxilio o cooperación sin los cuales no hubiera podido cometerse el hecho", esta expresión se aplica a quienes en realidad son coautores.

Como la pena de todo el que "preste al autor o autores un auxilio o cooperación sin los cuales no habría podido cometerse el hecho" es igual a la del que tome parte en la ejecución del hecho, y además también es igual a la del que "determine a otro a cometerlo", es de una completa claridad, que el mandante está siempre sometido a la misma sanción del mandataria que ejecuta.

Las palabras "preste al autor o autores un auxilio o cooperación sin los cuales no habría podido cometerse", deciden con claridad y precisión una serie de cuestiones, que de otra ma-



ners serían extraordinariamente difíciles de dilucidar, pues la doctrina es fluctuante y variada acerca de la clasificación de las formas de la coparticipación criminal y se presentan muchas dudas acerca de sus límites y diferencias. Saber cuando hay orden, mandato, sociedad es algo que da lugar a controversias. Los términos del texto la eliminan puesto que lo único que el juez tiene que averiguar es si la cooperación fué indispensable para la comisión del delito, sin necesidad de averiguar cuál es su tipo peculiar. Y la coacción y la instigación privada están definidas con las palabras "determine a otro a cometerlo". Además quedan eliminadas también las controversias que han dividido a los grandes autores, sobre cuál clase de actos implican un mismo grado de colaboración y de responsabilidad; aquellos que constituyen el hecho material del delito u otros diferentes; aquellos que constituyen acto ejecutivo o consumativo, o último acto consumativo; aquellos que se ejecutan antes o durante la infracción, etc. El criterio del código es mucho más simple y más general: todos los actos necesarios dentro de las particularidades del acto concreto. Así el del que manata a la víctima aunque no la hiera; el del que prepara o suministra el veneno aunque no concorra al envenenamiento; el que rompe la cerradura aunque no penetre; el que detiene los caballos aunque no dispare, etc.

En cuanto al desistimiento del mandante o del mandatario o a la discrepancia respecto de la ejecución entre los dos, nuestra Ley es muy deficiente, pues no da criterio alguno para resolver los problemas que se presenten. Deberá prevalecer la regla según la cual el que ya tomó deliberadamente la vía del delito, responde de todos los riesgos, o aquella según la cual cada delincuente responde tan sólo de lo que efectivamente hizo? Si el mandante desistió sinceramente o hizo lo posible para detener al mandatario, pero éste persistió y consumó cuál debe ser la pena del primero? Si el segundo fué más lejos y mató o violó cuando el primero no había pensado sino en secuestrar, cuál debe ser la pena de éste? En presencia de este vacío queda a la prudencia del Magistrado decidir estos problemas de acuerdo con el espíritu general del código y la doctrina científica. Pero es claro que cuando no pudiéndose interpretar de manera desfavorable la Ley penal, por analogía, cuando el mandatario desiste exime automáticamente de responsabilidad al mandante, aunque éste no haya pensado en desistir, y cuando hace menos de lo que ordenó, también lo exime en cuanto al delito mayor, bien que en este último caso podría argumentarse que hubo delito frustrado, por haber hecho el mandante todo lo que estaba en sus manos para obtener la ejecución y no haberse verificado ésta por circunstancias independientes de su voluntad. Sin embargo el principio "IN DUBIO PRO REO", no permite llegar a esta so

lución en realidad más concordante con la seguridad social. Cabe observar sin embargo que el juez tiene la facultad de imponer concretamente una sanción más fuerte a unos autores o cómplices necesarios que a los otros, puesto que apenas está ligado por los límites extremos de la pena señalada al delito que es la única forma fija. Ejemplo: respecto del homicidio simple la pena es de ocho a catorce años de presidio. Si el juez considera más depravado y peligroso al autor intelectual, por ser culto y pudiente, y menos peligroso al autor material por ser un infeliz en la miseria, puede condenar a éste a ocho años y al otro a diez o doce. Y de esta libertad podría prevalerse para aumentar la pena del mandante, cuando el mandatario haya ejecutado contra la voluntad de aquél un delito menor. Si éste lesionó en vez de matar, puede imponérsele al primero el máximo de la pena por la lesión y al segundo el mínimo. Y por el contrario si el mandante había persistido, sin lograr hacerse obedecer por el mandatario, puede imponérsele a éste el máximo y a aquél el mínimo, como sería justo.

En cuanto a la propuesta de delinquir no seguida de efecto, ha sido especialmente contemplada como delito especial por el artículo 211 del Código Penal, cuando es privada, y por el 209 cuando es pública. Y también sanciona el artículo 211 el simple hecho de aceptar la propuesta. La pena es de arresto de un mes a tres años.

El artículo 20 se refiere a la complicidad en sentido estricto o participación secundaria y establece una pena que oscila entre una sexta parte y la mitad de la de los coautores o cómplices necesarios. Así pues, el cómplice de un homicidio simple podrá ser sancionado con la mitad de catorce años, o sea siete, como máxima y también con la sexta parte de ocho, o sea un año y cuatro meses, como mínima. La libertad de acción concedida al juez es por lo tanto muy considerable; su capacidad de discriminación y de análisis individual son notorias. De este modo puede medir la gravedad de los múltiples innumerables actos que se encierran dentro de la expresión "de cualquier otro modo coopere a la ejecución del hecho o preste una ayuda posterior, cumpliendo promesas anteriores o al mismo". Y no está obligado a darle un régimen distinto ni mejor o peor al cómplice material que al cómplice moral; ni al que suministró medios y al que concurrió al acto final; ni al que ejecutó actos diversos de aquél en que consiste el delito y al que ayudó en este último; ni al que cumplió uno de aquellos que reciben el nombre de preparatorios y al que verificó uno de aquellos llamados ejecutivos; ni al que obró antes o después del delito, siempre que en este último caso hubiera adquirido compromisos anteriores. Todo dependerá de la peligrosidad particular del cómplice y de la influencia que su tarea haya tenido sobre el resultado, es decir de la potencialidad y eficacia de la acción.

El límite trazado por el legislador entre las dos grandes categorías de participantes o sea coautores o cómplices necesarios de una parte y cómplices en sentido estricto, de la otra, es digno de aplauso: la actividad de los primeros es indispensable, es decir el delito no habría podido cometerse sin su intervención. La de los segundos no es indispensable, o sea que el delito habría también podido cometerse sin su intervención. Los unos fueron causa del delito; los otros no. Saber quién fue indispensable y quién no fue indispensable, quién fue causa del hecho y quién no lo fue, tampoco es demasiado fácil.

También tiene en cuenta la Ley en materia de comunicabilidad las circunstancias personales y reales. Los artículos pertinentes disponen:

ARTICULO 21: Las circunstancias personales que disminuyan o excluyan la responsabilidad, no se tendrán en cuenta sino respecto del autor o del cómplice en quien concurren. Tampoco se tendrán en cuenta aquellas cuyo efecto sea agravar la sanción, a menos que hubieran sido conocidas por el partícipe; pero en este último caso podrá disminuirse tal agravación hasta en una sexta parte.

ARTICULO 22: Las circunstancias materiales que agraven o atenuen el hecho, aunque modifiquen la denominación del delito, sólo se tendrán en cuenta para quien, conociéndolas, prestó su concurso.

Hay ciertas circunstancias como el vínculo de parentesco, — que a primera vista no parece que debieran agravar la responsabilidad de los que no están en el caso específico, previsto por el código. Pero no cabe duda de que quien colabora — en el parricidio cometido por otro, revela mayor peligrosidad, si concurre a sabiendas, a un acto intrínsecamente más grave y que puede ejecutarse por lo general con menos riesgo y mayor facilidad. Y como el precepto es elástico, puede aplicársele la agravante en escala menor lo cual también es justo. Podría creerse que la proposición inversa también es verdadera y que el coautor de un homicidio provocado, por ejemplo, es menos peligroso. Pero no, puesto que él no obedece al motivo excusable, procedente de la injusta ofensa. En otras hipótesis como la del que colabora en un homicidio piadoso, se presenta un dilema: o procede también por piedad y queda cobijado por la excusa o procede por otros motivos y no hay porque mejorar su situación. Esto resulta justo.

Aquellos a quienes se los llama **FACTORES** del delito no pueden ser considerados como cómplices, porque la complicidad supone forzosamente acuerdo o compromiso previo; de otro modo no hay sino una acción independiente. De ahí que la Ley haya considerado como delitos especiales, el encubrimiento en sus varias formas y el auxilio a la fuga de presos, actos posteriores, que aunque tendientes a ayudar a los delin

47

cuentas, no caben dentro de los artículos 19 y 20. Las normas respectivas se hallan en los capítulos 4º y 5º del libro 2º del Código Penal. Existe allí una comprensiva disposición que exime de pena a los que encubren por razones de familia para salvar el honor y la libertad de sus parientes, artículo 202 del Código Penal.

El solo hecho de asociarse en forma permanente para delinquir también ha sido erigido en delito especial, artículo 203 del Código Penal, precepto que es lógico y jurídico, porque ese acto perturba hondamente la seguridad pública y es típico de los delincuentes habituales. La delincuencia asociada por sí misma ha sido considerada como forma más temible de actividad. Todo esto es científico y corresponde a las ideas modernas.

La jurisprudencia napolitana elaboró la doctrina llamada "DE LA COMPLICIDAD RELATIVA", la cual fue aceptada después en toda Italia y se incorporó al código unitario de 1.890. Consiste en lo que se ha llamado una TRANSACCION DE PRUEBA. Cuando está demostrado que varias personas participaron en un homicidio o lesión, sin que pueda saberse quién fue el autor, el principal responsable, se les aplica a todos una pena intermedia entre la de los cómplices y la de los autores. Se quiso así evitar que el delincuente más peligroso quedara impune en cuanto a la responsabilidad mayor que le corresponde, y estimular a los cómplices a decir la verdad, puesto que si

la manifiesta escapan automáticamente a una sanción más grave de la que en estricta justicia le corresponde. Esta doctrina, inspirada por las necesidades prácticas de la represión ha tenido defensores e impugnadores vivaces. Dicen estos últimos que es un recurso arbitrario y antijurídico, porque constituye una excepción al principio según el cual nadie puede responder por lo que no ha hecho. Nuestro código se inspiró en la disposición italiana, pero la modificó de manera sustancial, porque no hizo sino aplicar expresamente a un caso concreto el sistema general de la complicidad establecido en el artículo 19. Así pues, en realidad la complicidad relativa no existe entre nosotros. Lo que quiso el Legislador fue tan sólo reafirmar el concepto de que aun cuando se ignora quién es el autor principal, puede condenarse a los cómplices.



CAPITULO II

DE LA COPARTICIPACION CRIMINAL

NATURALEZA Y CONCEPTO:

El fenómeno jurídico de la coparticipación criminal tiene su razón de ser en la susceptibilidad immanente que contiene todo delito de poderse materializar a través de la acción o acción de un solo individuo o mediante la actuación necesaria de dos o más personas. Tanto los de configuración singular (delitos singulares o unisubjetivos), como los de constitución esencialmente colectiva (delitos colectivos o plurisubjetivos), ofrecen la posibilidad de producirse mediante el concurso de otra u otras personas, vinculadas eventualmente al proceso de elaboración del delito. El primer caso responde claramente a la fórmula singular acostumbrada por el Código Penal en la descripción de las conductas transgresoras del ordenamiento jurídico. En la mayoría de sus disposiciones se recurre a la expresión singular: "El que". Ejemplo, el artículo 397 dice: "El que sustraiga una cosa mueble ajena sin el consentimiento del dueño y con el propósito de aprovecharse de ella, incurrirá en prisión de seis meses a seis años". El último caso, de concurso eventual de varias personas en el delito, da origen a la figura conocida con el nombre de COPARTICIPACION CRIMINAL. Esa forma singular, que a priori podría trasladarnos a la división de los delitos en unisubjetivos y plurisubjetivos, no

es óbice alguno para que el punible descrito en la norma pueda verificarse mediante el concurso de varias personas. Efectivamente al adoptarse esta fórmula singular, se ha tenido en cuenta un criterio práctico de redacción, respaldado objetivamente con los numerosos casos diarios de delinquir que asumen esta característica, sin pretender trascender a la naturaleza propia de cada delito que, en muy contados casos, requiere el concurso de varias personas como elemento "SINE QUA NON" para su constitución jurídica, como ocurre con los delitos de asociación para delinquir, incendio y dolo, entre otros. En los delitos colectivo o plurisubjetivos es de su esencia la concurrencia de dos o más personas; en los unisubjetivos, la concurrencia de varias personas constituye una modalidad especial, accidental, eventual, con caracteres evidentes de una mayor peligrosidad social, que se conoce comúnmente con el nombre de COPARTICIPACION CRIMINAL, modalidad que es factible también en los delitos plurisubjetivos. Esta forma especial de asociación en la producción del delito la considera el Código Penal como una circunstancia de mayor peligrosidad, en el inciso 9º del artículo 37. El artículo dice: "Son circunstancias de mayor peligrosidad que agravan la responsabilidad del agente -en cuanto no se hayan previsto - como modificadoras o como elementos constitutivos del delito las siguientes: ...9º) El obrar con la complicidad de otro, previamente concertada".

La "SOCIETAS SCCELERIS" o asociación para el crimen es una aplicación práctica del principio real de que "la unión hace la fuerza", que tiene manifiesta operancia en el ejercicio de cualquier actividad humana. Su valor, su fuerza y su eficacia son evidentes y quienes desvían la bondad del principio para encauzarlo por los senderos oscuros del crimen solamente revelan su máximo grado de peligrosidad social. Los antecedentes judiciales lo demuestran objetivamente: quienes se asocian para delinquir revelan ostensiblemente que llevan en sus venas, por constitución psico-patológica o por perversión adquirida, en grado máximo, el virus canceroso del crimen. En cambio, el delincuente ocasional, que ordinariamente es un individuo de intachable proceder social, nunca recurre a la asociación delictiva. Su vinculación a un proceso penal obedece casi siempre a la necesidad de defender un derecho personal o a la exaltación súbita del ánimo en un momento determinado en presencia de una ofensa grave.

La coparticipación criminal tiene lugar "cuando, fuera de los casos de concurso necesario, concurren varias personas para la producción de un delito".

En otros términos hay coparticipación criminal cuando en cualquiera de las etapas del "ITER CRIMINIS" toman parte dos o más sujetos activos. En los casos de concurso necesario (delitos colectivos o pluri-subjetivos) intervienen también, generalmente, dos sujetos, pero uno activo y el otro pasivo.

Esta concepción genérica de la coparticipación criminal coincide en sus aspectos fundamentales con la tesis sostenida por el Doctor Gañón Mahocha en el sentido de que la coparticipación criminal es el género y la complicidad la especie; ésta es un aspecto de aquella.

De acuerdo con el anterior planteamiento se puede definir la coparticipación criminal así: consiste en el concurso activo de dos o más personas en la perpetración de un delito (de naturaleza singular o colectiva) o través de un común acuerdo (previo o espontáneo) de los coparticipantes.

El fundamento de toda sanción penal descansa esencialmente en el principio de la responsabilidad que es inherente a la naturaleza humana. En donde no pueda predicarse este atributo, falla la sistematización del ordenamiento jurídico y carece de razón de ser la estructuración jurídica del delito.

#### ELEMENTOS DE LA COPARTICIPACION:

Los elementos esenciales de la coparticipación criminal se desprenden lógicamente de su propia definición. Son los siguientes: a) Existencia, unidad e identidad del delito; b) Pluralidad de personas o sujetos activos en la producción del mismo; c) Conexidad consciente de acciones; d) Desarrollo o iniciación del "iter criminis".

a) EXISTENCIA, UNIDAD E IDENTIDAD DEL DELITO: La perpetración de un delito determinado constituye el objetivo final y

común de la asociación delictuosa. Esto, obviamente, no excluye la posibilidad de una posterior modificación en el título del delito cuando en el desarrollo del iter criminis - ocurriera la consumación de otro distinto, previsible quizás pero no intentando por los copartícipes en la ideación del resto.

La existencia de la coparticipación está condicionada necesariamente a la coexistencia de un delito en vía de ejecución. De ahí que no sea factible la coparticipación en un delito agotado, a no ser que haya habido acuerdo previo.

Al analizar este elemento de la coparticipación criminal, es conveniente precisar el concepto de delito. Este se define como la "acción típicamente antijurídica y culpable". Teniendo en cuenta esta definición, que es completa, en ausencia de cualquiera de sus elementos esenciales, se desvanece ipso facto la estructuración jurídica del delito, y, por ende, la noción de coparticipación criminal: donde no hay delito, no puede haber coparticipación criminal. Sin embargo - cuando el ejecutor material del delito o "autor principal", carece de culpabilidad, puede hablarse también, en sentido general, de coparticipación criminal, dado que en estos casos el agente causante o impulsador del delito se considera como autor mediate o indirecto del mismo y es precisamente el que asume toda la carga de la responsabilidad penal. Consecuentemente, puede afirmarse la existencia de la coparticipación

pación criminal, en un sentido amplio y general, puesto que como es obvio, de la simple concurrencia o coparticipación no se desprende necesariamente la consecuencia de la responsabilidad para todos los coparticipes. Se puede concurrir al delito aunque no sea imputable, aunque no quiera el hecho, e aunque no sea punible. Ser partícipe no es lo mismo que ser responsable de concurso. La responsabilidad es la obligación de sufrir las consecuencias jurídicas del delito y puede no recaer sobre todos los coparticipes.

La unidad e identidad se predicán, no del concurso, sino del delito, objetivamente considerado, sin establecer nexo alguno especial con los concurrentes que resultaren inimputables. Se entiende pues, que las distintas acciones de los coparticipes producen un delito determinado, a través de una integración armónica de los distintos aportes de los concurrentes, como una sola proyección delictiva.

b) FLURALIDAD DE SUJETOS ACTIVOS: La coparticipación criminal exige la intervención de dos o más sujetos activos en la producción del delito como elemento esencial para su constitución jurídica. Donde no haya pluralidad de sujetos activos no puede hablarse de coparticipación. Qué sucede si, en concurrencia de dos sujetos activos, uno de ellos es inimputable o no culpable o no punible? Sin duda alguna, puede lógicamente afirmarse la existencia de la coparticipación criminal puesto que, de la simple concurrencia no se colige la ca

pacidad delictual de todos los copartícipes. Si uno de los concurrentes, tratándose de dos, no es imputable o no es punible o no es culpable, no habrá lógicamente incriminación culpable contra él, pero de esta circunstancia no se deriva, en manera alguna, la negación de la coparticipación. De ahí que en estos casos se considere al "agente causante o determinante" como el autor mediate del delito, y, consecuentemente, responsable penal único como si fuera su exclusivo autor. Por consiguiente no hay lugar a responsabilidad contra el copartícipe en quien concurra la causal de exclusión, en los siguientes casos: a) Cuando el autor principal, inmediato o material del delito ha sido constreñido a cometerlo, mediante violencia física o moral; b) Cuando una persona comete un delito por error, inducida por engaño ajeno; c) Cuando la persona que comete el delito se encuentre en estado de sugestión hipnótica no consentida o en estado de alienación mental.

En los casos anteriores puede haber coparticipación criminal porque las personas aludidas están incluidas entre los participantes en el delito mismo, de acuerdo con nuestro estatuto penal, y, consecuentemente, se consideran como copartícipes en el hecho punible. Esta es la razón por la cual, el artículo 21 del Código Penal estatuye que "las circunstancias personales que disminuyan o excluyan la responsabilidad no se tendrán en cuenta sino respecto del autor o del cómplice en -

quien concurren".

e) CONEXIDAD CONSCIENTE DE ACCIONES: Así como la acción, en cuanto elemento del delito, entraña un doble carácter, físico y moral, igualmente ocurre en la coparticipación criminal en donde como factor integrante y elemental del tributo común de los concurrentes, se manifiesta bajo ese doble aspecto en la proyección del delito. El Doctor Gaitán Mahecha, - uno de los más ilustres juristas de la actualidad, se expresa de la siguiente manera en relación con la acción: "Jurídicamente debe entenderse por acción el acto humano voluntario; este acto es el elemento primario de todo delito. El hombre en cuanto delinque obra y en tal sentido actúa. De ahí que el concepto de acción es eminentemente dinámico y no estático. Sin acción no hay delincuente; un estado delictual sin acción es la negación del delito; cuando el positivismo penal supone el concepto de peligrosidad delictuosa - como cuestión previa al delito, construye una noción fuera del derecho, eminentemente sociológica. Hay acción cuando existe una conducta humana voluntaria, constada por un hacer o no hacer y que produce una mutación externa"

Así como se tiene en cuenta la unidad del delito, procedente del concurso de las fuerzas (moral y física) de la acción humana, igualmente se aprecian las distintas acciones de los concurrentes en una sola proyección virtual en relación con el todo que viene a ser precisamente el delito. De



donde se concluye que no puede concebirse lógicamente una co participación exclusivamente moral o puramente física, como úntes per se."

Si se tratase de una propuesta al delito (concurso moral), - no seguida de acción, estaríamos en presencia de un delito - autónomo, sancionado en el Código Penal en el artículo 211; si, por el contrario, hubiese concurso material inconsciente o no punible, habría lógicamente coparticipación, pero no - culpabilidad. Es admisible el concurso de un loco o de un niño en la coparticipación; pero de ahí no se desprende la culpa- bilidad individual que, por esencia, requiere la volunta - riedad consciente en el ejercicio de la acción física.

d) DESARROLLO O INICIACION DEL ITER CRIMINIS: Se puede parti - cipar en cualquiera de las etapas del iter criminis, ya en - su fase preparativa, bien en la ejecutiva, finalmente en la consumativa; pero, para que tenga lugar la coparticipación - orinal es indispensable que se produzca la exteriorización de la intención conjunta delictuosa. El pensamiento no es pu - nible; el Derecho Penal solamente valora hechos, conductas - que encajan plenamente dentro de los presupuestos punibles - (normas). La simple propuesta al delito no configura la co - participación criminal; si el instigado no complementa la acción psíquica del instigador, estaremos en presencia de un - delito autónomo, reprimido por el Código Penal como entidad jurídica independiente. De donde se concluye que la materia-

lización u objetivación del influjo causal inicial (impulso al crimen) es condición "SINE QUA NON" para que nazca jurídicamente la coparticipación criminal.

Si los actos inicialmente realizados son delictuosos, si tener en cuenta naturalmente la primera fase de la impulsión al delito que independientemente puede constituir el delito autónomo de instigación para delinquir (artículo 211 del Código Penal) surge únicamente la coexistencia jurídica de la coparticipación criminal.

FORMAS DE LA COPARTICIPACION CRIMINAL:

La manera como cada copartícipe aporta contribución a la realización del delito es muy distinta, considerada cualitativa y cuantitativamente. La diversidad específica que se presenta en la naturaleza de los distintos aportes individuales obedece a la existencia de elementos heterogéneos en la incidencia causal de las contribuciones particulares, según la función que cumplan en el proceso de producción del delito. Puede proponerse una distinción entre ellos según los siguientes factores:

- a) FOR LA CALIDAD: Desde el punto de vista de la calidad, la contribución aportada puede ser: moral o psíquica, en cuanto significa el influjo determinante de una voluntad sobre la decisión de obrar de otra persona; física o material, cuando la contribución aportada se desarrolla en la fase eje

cutiva del iter criminis; y mixta cuando se aporta contribución de uno y otro orden. Según Carrara estas tres modalidades se denominan, en su orden: a) Concurso de voluntad sin concurso de acción; b) Concurso de acción sin concurso de voluntad; c) Concurso de voluntad con concurso de acción.

El fundamento de esta división descansa en la naturaleza de la acción humana como elemento principal en la producción del delito. La acción está integrada por dos fuerzas: la volición consciente (fuerza moral) y la exteriorización objetiva de la intención (fuerza física). Inteligencia y voluntad son pues, dos factores esenciales y característicos en todo acto humano. De donde, como la acción es elemento esencial del delito, se concluye necesariamente que todo delito contiene implícitamente esas dos fuerzas y que, consecuentemente si falta una de ellas desaparece "ipso facto" la noción elemental de delito.

Comoquiera que la coparticipación criminal es el resultado de las acciones coordinadas de varias personas en la producción consciente de un delito, también forzosamente hemos de encontrar en ella los elementos esenciales del acto humano, como resultado que es de la proyección conjunta de las fuerzas individuales de los concurrentes.

Esta es la razón por la cual, considerado el delito en su proceso de integración jurídica, se puede concurrir en cualquiera de las fases del iter criminis, desde el punto de vis

ta moral, material o mixto,

b) POR EL GRADO: Es factible medir la contribución de cada uno de los partícipes o, por el contrario, bastará equiparar los distintos aportes bajo un mismo coeficiente de causalidad? La mayoría de los tratadistas ha acogido el criterio de la distinta valoración de los aportes y repudiado el índice común de contribución causal en la producción del delito, con fundada razón. De acuerdo con el primer criterio, se distingue entre participación principal o primaria y participación accesoria o secundaria. Es principal cuando el aporte se hace efectivo en la fase consumativa del delito; y secundaria cuando la contribución tiene lugar en cualquiera de las restantes etapas del "iter criminis". Los que intervienen en la fase consumativa generalmente se denominan coautores, correos y los restantes se llaman cómplices.

c) POR LA EFICACIA: Según la eficacia de su aporte, éste puede ser necesario o contingente, conforme su incidencia causal en el resultado. Si faltando determinada contribución el delito no puede producirse, se trata de un aporte necesario; cuando no obstante faltar el aporte, el resultado se produce, se trata de un aporte contingente. La calificación de la necesidad o su contingencia debe verificarse en abstracto, por que "en concreto y a posteriori todo acto de concurso aparece como necesario".

El artículo 19 del Código Penal se refiere a la complicidad

necesaria, al disponer que "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 establecida para el delito. En la misma sanción incurrirá el que determine a otro a cometerlo".

A la complicidad contingente se refiere el artículo 20, cuando dice: "El que de cualquier otro modo coopere a la ejecución del hecho o preste una ayuda posterior, cumpliendo promesas anteriores el mismo, incurrirá en la sanción correspondiente al delito, disminuída de una sexta parte a la mitad".

d) FOR EL TIEMPO: En relación con el tiempo, la contribución puede apotarse antes de la consumación del delito, en el momento de la consumación o con posterioridad a su consumación.

a) La coparticipación es antecedente cuando se lleva a cabo en las etapas previas a la consumación, ya en la forma de la instigación o mediante la ejecución de actos preparatorios o consistentes en actos inequívocos encaminados directamente al fin criminoso. Para medir la responsabilidad se tiene en cuenta el grado y la eficacia de la contribución, con fundamento en el principio de causalidad.

b) La coparticipación es concomitante cuando se interviene en la etapa consumativa del delito. Los momentos de la consumación del delito pueden ser muchos y cuantos participantes intervengan en ellos se denominan autores, coautores o correos en cambio, el momento de la perfección del delito es ontoló-

gias y jurídicamente uno solo; está representado por aquel instante en que el derecho queda quebrantado definitivamente por la acción antijurídica.

c) La coparticipación subsiguiente. En este caso es requisito indispensable que el concurso que se presta con posterioridad a la consumación del delito obedezca a un acuerdo previo, a una promesa anterior a la consumación.

Esta forma de coparticipación es siempre secundaria; su regulación jurídica la contiene expresamente el artículo 20 que dispone: "El que de cualquier otro modo coopere a la ejecución del hecho o preste una ayuda posterior cumpliendo promesas anteriores al mismo, incurrirá en la sanción correspondiente al delito, disminuída de una sexta parte a la mitad".

TERIA DE SCIPIO SIGHELE: LA PAREJA CRIMINAL; LA MUCHEDUMBRE

DELINCUENTE:

Entre los positivistas el que más se ha destacado en el estudio del aspecto psicológico del delincuente, principalmente en su modalidad colectiva, ha sido Scipio Sighele.

Para Sighele el concurso de varias personas en un mismo delito constituye siempre una circunstancia agravante, cuando está precedido por la complicidad premeditada.

Sighele apoya su tesis en los datos estadísticos, según los cuales la asociación se presenta siempre en los delitos más

graves (asesinato y robo); en segundo lugar advierte que los delincuentes que más propensión tienen a la asociación delictiva son los natos y los habituales; y finalmente, sostiene que la asociación produce siempre un resultado delictuoso de mayor gravedad social que el producido por los casos particulares. La aplicación práctica de estos principios la desarrolla Sighele en la llamada "Pareja Criminal".

Partiendo de su punto de vista psicológico, la "Pareja Criminal" tiene su razón de ser en el fenómeno de la sugestión; los dos individuos que componen la pareja se llaman; el uno INCUBO y el otro SUCUBO, terminología que, entre otras cosas es bastante rara. El incubo es aquel de quien procede la sugestión y que, generalmente, es un delincuente nato; el súcubo es quien recibe la sugestión y que corresponde ordinariamente a un delincuente ocasional.

De lo anterior se concluye:

- a) La dualidad en la comisión de un delito se debe considerar como circunstancia agravante;
- b) En temibilidad uno y otro se equiparan: el súcubo, dado su profundo grado de impresionabilidad o debilidad mental, casi iguala en temibilidad al incubo.

Sighele sostiene que en la coparticipación de dos personas en el delito resulta mayor la gravedad del hecho criminoso, objetiva y subjetivamente considerado. Generalmente, el súcubo es un instrumento en manos del incubo, es un débil men-

tal, cuya debilidad se expone ampliamente a la voluntad del delincubador. La deficiencia en la determinación autónoma del súcubo sirve de base a Sighele para considerarlo tan temible como el incubador.

#### LA MUCHEDEUMBRE DELINCUENTE:

Las características de esta modalidad delictiva son específicas y proceden de un elemento común: el psicológico. En la muchedumbre se produce un contagio compacto y creciente en relación con la finalidad de cometer uno o varios delitos; incitados a él, rápidamente se acoge y se difunde la idea y toman parte todos espontáneamente; en esta forma, todos los concurrentes, todos los miembros de la muchedumbre, actúan impulsados por el contagio tumultuoso. Los sentimientos malvados, perversos y antisociales se apoderan de todos, de la multitud compacta, eclipsando el sentimiento de la bondad, del bien, de la cordura. Se presenta una serie de anarquía delictuosa que se precipita al desorden, al caos, al crimen, como válvula de escape multitudinario y termina por imperar desordenadamente la turba inconsciente en la comisión de los delitos más diversos.



CAPITULO III

DE LA ASOCIACION PARA DELINQUIR

EL DELITO SEGUN EL CODIGO PENAL ANTIGUO (LEY 19 DE 1.890)

CUADRILLA DE MALHECHORES:

ARTICULO 248: Es "cuadrilla de malhechores" toda reunión o asociación de cuatro o más personas, mancomunados para cometer, ya juntos, ya separadamente, pero de común acuerdo, algún delito o delitos contra las personas o contra las propiedades, sean públicas o privadas.

ARTICULO 249: Los jefes, directores o promovedores de estas cuadrillas, por solo serlo, y aunque no cometan otro delito, serán castigados con la pena de dos a cinco años de presidio.

ARTICULO 250: Los demás cuadrilleros, por solo serlo, sufrirán de uno a tres años de presidio.

ARTICULO 251: Hay asalto en cuadrilla de malhechores cuando tres por lo menos, de los cuadrilleros, cometen el delito o delitos sorprendiendo desapercibidos las personas en el lugar del crimen.

ARTICULO 252: El caso más grave en el asalto en cuadrilla de malhechores tiene lugar cuando va acompañado de homicidio voluntario, violación de mujer o mutilación o lesión deliberada que deje impotente o ciego al ofendido. Este delito se castigará con pena de muerte.

ARTICULO 253: Los individuos que, a sabiendas, suministraren a los cuadrilleros armas, municiones u otros instrumentos, o les dieran avisos o acogida, o les faciliten lugar de reunión o seguridad, serán castigados, por este solo hecho, con la pena de presidio por uno a dos años; sin perjuicio de las otras en que incurran conforme a la Ley.

ARTICULO 254: Cuando las cuadrillas de malhechores, o alguno o algunos de los que las componen, cometieren uno o más delitos de aquellos para los cuales se han mancomunado, los culpables de su comisión sufrirán las penas correspondientes a esos delitos, además de las que aplican los artículos anteriores, por el solo hecho de pertenecer a la cuadrilla. Los demás afiliados a dicha cuadrilla se considerarán y castigarán como cómplices de los delitos cometidos por sus compañeros, siempre que ellos sean de la clase para cuya perpetración se mancomunaron. Si no se descubriere cuál de los cuadrilleros es el autor de dicho delito, se considerará como autor o autores a los directores o jefes de la cuadrilla. Si tampoco se conocieren los jefes o directores, todos los cuadrilleros deben responder como autores. Si los delitos que cometieren fueren diversos de aquellos para los cuales se formó la cuadrilla, se castigará a los que sean responsables de ellos, como si no existiere tal cuadrilla.

ARTICULO 255: Los saltadores de caminos, por sólo el hecho de serlo, si no pudieren reputarse como cuadrilleros, sufri-

rán la pena de uno a tres años de presidio.

Para que aparezca el fenómeno específico de la "Cuadrilla de Malhechores", es indispensable que ésta tenga la fisonomía - de una organización, de una asociación de carácter permanente, sometida como toda organización primitiva o avanzada, a ciertas normas, a ciertas tendencias y, sobre todo, a un fin común y definido. Por otra parte, requiere dos elementos indispensables a saber: La pluralidad de elementos que obedecen y la unidad en el comando que gobierna. La cuadrilla de malhechores de la antigua legislación (Artículo 248 del Código Penal de 1.890) no discrepa, como figura penal, de la Asociación para delinquir a que se refiere el artículo 208 del Código de 1.936, pues si ésta añade a sus elementos el de ser permanente, aquélla, según la doctrina y la jurisprudencia, ya le había incluido como factor esencial de la cuadrilla. -

Considérese pues, la banda o asociación del nuevo estatuto o la cuadrilla del antiguo, siempre será una asociación permanente de varias personas bajo la dirección de alguna de ellas organizada previo mutuo acuerdo de voluntades con fines de lucro y provecho común para la comisión de una o varias especies de delitos.

La cuadrilla de malhechores como la llamaban antiguamente y la asociación para delinquir como se designa actualmente están configurados por el mismo carácter, es decir la forma permanente para cometer delitos indeterminados.

DEFINICION.- ANTECEDENTES:

Según el Diccionario de la Real Academia Española "ASOCIACION" quiere decir "Asociarse o reunirse dos o más personas" con algún fin, en el caso de la Asociación para delinquir será "Asociarse con el fin de cometer varios delitos".

Los antecedentes inmediatos de este delito se encuentran en los Códigos Sardo-Italiano y Toscano, y en el artículo 248 del Código Penal derogado.

Es curiosa la opinión de Manzini, quien no tiene por asociaciones para delinquir las sociedades anarquistas, ni las pandillas de topistas o de barrabases, en tanto que reserva la calificación de sociedades criminosas a la mafia y la camorra. En efecto, "la mafia" es un hecho indudablemente anti-jurídico, por cuanto tiende a sobreponer y contraponer sus propias leyes al ordenamiento estatal, y por esto asume carácter delictuoso; pero no siempre es un hecho asociativo. Hay mafiosos asociados, pero los hay también no asociados, independientes, que desprecian toda autoridad que no sea la de su propia fuerza, y desdeñan todo prestigio que no sea reflejo de su valor personal. Con frecuencia "la mafia", más que un vínculo asociativo, es un estado de ánimo, una forma de hipertrofia del "yo", un modo de sentir completamente individual, de hombres y pueblos, que habiendo en otros tiempos perdido la confianza en el poder público, no creen sino en la justicia privada. "La mafia" es un producto social, o mejor, un -

correlativo del Estado débil y agnóstico, por eso floreció en Sicilia en la segunda mitad del siglo XIX bajo gobiernos que hicieron de ello su fiel aliado en las competencias electorales. Cuanto más se baja el Estado, tanto más se alza la mafia.

FUNDAMENTO FILOSOFICO:

El principio de asociación radica indiscutiblemente en la naturaleza humana. La sociedad es la resultante de esa inclinación instintiva que caracteriza a todos los hombres y que los mueve, casi en forma inconsciente, a la asociación; es decir, el asociarse proviene directamente de un principio interior del hombre, immanente a su naturaleza racional. Esa inclinación innata y común a todos los hombres se perfecciona diariamente y sus aplicaciones prácticas se extienden cada vez más, abarcando numerosísimas actividades. En virtud de este principio, el hombre se asocia con sus semejantes, con la fundada certidumbre de obtener mejores resultados en el ejercicio de sus actividades. Las entidades jurídicas, en su existencia surge inicialmente de la asociación de varias personas, con consecuencia de ese principio inherente a la naturaleza humana y lo mismo puede decirse de las empresas en general. La organización técnica de la asociación acelera el progreso industrial de los pueblos y facilita la conquista de las más altas metas en todos los campos de la activi -

dad humana.

Lamentablemente, en forma negativa, los delincuentes de mayor peligrosidad social (de tendencia instintiva, profesionales y habituales) son los que ordinariamente recurren a este sistema en detrimento de la sociedad.

FUNDAMENTO JURIDICO:

La regulación del delito de asociación para delinquir dentro del ordenamiento jurídico obedece a la posibilidad que tiene todo delito de ser perpetrado mediante la actividad de varias personas. Esa pluralidad de sujetos en la configuración del delito configura el fenómeno jurídico de "Asociación para delinquir". Siendo esto así, por una parte, y como quiera que la proyección del delito a través de varias personas reviste características especiales, es necesaria la adopción de normas especiales que regulen esta modalidad delictiva, de acuerdo con su naturaleza propia y principalmente en cuanto se refiere con la responsabilidad individual de los asociados.

ELEMENTOS DEL DELITO:

Son elementos de la asociación para delinquir los siguientes:

- 1) Tres o más personas. Este requisito o elemento se refiere a la pluralidad de agentes activos de la infracción, que no pueden ser menos de tres. Asociarse denota el acuerdo de dis

tintas voluntades, de modo permanente, para conseguir un fin común. Pero en el hecho asociativo hay algo más que un acuerdo. El simple acuerdo para cometer un delito no es punible, si el delito no es cometido. Lo que cambia el acuerdo en asociación y lo hace punible, es la organización con carácter estable;

2) Organización o asociación en sí misma. Entre los asociados debe haber una verdadera organización y jerarquía, es decir, que hay unos que mandan y otros que obedecen. Sin un mínimo de asociación no hay el delito que comentamos. La organización debe ser reconocible por cualquier medio, de la cual se destaque la ayuda recíproca de los asociados.

3) Agrupación con permanencia y mancomunidad. Este elemento da la idea de una sociedad cuyos miembros están ligados entre sí con una responsabilidad que les es común y debe tener un carácter permanente, para diferenciarla de aquellas sociedades delictivas que se forman con fines ocasionales y transitorios.

4) Objeto que persigue o sea el propósito de realizar delitos de cualquier naturaleza. No es suficiente, pues, el carácter amoral sino el criminoso. Una asociación constituida para contrariar normas más o menos aceptadas de costumbre, religión, ética, carece de esencia delictiva conforme al artículo 208. Es necesario demostrar en cada caso que la asociación está constituida con el objeto de cometer determinados delitos es decir sin especificar un delito especial.

DIFERENCIA ENTRE ASOCIACION PARA DELINQUIR Y COPARTICIPACION  
CRIMINOSA:

El delito de asociación para delinquir (*societas delinquen -  
tium*.- asociación de delincuentes) se distingue de la copar -  
ticipación criminosa (*societas sceleris, delinquendi*.- aso -  
ciación en un crimen, en un delito), porque la coparticipa -  
ción supone un delito realmente existente (consumado o tente -  
do), mientras la asociación supone delitos intencionalmente  
existentes, o sea, como fin de la asociación criminosa, por  
lo cual los partícipes son castigados "por el solo hecho de  
participar en la asociación. Además la coparticipación es u -  
na asociación ocasional para cometer uno o más delitos deter -  
minados, mientras la asociación para delinquir tiene carácter  
permanente, dirigido a cometer una serie indeterminada de de -  
litos. Por este aspecto la asociación para delinquir consti -  
tuye un delito colectivo perfectamente autónomo y autónomo -  
no solo ante la figura de la coparticipación, sino respecto  
a cada uno de los delitos cometidos por cada asociado.

En la asociación para delinquir debe haber alguna fase prepa -  
ratoria, preordenada a la consumación de delitos en general,  
en la que precisamente se manifiesta la actividad organizado  
ra, característica del fin del *le: "societas sceleris"*; en -  
cambio, en el concurso de varias personas en un mismo delito,  
los agentes no preparan ningún organismo, pues limitan su ac -  
ción a la consumación, en concurso, de un delito determinado;



así que consumado este, ya no tiene razón de ser el acuerdo. No hay que confundir el acuerdo entre dos o más personas para cometer un delito, con la "societas sceleris". El acuerdo es un encuentro de voluntades dirigidas a conseguir un fin común, que se agota apenas ha sido consumado el delito. En cambio, la "societas sceleris", supone una verdadera organización, es decir, un encuentro de voluntades acerca de un programa delictuoso, de carácter permanente o de alguna duración, y acompañado de la disposición previa de los medios, de la distribución de materias o tareas entre los asociados y de un fin común.

Para que haya asociación para delinquir no se necesita una organización perfecta, de tipo social, pues basta un organismo aún rudimentario, con tal que sea eficiente para su objeto; ni es preciso que todos los componentes de él se conozcan personalmente entre sí, pues bastan que conozcan la necesidad del vínculo que los une. El carácter permanente de la asociación es lo que la distingue de la coparticipación. Es necesario que el Juez abra muy bien los ojos para no confundir estas dos formas distintas de actividad criminal, teniendo presentes estas palabras: "El elemento cardinal e indispensable de una sociedad criminal o de una asociación de malhechores, es que conste de organización permanente". Los acusadores olvidan con frecuencia este criterio, pues cuando ven un cierto número de personas accidentalmente reunidas pa

ra cometer algún delito, corren veloces a darlos, sin más ni más, el título de asociación de malhechores.

LA FIGURA BASICA TIPIFICADA EN EL ARTICULO 208 DEL CODIGO PENAL COLOMBIANO. ANALISIS DEL ARTICULO.

ARTICULO 208.- Modificado por el Decreto 2525 de 1.963, Artículo 3º: "Cuando tres o más personas se asocien con el propósito de cometer delitos, cada una de ellas incurrirá por este solo hecho, en la pena de cinco a catorce años de presidio, - sin perjuicio de la sanción que le corresponda por los demás delitos que cometa.

A la misma pena quedarán sujetos quienes fueren sorprendidos armados, en número de tres o más, en el momento de cometer o intentar cometer homicidio, robo, extorsión, secuestro, violencia carnal o algún delito contra la salud y la integridad colectivas, sin perjuicio de la sanción que les corresponda - por estos delitos; o quienes fueren encontrados, en número de tres o más, recorriendo arrados poblaciones, campos, vías públicas o caminos, si tuvieran antecedentes penales o hicieran resistencia a la autoridad.

La pena se aumentará de una tercera parte a la mitad para los promotores, organizadores, jefes o directores de la asociación o banda.

El que, fuera de los casos de concurso en el delito y encubrimiento diere refugio o auxiliare en cualquier forma a alguna

o algunas de las personas que participan en la asociación o banda, será sancionado con la pena de dos a cuatro años de prisión. Esta sanción se aumentará al doble si el refugio o auxilio se suministraren en forma reiterada.

En los casos previstos en el inciso anterior no habrá lugar a responsabilidad penal si el refugio o auxilio se diere al cónyuge o a un pariente dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad".

OBJETO de esta acriminación es la necesidad de impedir que se formen sociedades criminosas, encaminadas a cometer delitos, con peligro permanente de orden público. Se trata pues de un delito de peligro que constituye una excepción al principio del artículo 115, según el cual el acuerdo entre varias personas para cometer un delito no es acriminable, si éste no se ha cometido.

AGENTE puede ser únicamente una pluralidad de personas (delito colectivo), que la Ley fija en el número mínimo de tres a diferencia del Código de 1.889, que exigía el concurso de cinco personas por lo menos. Todos los componentes tienen que ser imputables; por lo tanto, no integran ese número los enfermos mentales, los menores de 14 años, etc.

OBJETO DE LA ACTIVIDAD ASOCIATIVA pueden ser únicamente delitos, no contravenciones; delitos se entiende previstos por el Código Penal o por leyes especiales y deben ser varios. Formarse de acuerdo para cometer un solo delito, no es ac -

ción punible si aquel no es cometido; pues si se comete, entramos en la hipótesis de concurso en un mismo delito.

CONSUMACION. El delito se consuma en el momento mismo en que tres o más personas se asocian para cometer delitos, es decir apenas se promueve, se constituye o se organiza la asociación, o apenas se entra a formar parte de ella. La consumación se prolonga hasta que la asociación se acabe (por disolución de la sociedad o por arresto de los asociados); porque en efecto, se trata de un delito típicamente permanente.

LA TENTATIVA no es configurable. Cuando la asociación ha sido únicamente promovida, pero no constituida, no hay tentativa, como han sostenido algunos, pero tampoco hay delito, por hallarnos ante actos preparatorios no idóneos.

LA IMPUTABILIDAD es a título de dolo específico, o sea conciencia y voluntad, existentes a lo menos en tres agentes, de asociarse con el fin de cometer delitos.

LA PENA es de reclusión de tres a siete años, para los promotores, fundadores, organizadores y jefes de la asociación; y uno a cinco años para los partícipes.

AGRAVANTE que aumenta la pena de cinco a quince años, es la circunstancia de que los asociados recorran armados los campos o caminos públicos.

Estar "armados" significa llevar armas. "Recorrer" no significa únicamente pasar por los campos o los caminos rurales, sino hacer correrías, es decir, destruir, cometer depredación

nes, simular el terror, al pasar de un lugar a otro; en suma ejecutar actos de verdadero y propio bandolerismo.

FELIGROSIDAD DE LAS ASOCIACIONES DELICTIVAS:

La unión de varias personas para cometer toda clase de delitos, colocándose así al margen de las actividades sociales - normales, constituye siempre un peligro común para la seguridad. Las bandas depradoras, aunque naturalmente responden a épocas de desequilibrio económico y político, fueron siempre perseguidas no sólo por los agentes de la autoridad, sino por toda la población.

Las formas de asociación han variado con el perfeccionamiento de la técnica. De simples reuniones para el asalto en des poblado, sometidos en ocasiones al capricho de un jefe, llegan hoy a integrar verdaderas organizaciones, respaldadas - por fuerte capital y con medios mucho más aptos para producir los resultados queridos que aquellos de que puede disponer el poder instituido para perseguirlas.

Entre los cuadrilleros del capitán Rolando y el gangsterismo de Al Capone existe una gran distancia histórica, aliviada por diferencias sustanciales en todos los aspectos de la vida. Las bandas de malhechores no están hoy precisamente en - los campos, donde muy poco rendimiento pueden obtener con la revolución de los transportes que colocan la presa fuera del alcance de sus manos, sino en los centros populosos; no tan

sólo en las barriadas, cuanto en los lugares donde la común opinión se niega a aceptar la presencia del crimen.

Si fueron peligrosas las cuadrillas de asaltantes en los casinos solitarios, mucho más peligrosas son las organizaciones contemporáneas constituidas para violar las normas legales, ya que en éstas no media únicamente la fuerza sino también la astucia, el trabajo coordinado en busca de un rendimiento satisfactorio para sus componentes.

RESPONSABILIDAD SEGUN LA CALIDAD DEL AGENTE:

El artículo 208 del Código Penal distingue dos clases de sujetos activos: Los directores o jefes de la banda y los que simplemente tomen parte en ello sin mando ni dirección. A los primeros se les aumenta la pena hasta en una tercera parte, según el artículo 208.

Sin embargo, la cuantía de la pena quedó modificada dos veces en el curso de un año, por disposición de los Decretos Extraordinarios 957 de 1.950 y 2184 de 1.951. El primero aumentó, en una tercera parte tanto el mínimo como el máximo de la sanción, y el segundo elevó al doble el mínimo de ésta. Se trata de dos aumentos sucesivos, hechos sin criterio técnico, pretendiendo reprimir con ello ciertos focos de agitación política, calificados de bandiderismo, que estallaron en el país después del mes de Abril de 1.948. Nuevamente el espíritu causista vuelve a inspirar reformas penales que debieron haber

es estudiado previamente por los criminólogos.

El artículo 1º del Decreto-Ley 2184 de 1.951 exceptúa del aumento que el propio decreto establece como norma general, - las penas que antes de su promulgación habían sido ya agravadas.

#### LA ASOCIACION Y LA MERA PARTICIPACION:

Los antecedentes históricos que justifican la represión para esta clase de actividades, concluyeron en una apreciación legislativa más o menos uniformes. El artículo 248 de la Ley - 19 de 1.890 no hablaba de asociación, sino de "cuadrilla de malhechores", cuya naturaleza definía claramente. Y así otros Códigos.

El peligro social existe desde el instante en que se constituye la banda, y la represión comienza aún antes de haberse ejecutado algún delito. Es otro caso de intervención judicial para sancionar los actos preparatorios. La doctrina clásica que aconsejaba su impunidad, tiene que ceder ante la realidad del crimen colectivamente proyectado. Trátase pues de una infracción formal.

La simple participación de varios sujetos en un delito difiere de la asociación para delinquir, en lo siguiente:

a) La asociación tiene un carácter permanente, sea o no limitado, en tiempo más o menos corto o más o menos largo, - mientras que la mera participación termina con la ejecución

especial propuesta.

b) La asociación requiere el propósito de coordinar las fuerzas para diversos fines punibles, mientras que la mera participación hace referencia a una actividad especial. En la primera se quieren indistintamente varios delitos: hay un dolo genérico (dirigido a varios fines); en la segunda se quiere precisamente una forma delictiva, o un conjunto de formas: - hay un dolo específico dirigido a un fin concreto.

c) La asociación requiere la conciencia en todos y cada uno de los asociados del vínculo social y del número requerido - para las infracciones en perspectiva, mientras que no es necesaria esa conciencia en la mera participación. Muchas veces ésta sobreviene de pronto, sin previa maduración de la voluntad criminal.

PLURALIDAD DE PERSONAS EN EL DELITO:

Aunque el delito sea cometido por una, por dos, por tres, por cuatro, el daño inmediato es siempre uno mismo; pero su fuerza moral objetiva crece, no tanto en razón de la audacia que adquieren los malhechores al estar unidos, cuanto por la probabilidad del peligro de daños ulteriores y distintos. Es fácil prever que el delincuente será sorprendido por otra persona, y así como es probable, si está solo, que haya al ser sorprendido, es de temerse, si son varios, que resistan al que los sorprende. Es un hecho que los delitos cometidos por varias personas excita, por esta sola causa mayor espanto.



Por esto la idea de ver una agravante en el número de los delincuentes, es muy razonable y conforme a los principios.

#### DIVERSAS FORMAS DE ASOCIACION:

Por el aspecto histórico las asociaciones de ciudadanos privados, constituidos sin autorización gubernamental, presentan tres fases distintas:

1) LAS ASOCIACIONES COMETIDAS CON EL FIN DE COMETER DELITOS: Son y deben ser castigadas en todo gobierno como delito autónomo, a causa del peligro social que resulta del solo hecho de formarse. La ciencia y los Códigos contemporáneos las contemplan bajo el nombre de "Sociedades Criminosas o Asociaciones de Malhechores". Elemento cardinal e indispensable de este título delictuoso es que conste de una "Organización Permanente". Cuando una parte de los asociados, reunidos en cierto número, tiende a agredir los derechos ajenos, toma el nombre de "Banda". Estas formas de delitos entran en la violencia pública.

2) LAS ASOCIACIONES CONSTITUIDAS CON EL FIN DE DERRIBAR EL GOBIERNO, O CAMBIAR SU FORMA, O COMETER ACTOS HOSTILES CONTRA LOS GOBERNANTES: También son consideradas como delitos y castigadas en todas las naciones, más pertenecen a los delitos políticos directos y sobrepasan el título de violencia pública a causa de su fin especial. En razón de éste, estas asociaciones toman el título de "Conspiración o Conjunción"; Así como la asociación degenera en banda (pero sin cambiar de

clase), cuando una parte de los asociados se reúne para realizar los delitos que la asociación se propone, así la conspiración, sin cambiar de clase, degenera en alta traición - cuando una parte de los conjurados emprende actos hostiles - contra el gobierno.

3) LAS ASOCIACIONES CONSTITUIDAS CON ALGUN FIN HONRADO: Son o no delito, según la forma de gobierno con que se rija el país. Los gobiernos despóticos no admiten en la sociedad civil sociedades privadas, por temor de que en cualquier momento los ciudadanos, ya unidos entre sí por una asociación, aunque honrada y útil, pueden crearle impedimentos a la acción gubernativa. En esos Estados no puede constituirse ninguna asociación privada sin permiso del gobierno, y al hacerlo se declara delito, al que se le da el título de "Sociedades Secretas".

Las asociaciones privadas con fines ilícitos, son delito y deben ser castigadas; las asociaciones privadas con fin lícito, de placer, de utilidad, deben en estas formas de gobierno permitirse libremente, mientras no degeneren en busca de otros fines o de actos por sí mismos delictuosos.

CONCLUSIONES

Una cosa es el delito de asociación para delinquir, reprimido en el título V del Código Penal y concretamente en el artículo 208 de la misma obra, y otra cosa es la noción de co-participación criminosa, codeincuencia o complicidad en sentido lato, de que se ocupan los artículos 19 y 20 del Código Penal.

Todo delito puede ser cometido por una sola persona o por varias, que intervienen o cooperan con mayor o menor eficacia en su concepción, preparación o ejecución. El problema que surge en este caso es el de saber cuál es el volumen o la importancia individual de esa cooperación, para poder graduar la responsabilidad e imponer una pena adecuada y justa. Pero pretender que un acto violatorio de la Ley, por el hecho de haber sido ejecutado por varias personas, constituya el delito de asociación para delinquir, es cosa que no se puede aceptar jamás. Según esta tesis, todo delito realizado en común o en complicidad, sería a la vez delito de asociación para delinquir, o de cuadrilla de malhechores, como lo denominaba el anterior Código Penal.

Al erigir en delito la asociación para delinquir, quiso el Código Penal, sancionar uno de los más graves atentados contra la seguridad de los ciudadanos, uno de los hechos más repugnantes y oscuros que puedan cometerse, un hecho que caracte-

84

riza a los verdaderos y poco numerosos delincuentes profesionales: el de constituir una banda organizada para cometer delitos en forma permanente, el de dedicarse al crimen en forma sistemática. Es el caso aquí en Colombia del llamado Ejército de Liberación Nacional (ELN), el tan famoso actualmente M-19 quien en los últimos años han cometido los más desastrosos crímenes, entre otros, el robo de la espada de Bolívar y recientemente el asesinato del líder sindical José Riquel Mercado. Existen otras bandas que sin tener un nombre específico se dedican al secuestro, en sus diversas formas, el de personas incluyendo aquí no solamente, de mayores, sino también una forma más baja y vil, como es el de niños y también el secuestro de aviones, tan caracterizado en los últimos años.

Por eso el gobierno, la sociedad, debieran hacer algo para ir eliminando poco a poco dichas bandas o asociaciones, que conllevan a la intranquilidad, a la zozobra, al caos, que corrompen y llevan el mal ejemplo. De lo contrario dichas bandas, asociaciones, cuadrillas o como quiera llamárseles seguirán acrecentando cada vez más, que llegará el día en que el país perderá por completo la tranquilidad pública.

El Autor.

BIBLIOGRAFIA

TRATADO DE DERECHO PENAL ITALIANO ..... MANZINI

DERECHO PENAL. PARTE ESPECIAL ..... GIUSSEPPE MAGGIORE

DERECHO PENAL COLOMBIANO. PARTE ESPECIAL ..... LUIS CARLOS PEREZ

ELEMENTOS DE DERECHO PENAL ..... CARLOS LOZANO Y  
LOZANO

PROGRAMA DE DERECHO CRIMINAL. PARTE ESPECIAL .... FRANCISCO CARRARA

CODIGO PENAL COLOMBIANO ANTIGUO (LEY 19 DE 1.890)

JURISPRUDENCIA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

CODIGO PENAL COLOMBIANO ACTUAL