

## AUTORÍA Y PARTICIPACIÓN

Claudia LINARES\*

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Concepto de autor de la corriente penal finalista*. III. *Concepto de autor del modelo lógico del derecho penal*. IV. *Conceptos de autor en el modelo lógico y en la corriente penal finalista*. V. *Conclusión*.

### I. INTRODUCCIÓN

El fenómeno de la autoría y la participación ha sido uno de los temas más controvertidos en la ciencia del derecho penal. Ello se debe, por una parte, a que este fenómeno ha sido observado y valorado de muy diversas formas por los estudiosos del derecho penal. En las diversas soluciones teóricas que proponen se notan los fundamentos de las corrientes penales de las que son partidarios.

También existen opiniones encontradas en relación con este tema, debido a la relevancia que conlleva, porque dependiendo de las conclusiones a las que se arribe, un sujeto puede ser calificado como autor o como partícipe, lo cual repercute indudablemente en el ámbito de la punibilidad.

Han sido varios los modelos que intentan darle explicación a estas figuras, algunos más apegados que otros a los principios<sup>1</sup> de un derecho penal moderno, propio de un Estado social y democrático de derecho.

Para algunos iuspenalistas, todos los que intervienen en la producción del resultado previsto por un tipo penal son autores; por tanto, niegan la existencia de los partícipes. Por el contrario, para otros tratadistas, el delito

\* Ministerio Público, titular de la Procuraduría General de la República.

<sup>1</sup> Este artículo encuentra su basamento en la tesis doctoral de la autora, presentada con el mismo título, mediante la cual obtuvo el grado de doctora en derecho por la UNAM.

es el resultado de la conducta delictiva de los autores apoyados por los partícipes; por ende, se ven en la necesidad de distinguir entre unos y otros, y admiten el principio según el cual la existencia del partícipe se encuentra supeditada a la del autor.

Toda esta problemática ha dado lugar a la elaboración de múltiples teorías, las cuales se encuentran apoyadas, algunas veces en criterios objetivos, otras en criterios subjetivos, o bien, en ambos. Sin embargo, tienen rasgos en común que permiten agruparlas en tres construcciones teóricas diferentes; el concepto unitario de autor, el concepto extensivo de autor y el concepto restrictivo de autor.

El concepto unitario de autor, al basarse en la teoría de la equivalencia de las condiciones, rechaza toda distinción entre autor y partícipe, rechazo que ocasiona la negación de todo vínculo de accesoriedad entre las conductas de los diversos intervinientes en el hecho.

El concepto extensivo de autor parte de premisas muy similares al unitario, pero ante la presencia de preceptos que distinguen entre autores y partícipes en el derecho positivo, se ve en la necesidad de buscar criterios de distinción, los cuales generalmente encuentra en el terreno subjetivo, es decir, en el *animus* con el que el sujeto actúa. En este concepto, las normas que prevén la participación en sentido estricto son causas de restricción de la pena.

El concepto restrictivo parte de la idea de que entre la conducta de autores y partícipes existen diferencias objetivas. En este sistema, autor es quien concretiza la descripción típica, aunque esta concordancia con el tipo es entendida de muy diferentes formas; por lo que respecta a la conducta de los partícipes, si no existieran normas que la describieran, sería impune; por consiguiente, tales normas son consideradas causas de extensión de la pena.

En este artículo no se pretenden abordar todos los conceptos de autor existentes, lo que rebasaría la extensión del mismo, sino analizar algunos aspectos del concepto de autor de la corriente penal finalista, por ser hoy día el más desarrollado, así como el propuesto por el modelo lógico del derecho penal, para posteriormente compararlos y observar cuál de ellos se vincula en mayor medida a los postulados propios de un derecho penal moderno correspondiente a un Estado social y democrático de derecho.

## II. CONCEPTO DE AUTOR DE LA CORRIENTE PENAL FINALISTA

### 1. *Aspectos generales*

La corriente penal finalista sostiene un concepto diferenciador de autor, de corte restrictivo y basado en el criterio objetivo-material denominado “dominio del hecho”.

Es diferenciador porque acepta la distinción entre autores y partícipes en la comisión de un evento delictivo. Restrictivo, porque para esta teoría el tipo legal sólo abarca al autor en sentido estricto, y los preceptos que piden las conductas de los partícipes son causas de extensión de la pena, que de no existir, dichas conductas serían impunes.

Para limitar los preceptos que extienden la tipicidad, el concepto restrictivo de autor se sujeta al principio de accesoriad, principio que va a jugar un papel toral en este sistema, toda vez que, se considera, produce un recorte de la tipicidad. En consecuencia, donde no exista un hecho principal típico y antijurídico no podrá existir tampoco un posible tipo de participación. Por tanto, el principio de accesoriad postula la sujeción forzosa de la conducta del partícipe a la del autor principal.

Las limitaciones propias de la teoría formal objetiva, que restringen la autoría a la realización de la acción típica, le impiden la explicación de la autoría mediata, y la coautoría surge como respuesta una nueva teoría, de naturaleza material-objetiva. Es material porque no sólo se encuentra basada en el tipo penal, sino también en el concepto final de acción, y es objetiva porque no está basada sólo en el *animus*, es decir, en la mera voluntad del sujeto; por lo que de acuerdo con Maurach también puede designarse como teoría final objetiva.<sup>2</sup>

El concepto sustancial de esta teoría final objetiva es el dominio sobre el acto o dominio del hecho; por ello, es común designarla con el nombre de “teoría del dominio del hecho”.

Ésta es la tesis que sostienen los teóricos finalistas para resolver los problemas de autoría y participación. En consecuencia, autor, para ellos, es

<sup>2</sup> *Cfr.* Maurach, “Los problemas de la autoría”, *Derecho Penal Contemporáneo*, México, núm. 14, mayo-junio de 1966, p. 58.

*quien posee el dominio del hecho.* En tanto que los cooperadores se caracterizan, frente a la autoría, por la falta de dicho dominio.

Al respecto, Welzel expresa: “Carácterística general del autor es el dominio final sobre el hecho. Señor del hecho es aquel que lo realiza en forma final en razón de su decisión volitiva”. Y agrega: “... la voluntad final de realización (el dolo de tipo) es el momento general del dominio sobre el hecho”.<sup>3</sup> Como puede verse, lo esencial en la autoría es la dirección de la producción del delito, el señorío que se tiene en el proceso que desemboca en el hecho delictivo. Los momentos personales del autor sólo se requieren cuando en un tipo específico son presupuestados de la autoría.

Por su parte, Maurach anota: “Si ‘acción humana’ es la actuación volitiva, finalmente dirigida a una meta, la autoría se caracteriza por el dominio final del acto. Por dominio del hecho debe entenderse el doloso tener en las manos el curso del suceso típico. Dominio del hecho lo tiene cada uno de los cooperadores que pueden voluntariamente interrumpir o dejar correr la realización del resultado total”.<sup>4</sup> O sea que autor es el que con su actuación decide el sí y el hasta dónde de la ejecución del hecho delictivo; dicho de otra forma: autor es el que se impone con su conducta en el proceso que culmina en la producción del delito.

A su vez, Bacigalupo manifiesta: “Sólo en la medida en que el sujeto pueda sobre-dirigir el suceso total habrá dominio del hecho”.<sup>5</sup>

Como se ha podido observar, el dominio del hecho en la corriente finalista siempre implica la disponibilidad de poder decidir sobre la consumación o el desistimiento de un determinado delito.

## 2. *Formas de autoría*

La teoría del dominio del hecho acepta como auténticas formas de autoría a la autoría inmediata unipersonal, a la autoría mediata y a la coautoría.

### A. *Autoría inmediata*

<sup>3</sup> Welzel, Hans, *Derecho penal alemán. Parte general*, 11a. ed. alemana, 2a. ed. castellana, traducción de Juan Bustos y otro, Santiago, Editorial Jurídica, 1976, p. 145.

<sup>4</sup> Maurach, “Los problemas de la autoría”, *Derecho Penal Contemporáneo*, México, núm. 14, mayo-junio de 1966, p. 58.

<sup>5</sup> Bacigalupo, Enrique, *Manual de derecho penal*, Bogotá, Temis, 1989, p. 185.

Autor inmediato, directo o de propia mano es quien ejecuta por sí mismo la acción típica; en este caso, es el tenedor absoluto del dominio del acto.

Esta forma de autoría es la menos problemática; sin embargo, cuando el tipo exige no sólo la realización dolosa de la acción típica, sino también un elemento subjetivo personal de la autoría o alguna calificación objetiva en el autor, deben éstas presentarse en el agente directo, para ser reputado autor. Por tanto, en algunos tipos el dominio del hecho no se agota en el dolo, sino que son otros momentos, además del dolo, los que caracterizan el dominio del hecho.

Cabe comentar que respecto a la construcción del dominio del hecho, en Roxin permean las mismas ideas que en la mayoría de autores finalistas; pero, a diferencia de ellos, precisa en qué consiste el dominio del hecho en cada forma de autoría, detalla cada tipo de dominio, le da contenido, de tal modo que facilita la comprensión del concepto de autor finalista.

Así, Roxin identifica a la autoría directa con la expresión “dominio de la acción”, porque en su concepto es la propia cualidad de la acción lo que hace del ejecutor, autor. En este sentido, autor directo siempre será el que actúa de propia mano, el que ejecuta por sí mismo la acción típica, la figura central del tipo.

Cabe señalar que la afirmación de que autor directo es el que ejecuta por sí mismo todos los elementos del tipo fue un logro que se debe a la teoría objetivo-formal, teoría que construye su concepto de autor a partir del tipo legal. Por ello, Roxin, aunque identifica a la autoría directa con el “dominio de la acción”, manifiesta que a pesar de ello sigue estando justificado denominar a la realización de propia mano del tipo, criterio objetivo de autoría.<sup>6</sup>

## B. Autoría mediata

### a. Concepto

Esta clase de autoría también es denominada “autoría de mano ajena”. La caracteriza el empleo de un hombre para la consecución del resultado tí-

<sup>6</sup> Roxin, Claus, *Autoría y dominio del hecho en derecho penal*, 6a. ed., traducción de Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo, Madrid, Marcial Pons, 1998, p. 153.

pico de un hecho punible doloso. Aquí, posee el dominio final del hecho la persona que se encuentra atrás del ejecutor material, a quien únicamente utiliza como instrumento.

Para Roxin: “La autoría mediata se caracteriza como ‘dominio de la voluntad’: alguien realiza un tipo penal, pero no de propia mano, sino mediante otra persona que le sirve a estos fines, que no puede oponer resistencia a la voluntad dominante del hecho del otro y, por lo tanto, es designada como ‘herramienta’ en manos de éste”.<sup>7</sup>

En este sentido, el autor mediato realiza el tipo, pero no personalmente, sino a través de otra persona, que por no poder oponer resistencia le sirve de instrumento, de tal suerte que el de atrás se convierte en la figura clave del acontecimiento.

Roxin identifica a la autoría mediata con el “dominio de la voluntad”, porque el dominio que despliega el sujeto no está fundamentado en la ejecución inmediata de la acción, como ocurre en el dominio de la acción, sino que se fundamenta “en el poder de la voluntad rectora”.<sup>8</sup> Esto significa que el autor mediato domina el hecho a través de su voluntad, la cual dirige al instrumento, orientándolo hacia el fin deseado.

### *b. Supuestos*

Los supuestos a los que se refiere la doctrina son: instrumento que actúa sin dolo; instrumento que obra conforme a derecho; instrumento que actúa sin libertad; instrumento que obra sin culpabilidad; instrumento no calificado en los delitos especiales; instrumento que carece del elemento subjetivo de la autoría; instrumento que obra dentro de un aparato de poder; instrumento que obra justificadamente, y el caso del autor detrás del autor.

Para Roxin, son tres formas, fundamentalmente, las que puede adoptar el dominio de la voluntad que caracteriza al autor mediato: 1) dominio de la voluntad por uso de la fuerza, esto es, por coacción; 2) dominio de la voluntad por (creación o utilización de un) error, y 3) dominio de la voluntad mediante un aparato de poder organizado. Al respecto, afirma:

<sup>7</sup> Roxin, “Sobre la autoría y la participación en el derecho penal”, *Problemas actuales de las ciencias penales y la filosofía del derecho*, Buenos Aires, Pannedille, 1970, p. 62.

<sup>8</sup> Roxin, *Autoría y dominio del hecho en derecho penal*, p. 164.

Estas tres formas fundamentales de autoría mediata agotan, si mi posición es correcta, las posibilidades estructurales de comisión de un hecho de un modo que no es de propia mano. La libre decisión de voluntad del que actúa directamente, que normalmente aparta al que permanece detrás de la realización del tipo, sólo puede ser dejada de lado por el engaño, la coacción o la fungibilidad del ejecutor.<sup>9</sup>

Según este autor, otras formas de autoría mediata, por ejemplo, el uso de niños en la ejecución del ilícito, se consideran modalidades de los tipos fundamentales ya descritos (coacción y error). Lo mismo estima del uso de enfermos mentales como instrumentos de ejecución.<sup>10</sup>

De acuerdo con Roxin, el fundamento jurídico para castigar como autor, en todos los casos de dominio de la voluntad, reside en la descripción típica misma.

Cabe observar que de respetarse el principio *nullum crimen sine lege*, lo dicho por Roxin no es correcto, toda vez que el tipo únicamente describe como autor al que ejecute por sí mismo todos sus elementos. El castigo del autor mediato sólo es jurídicamente admisible en los sistemas diferenciadores cuando existe una norma que expresamente lo autorice.

### c. Límites de la autoría mediata

La autoría mediata se rechaza en los siguientes casos:

- a) Cuando el instrumento procede de manera dolosa y es plenamente responsable. La única excepción que se acepta es la del instrumento que actúa dentro de un aparato de poder organizado; en cambio, la hipótesis del “autor detrás del autor” es altamente polémica y no por todos admitida.<sup>11</sup>

<sup>9</sup> Roxin, “Sobre la autoría y la participación en el derecho penal”, *op. cit.*, p. 63.

<sup>10</sup> Cfr. Roxin, *Autoría y dominio del hecho en derecho penal*, 7a. ed., traducción de Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo, Madrid, Marcial Pons, 2000, p. 269.

<sup>11</sup> Cfr. Jescheck, Hans Heinrich, *Tratado de derecho penal. Parte general*, traducción de Mir Puig y Muñoz Conde, Barcelona, Bosch, 1981, p. 898; Wessels, Johannes, *Derecho penal. Parte general*, traducción de Conrado A. Finzi, Buenos Aires, Depalma, 1980, pp. 160 y 161; Welzel, *Derecho penal alemán*, p. 198; Stratenwerth, Günter, *Derecho penal. Parte general I*, traducción de la 2a. ed. alemana (1976) de Gladys Romero,

- b) En los delitos especiales propios, por un lado, se niega la autoría mediata cuando el hombre de atrás carece de la calificación exigida por el tipo, y, por el otro, se discute la existencia de la autoría mediata en el sujeto de atrás que posee la calidad, en virtud de que ello implicaría una ampliación del concepto de autor, ya que se le considera como tal, sólo por ser *intraneus*, sin importar la relevancia de su contribución.
- c) Tratándose de los delitos de propia mano, se rechaza totalmente la figura de la autoría mediata, porque para ser autor se requiere de la ejecución personal de la acción.
- d) Se niega también la existencia de la autoría mediata en los delitos imprudentes, porque en ellos falta una voluntad final que conduzca al hecho; por tanto, no existe dominio del mismo; además, tal figura resulta innecesaria, porque en el terreno de la imprudencia los partidarios de la corriente penal finalista sostienen un concepto unitario de autor.

### C. Coautoría

#### a. Concepto

Para los defensores del finalismo, la coautoría es la realización de un hecho punible por dos o más sujetos mediante un acuerdo y un dominio en común, caracterizada por una división del trabajo.

#### b. Elementos

Para los seguidores de esta teoría, coautoría es autoría; por ello, cada coautor debe cumplir con las calidades objetivas y con los elementos subjetivos que el tipo penal exija en el autor. Además, para que exista coautoría deberán presentarse tres elementos: una decisión común al hecho delictivo, una ejecución colectiva del mismo y un codominio del hecho, de tal suerte que la división de tareas no implique la subordinación de unos respecto de otros. En esta figura, cada interviniente deberá contribuir a la em-

presa delictiva, de tal forma que sin su contribución el resultado no se hubiera logrado.

— De carácter subjetivo

El elemento subjetivo de la coautoría se refiere al acuerdo común al hecho, a la resolución recíproca. Es precisamente en esta concordancia de voluntades en donde se distribuyen las distintas funciones de cada coautor para conseguir el resultado colectivo.

El acuerdo común es lo que enlaza unas intervenciones con otras y les da un sentido de división de tareas dentro del plan global. Por ello, es de suma importancia conocerlo, porque cada coautor responde sólo hasta donde lo alcanza el acuerdo recíproco.

Para los defensores de la corriente penal finalista, cuando varias personas producen en común el resultado típico sin estar vinculadas por un acuerdo colectivo, se genera la llamada *autoría accesoria*; es decir, se produce una coincidencia causal de varios autores individuales, lo que hace evidente la falta de valor propio de esta figura.

También se habla de otra clase de coautoría, a la que se denomina *coautoría sucesiva*. Se presenta cuando el acuerdo común, tácito o expreso se concreta durante la ejecución, y no previamente a ella. Al respecto, cabe afirmar que si la ejecución ya se inició, el coautor que se sume a ella deberá responder con base en lo que se realice a continuación, pero no por lo que se haya realizado con anterioridad a su intervención.<sup>12</sup>

— De carácter objetivo

c. El codominio del hecho

De acuerdo con la postura finalista, el acuerdo previo no es suficiente para determinar quién es autor. Se requiere, además, de inicio, de un aporte objetivo al delito por parte del coautor, porque sólo así puede decirse válidamente que el sujeto participó del dominio del hecho.

Para tener el codominio del hecho no se exige la realización de la conducta típica; basta colaborar con una aportación esencial que engarce con las demás y forme parte de una empresa delictiva común, caracterizada por

<sup>12</sup> En el mismo sentido, López Barja de Quiroga, *op. cit.*, nota 11, p. 64.

la distribución de tareas o funciones entre los intervenientes y tendiente a alcanzar una finalidad colectiva. La aportación del coautor debe ser de tal naturaleza, que de no prestarse, la empresa delictiva no podría llegar a su conclusión.

Para que exista coautoría también se exige que no haya subordinación de unos colaboradores respecto de otros, porque de existir, entonces se estaría hablando de la intervención de autores y partícipes en el evento delictivo. Por tanto, todos los coautores deben detentar el señorío respecto a la consumación o detención del hecho, señorío que está determinado por la importancia de su colaboración dentro del plan global.

#### *d. La coejecución del hecho*

Para algunos iuspenalistas, la aportación esencial del coautor debe prestarse en la fase ejecutiva del delito, porque sólo así se estaría participando realmente del codominio del hecho.

Para otros autores, no se requiere forzosamente que tal aportación se lleve a cabo en la fase ejecutiva del delito. En este sentido, Welzel anota:

... también es coautor el que objetivamente sólo realiza actos preparatorios de ayuda, cuando es copartidor de la decisión común al hecho... El minus de coparticipación objetiva en la realización típica tiene que ser compartida con el plus de coparticipación especial en el planeamiento del delito. Esto vale sobre todo para el jefe de banda.<sup>13</sup>

Jescheck, en la misma postura, señala: “Quien... asume la planificación y la organización del hecho, configura su desarrollo y participa, así, en el dominio del hecho”.<sup>14</sup>

Stratenwerth también se adhiere a esta posición, porque considera que lo importante no es el momento (ejecución) en el cual la aportación esencial se ha prestado, sino el modo en que se producen los efectos en la ejecución; en este sentido, expresa:

En la planificación y organización de un delito ejecutado por varias personas, por ejemplo, también fundamentarán la coautoría, aun cuando el organizador no aparezca durante la ejecución, comunicándose telefóni-

<sup>13</sup> Welzel, *Derecho penal alemán*, cit., nota 11, p. 159.

<sup>14</sup> Jescheck, *op. cit.*, nota 11, p. 944.

camente con los actores... [Y agrega] ...el plan da sentido al comportamiento de los partícipes durante la ejecución, conforma los roles individuales y determina la participación del organizador en el dominio del hecho.<sup>15</sup>

Es oportuno aclarar que para los representantes de la corriente penal en estudio, no toda colaboración en fase ejecutiva es necesariamente de coautoría; ello depende de su importancia dentro del plan total. Si dicha colaboración no es indispensable, se calificará simplemente de complicidad.

Al final de este rubro quisimos tratar la postura de Roxin en torno a la coautoría, por resultar de suma trascendencia. Para este autor, la coautoría se define por el dominio funcional del hecho. En este sentido, escribe:

Si hubiera que expresar con un lema la esencia de la coautoría... cabría hablar de dominio del hecho ‘funcional’, esto es, determinado por la actividad, en tanto que el dominio conjunto del individuo resulta aquí de su función en el marco del plan global... Con arreglo a dicha idea, es en primer lugar coautor todo interviniente cuya aportación en la fase ejecutiva representa un requisito indispensable para la realización del resultado pretendido, esto es, aquel con cuyo comportamiento funcional se sostiene o se viene abajo lo emprendido. Nada importa al respecto su disposición subjetiva hacia el acontecer.<sup>16</sup>

De lo antes transscrito puede observarse que para Roxin la coautoría requiere de tres elementos: el plan común, la esencialidad de la contribución y la actuación en fase ejecutiva.

Roxin estima que el coautor, a diferencia del cómplice, tiene el dominio funcional del hecho; es decir, que con el papel (función) que le ha tocado desempeñar puede hacer que el plan global triunfe o fracase. Si presta su colaboración junto con los demás, el plan tendrá éxito; pero si la retira, por ser su intervención esencial, el plan se desbarata.

Por lo que respecta al dominio funcional, Roxin recibe muchas críticas, por basarse en la teoría del *socius principalis*, o también llamada “teoría de la necesidad”, que hace depender la calificación del participante de consi-

<sup>15</sup> Stratenwerth, *op. cit.*, nota 11, núm. 826.

<sup>16</sup> Roxin, *Autoría y dominio del hecho en derecho penal*, 6a. ed., pp. 308 y 309.

deraciones sobre lo que hubiera sucedido si él no hubiera intervenido. Por supuesto, Roxin niega este fundamento; pero, como expresa Gimbernat:

...para Roxin lo que le da el dominio funcional del hecho al coautor es que “cada uno puede desbaratar el plan total retirando su contribución al hecho”. La cuestión es ¿cómo se puede llegar a una decisión en ese problema fundamental del “desbaratamiento del plan total” sin tener en cuenta qué es lo que habría sucedido sin la actividad del sujeto?<sup>17</sup>

La crítica de Gimbernat es acertada, porque es innegable que Roxin, para saber si la separación de una contribución al hecho hubiera llevado al fracaso del plan, tiene que acudir a lo que hubiera sucedido hipotéticamente si el coautor no hubiese realizado su actividad.

Por otro lado, el requisito de la esencialidad (desbaratamiento del plan) de la contribución que maneja Roxin para fundamentar el dominio del hecho de los coautores también puede concurrir en una persona que sólo actúa en la etapa preparatoria del delito,<sup>18</sup> lo cual se contrapone con su exigencia de actuación en la etapa ejecutiva. Cabe señalar que éste es uno de los puntos más discutidos entre los representantes finalistas porque, para algunos,<sup>19</sup> la contribución esencial ha de prestarse en la fase ejecutiva, y, para otros,<sup>20</sup> también puede prestarse en la fase preparatoria del delito.

Al respecto, Roxin precisa:

...suponer que la cooperación en la fase preparatoria puede entrañar dominio del hecho representa una secuela de la teoría subjetiva. El afán de Welzel por superarla mediante el principio del dominio del hecho salió bien en esencia en la relación entre inducción y autoría mediata, pero en la delimitación entre coautoría y complicidad tuvo que quedarse en conato por no atreverse, superando la jurisprudencia del RG, a dar el paso decisivo que habría significado la limitación de la coautoría a la fase ejecutiva. Como no consiguió demostrar la pretendida “trascendencia objetiva” de la voluntad de autor, apenas pudo evitar que aquí se produjera una recaída en

<sup>17</sup> Gimbernat Ordeig, Enrique, *Autor y cómplice en derecho penal*, Madrid, Facultad de Derecho, Sección de Publicaciones e Intercambio, 1966, p. 148.

<sup>18</sup> *Ibidem*, pp. 149 y 150.

<sup>19</sup> López Barja de Quiroga, *op. cit.*, nota 10, pp. 67-70.

<sup>20</sup> Welzel, *Derecho penal alemán*, nota 11, p. 159; Jescheck, *op. cit.*, nota 11, p. 944; Maurach, Reinhart, *Tratado de derecho penal*, traducción de Juan Córdoba Roda, Barcelona, Ariel, 1962, t. II, p. 344, y Stratenwerth, *op. cit.*, nota 11, núm. 826.

la teoría subjetiva, que amenaza con hacer retroceder toda la teoría a su punto de partida.<sup>21</sup>

Para Roxin, el coautor debe intervenir en la ejecución del evento delictivo, porque de lo contrario el sujeto no podría dominar realmente el curso del hecho punible.

#### *D. Participación*

Para los teóricos finalistas, la participación se caracteriza por la falta de dominio del hecho. De acuerdo con su concepción, la participación no da lugar a un tipo autónomo, sino a un tipo de referencia. Se expresa que las prescripciones de la parte especial del Código Penal no abarcan en su descripción el comportamiento de los partícipes, de tal suerte que las disposiciones sobre la participación implican una ampliación de la punibilidad hacia comportamientos que de otra forma serían impunes.

En este orden de ideas, la participación siempre se encontrará vinculada a un hecho principal, ejecutado por una persona distinta del partícipe, la cual es poseedora del dominio del hecho.

Respecto a la fundamentación de la punición de la participación, los finalistas encuentran su basamento en la teoría de la participación en el ilícito, antes denominada teoría de la causación o del favorecimiento,<sup>22</sup> conforme a la cual se castiga al instigador y al cómplice porque colaboran con el autor en la realización de lo ilícito, violando en específico la norma que prohíbe impulsar o apoyar un hecho delictivo.

Esta teoría es aceptada por la mayoría de autores finalistas, entre ellos Welzel,<sup>23</sup> Maurach,<sup>24</sup> Wessels,<sup>25</sup> Jescheck,<sup>26</sup> Stratenwerth<sup>27</sup> y Bacigalupo.<sup>28</sup>

<sup>21</sup> Roxin, *Autoría y dominio...*, *cit.*, nota 11, p. 329.

<sup>22</sup> López Barja de Quiroga, *op. cit.*, nota 11, p. 109.

<sup>23</sup> Welzel, *Derecho penal alemán*, *cit.* nota 11, p. 161.

<sup>24</sup> Maurach, “Los problemas de la participación”, *Derecho Penal Contemporáneo*, México, núm. 14, mayo-junio de 1966, p. 70.

<sup>25</sup> Wessels, *op. cit.*, nota 11, p. 163.

<sup>26</sup> Jescheck, *op. cit.*, nota 11, p. 956.

<sup>27</sup> Stratenwerth, *op. cit.*, nota 11, p. 261.

<sup>28</sup> Bacigalupo, *Manual de derecho penal*, *cit.* nota 5, p. 200.

Como puede observarse, en el fondo de esta teoría se encuentra inmerso el principio de accesoriedad; la conducta del partícipe sólo existe en relación con la conducta del autor, depende de ella, es la que le da contenido.

### *a. Principio de accesoriedad*

El principio de accesoriedad afirma la dependencia de la participación respecto del hecho principal. El hecho principal debe cumplir ciertos requisitos cuantitativos (por lo menos, quedar en grado de tentativa punible), y cualitativos (ser típico y antijurídico), para servir de base al fenómeno de la participación.

Así, los teóricos finalistas se conforman con una accesoriedad limitada, precisamente por la ubicación que hicieron del dolo, pues por haberlo trasladado de la culpabilidad al tipo, no tienen ningún problema en exigir tan sólo un hecho principal típico (doloso) y antijurídico.

Es importante recalcar que a pesar de que los finalistas también ubican la culpa en el tipo, cuando exigen una accesoriedad limitada, esto es, un hecho típico y antijurídico, lo que realmente están exigiendo es un hecho antijurídico doloso. Esto es así, porque en su concepto, la participación depende de la existencia de dolo en el autor. Por ello, no conciben la existencia de la participación dolosa en un hecho principal culposo, porque el autor culposo no tendría el dominio del hecho y, en consecuencia, quien dominaría el evento sería el partícipe; por tanto, sería autor mediato. Tampoco conciben la participación culposa en un hecho principal doloso. Ello, porque en el terreno de la culpa sostienen un concepto unitario de autor.<sup>29</sup> Por tanto, para que pueda existir participación, tanto el partícipe como el autor deben actuar dolosamente.

### *b. Formas de participación*

#### — Instigación

La mayoría de autores finalistas coinciden en estimar a la instigación como la determinación dolosa a un hecho doloso. En su opinión, esta figu-

<sup>29</sup> Díaz y García Conledo, Miguel, *La autoría en derecho penal*, Barcelona, PPU, 1991, p. 132 (nota 315), y p. 140, y Peñaranda Ramos, Enrique, *La participación en el delito y el principio de accesoriedad*, Madrid, Tecnos, 1990, pp. 272 y ss.

ra se efectúa psíquicamente, esto es, a través de influencia mental; el instigador se limita a provocar en el autor la decisión al hecho punible y no participa del dominio del hecho.

La aportación del instigador consiste en “determinar”, que significa “haber dado lugar en el autor a la decisión de cometer el hecho”.<sup>30</sup> Dicha decisión está encauzada a concretizar una conducta delictiva; por tanto, tal decisión se refiere al dolo. En este sentido, la actividad del instigador radica en crear en el autor el dolo previsto en un tipo penal; este dolo debe ser producto del influjo psíquico sobre él desplegado.

#### — Complicidad

La idea central en torno a esta forma de participación es la del auxilio doloso que se presta a un autor para la comisión de su hecho antijurídico doloso, por lo que puede decirse que la complicidad sólo consiste en colaborar, en prestar ayuda al autor para que pueda llevar a cabo el delito, de tal suerte que sólo favorece la realización del mismo por parte del autor.

La aportación del cómplice consiste en prestar “ayuda”. Esta “ayuda” puede prestarse en forma física o psíquica. No existe una limitación en cuanto a los medios que el cómplice puede utilizar para ayudar al autor principal. Los autores finalistas distinguen entre una colaboración física y una psíquica. La primera de ellas se refiere a un auxilio técnico que el cómplice proporciona para favorecer la ejecución del hecho principal. Así, por ejemplo, el entregar una ganzúa, el dar alguna indicación; esto es, el colaborar con alguna cosa o prestando un servicio que no sea esencial, indispensable para la realización del delito.

Jescheck precisa: “Incluso en el caso de que alguien realice de propia mano un elemento del tipo del hecho principal, puede excepcionalmente concurrir sólo complicidad, en la medida en la que no se tenga participación alguna en el común acuerdo constitutivo de la coautoría”<sup>31</sup> También cabría agregar el supuesto del auxilio en la ejecución, con acuerdo previo, pero sin poseer el dominio del hecho, o sea que la decisión respecto a la continuación o suspensión del evento delictivo no se tiene en las manos.

Por lo que respecta a la segunda forma de colaboración, esto es, la psíquica, se acepta que puede tener lugar mediante el fortalecimiento de la decisión del autor.

<sup>30</sup> Stratenwerth, *op. cit.*, nota 11, núm. 876.

<sup>31</sup> Jescheck, *op. cit.*, nota 11, p. 962.

Stratenwerth advierte en torno a esta modalidad que la misma conlleva el peligro de una sanción por sospecha. En este sentido, expresa: "... no es posible considerar complicidad la mera aprobación del hecho, sino sólo la influencia psíquica demostrada, como, por ejemplo, la eliminación de la última duda o freno del autor".<sup>32</sup>

La colaboración prestada por el cómplice no debe alcanzar el rango de una auténtica ejecución del delito; de lo contrario, se estaría hablando de una coautoría.

#### — Complicidad primaria o cooperación necesaria

En este espacio es oportuno hablar de lo que se conoce como "complicidad primaria" o "cooperación necesaria", y de su distinción con la llamada "complicidad secundaria", o simplemente "complicidad".

Dentro de las legislaciones que contemplan la denominada cooperación necesaria se encuentran la argentina,<sup>33</sup> y la española,<sup>34</sup> figura que no existe en legislaciones como la alemana y tampoco en la nuestra. En el caso de la legislación penal mexicana, esta figura sólo es un supuesto más de complicidad, y carece de una existencia independiente.

A la colaboración prestada por un sujeto se denomina "complicidad primaria", o "cooperación necesaria" cuando dicha colaboración ha sido esencial para la consecución del resultado típico, lo que significa que sin dicha cooperación el delito no hubiera tenido lugar.

La doctrina mayoritaria española se inclina a favor de la teoría de los bienes escasos, creada por Gimbernat, para delimitar a la figura de la cooperación necesaria.

Dicho autor, para el desarrollo de su teoría, toma en cuenta el criterio de la escasez de medios, y considera que la forma de contribuir a un resultado

<sup>32</sup> Stratenwerth, *op. cit.*, nota 11, núm. 900.

<sup>33</sup> El artículo 45 del Código Penal de Argentina, en su primera parte, establece: "los que tomanen parte en la ejecución del hecho o prestasen al autor o autores un auxilio o cooperación sin los cuales no habría podido cometerse tendrán la pena establecida para el delito"; artículo citado por Donna, Edgardo Alberto, *La autoría y la participación criminal*, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni Editores, 1998, p. 69.

<sup>34</sup> El artículo 28 del Código Penal de 1995 prevé: "Son autores quienes realizan el hecho por sí solos, conjuntamente o por medio de otro del que se sirven como instrumento".

delictivo puede ser a través de la entrega de una cosa o por medio de un mero hacer.<sup>35</sup>

En relación con la entrega de una cosa, Gimbernat manifiesta<sup>36</sup> que para determinar si ésta es o no escasa, debe efectuarse un doble juicio: uno general y provisional, otro particular y definitivo. En el primer juicio propone considerar circunstancias de tiempo y lugar en que se entregó la cosa. En el segundo juicio aconseja contemplar la escasez de dicha cosa teniendo en cuenta factores especiales que concurren en la persona concreta que recibe la cosa; por ejemplo, el número de objetos iguales al entregado que tenga a su disposición el autor material. Respecto de esto último, expresa que es una cuestión que depende sobre todo de la peculiaridad que tenga el bien objeto de examen (verbigracia: una pistola, dinero, arsénico, dinamita, etcétera).

Al respecto, expresa:

El haber entregado la cosa, a pesar de mi conciencia de las dificultades que tenía el ejecutor para adquirirla (cooperación necesaria); el haberla entregado sabiendo que su obtención no representaba un serio problema para el autor material (complicidad); esto y sólo esto es lo que decide sobre la mayor o menor reprochabilidad de mi conducta y lo único que debe ser tenido en cuenta para decidir la cuestión: *cooperación necesaria o menor complicidad*. En el momento de cooperar yo sólo puedo saber si es difícil o no que el autor se agencie por otra vía lo que yo le ofrezco; pero no puedo saber con seguridad si lo va a obtener o no en caso de que yo le niegue mi ayuda.<sup>37</sup>

Como puede observarse, Gimbernat postula unos indicadores de escasez, sin hipotetizar; porque calificar la necesariedad de una contribución y, por tanto, la participación de una persona basándose en suposiciones, es algo inadecuado. Dicho proceder atentaría contra el principio *in dubio pro reo*. Por respeto a este principio, ante la falta de seguridad de que otra persona no hubiera podido proporcionar la ayuda, al sujeto tendría que calificárselle de cómplice y no de cooperador necesario.

<sup>35</sup> Gimbernat, Enrique, *Autor y cómplice en derecho penal*, Universidad de Madrid, Facultad de Derecho, Sección de Publicaciones e Intercambio, 1966, p. 154.

<sup>36</sup> *Ibidem*, pp. 155 y ss.

<sup>37</sup> *Ibidem*, pp. 159 y 160.

Con relación a la contribución que consiste en un mero hacer, Gimbernat<sup>38</sup> propone tres criterios para determinar si ésta equivale a una cooperación necesaria:

- 1) El criterio de la inequívoca criminalidad de la conducta.
- 2) La conducta debe ser causal para el resultado.
- 3) La conducta claramente criminal, condicionante del resultado, debe suponer, además, la remoción de un obstáculo serio.

Del mismo modo que en el primer supuesto (entrega de una cosa escasa), el autor en estudio propone no hipotetizar sobre si el mero hacer pudo o no haberlo efectuado otra persona; esto es, si el autor inmediato hubiera podido suplir esa aportación. Por lo que al partícipe se le calificará con base en lo único que conocía: si su aportación era o no difícil de conseguir para el autor material, si con ella le resolvía o no un grave problema.

En suma, para Gimbernat, cooperador necesario es aquel que contribuye al hecho con una cosa o una actividad difíciles de conseguir, “escasas”. La ventaja de este criterio, en su opinión, es que sí puede ser constatado por el juez; además, si la circunstancia de escasez concurre o no es lo único que el interviniente pudo saber en el momento de actuar; por tanto, lo único que se le puede reprochar.

De esta forma, Gimbernat propone una solución, para delimitar en el Código Penal español, a las figuras de la cooperación necesaria y la complicidad.

Por lo que respecta al momento en que debe prestarse esta cooperación esencial, para algunos iuspenalistas, debe ser en la fase preparatoria del he-

<sup>38</sup> Gimbernat, *op. cit.*, nota 35, pp. 167 y ss.

cho punible;<sup>39</sup> para otros, tales aportaciones también pueden ser en la parte ejecutiva del hecho,<sup>40</sup> siempre que no se realicen acciones típicas.<sup>41</sup>

En el caso de los países en los que esta forma de participación no se encuentra prevista, se suple tal vacío con la figura de la coautoría, extendiéndola hasta la fase preparatoria y no solamente ejecutiva, porque estiman que también en esta fase puede tenerse el dominio del hecho. Por ejemplo, el caso del que colabora con una bomba por él construida, sin encontrarse presente en el lugar de la ejecución del hecho. En México, proceder de esta forma sería bastante discutible, toda vez que el Código Penal federal, en su artículo 13, fracción III, prescribe: “Los que lo realicen conjuntamente”; y con ello anula toda posibilidad de extender la figura de la coautoría hasta esos extremos, pues exige la participación de los coautores en la fase ejecutiva.

Por lo que toca al cómplice o cómplice secundario, se caracteriza porque su aportación no es esencial, de tal modo que, aun sin ella, el hecho de todas formas se hubiera concretado.

Según Maurach: “La complicidad puede prestarse antes del hecho o durante su comisión hasta su real agotamiento”. Y agrega:

De la posición dominante de la complicidad intelectual se deriva el que también aquellas acciones de ayuda que se producen *posteriormente* al agotamiento real del hecho principal, y que típicamente representan tan sólo un *encubrimiento*, deben ser calificadas de actos de complicidad en tanto hayan sido *prometidas* al autor principal *antes de la comisión del hecho*. En todos estos casos, resultará incrementada la fuerza moral del autor principal en el momento de la comisión del acto.<sup>42</sup>

<sup>39</sup> Bacigalupo, *Manual de derecho penal*, cit. nota 5, p. 210.

<sup>40</sup> Alberto Donna, Edgardo, *La autoría y la participación criminal*, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni Editores, 1998, p. 69. Al respecto, Pérez Alonso estima que el ámbito propio del cooperador necesario es la fase de preparación, pero excepcionalmente también puede intervenir durante la ejecución del hecho, “cuando actúe sin acuerdo o decisión conjunta o bien cuando no reúna las cualidades personales y especiales típicas. Dicho de otra forma, cuando no tenga el dominio funcional del hecho por falta del tipo subjetivo de la coautoría o bien cuando no sea autor idóneo”, esto en su obra *La coautoría y la complicidad (necesaria) en derecho penal*, Granada, Comares, 1998, p. 429.

<sup>41</sup> López Peregrin, María del Carmen, *op. cit.*, nota 34, pp. 395 y 429.

<sup>42</sup> Maurach, *Tratado de derecho penal*, cit., nota 20, p. 380.

Así, para el autor en cita, el encubrimiento prometido no es más que simple complicidad.

*c. Elementos personales en la autoría y la participación*

— *Elementos personales que fundamentan la punibilidad*

Para los representantes de esta teoría, los elementos personales que fundamentan la punibilidad (por ejemplo, la calidad de funcionario) deben siempre darse en la persona del autor para poder concretizar los denominados “delitos especiales propios”,<sup>43</sup> y no es necesario que también concurren en el partícipe.

En los delitos especiales propios se presentan diversos problemas; por ejemplo, cuando en la persona del ejecutor material no concurren tales elementos personales, pero sí en la del partícipe (instigador). Este problema se soluciona, en opinión de Welzel, recurriendo a la figura de la autoría mediata. En este sentido, indica:

En los delitos especiales propios el cualificado que está detrás y que induce, es el que da al no cualificado la posibilidad de tomar parte en la realización típica del delito especial. Esto fundamenta el dominio del que está detrás, es decir, del cualificado, sobre la participación del que no lo es, en la realización del delito especial (‘dominio social del hecho’).<sup>44</sup>

En este caso, el *extraneus* ejecutor no puede ser autor por faltarle la calidad, y el hombre de atrás, que es *intraneus*, no puede ser instigador por la falta de un autor. Por ello, para dar solución a este supuesto, Welzel recurre a la figura de la autoría mediata y a la admisión en ella del denominado “instrumento doloso no cualificado”. Esta solución es criticada, porque se considera que no puede existir autoría mediata ahí donde el instrumento actúa de forma plenamente responsable y con dolo.

Para Jescheck, aquí no puede hablarse de un “dominio de la voluntad”, porque en el ejecutor no concurre coacción, error o incapacidad de culpabi-

<sup>43</sup> El delito especial propio, aclaran, sólo puede llevarse a cabo por un sujeto que reúna la calidad específica señalada por el tipo; de no ser así, el hecho es atípico por la falta de dicha calidad. Este delito se caracteriza por no tener correspondencia con un delito común.

<sup>44</sup> Welzel, *Derecho penal alemán*, cit. nota 11, p. 150.

lidad, sino que se trata de un dominio del hecho concebido normativamente; es decir, de un “dominio normativo psicológico del hecho”.<sup>45</sup> De tal modo que Jescheck, sin renunciar a la teoría del dominio del hecho, ofrece una solución. Para ello, basa el dominio en el influjo del de atrás, así como en su calificación, la que le permite tener acceso a infringir el deber.

Al respecto, Roxin parte de la idea de que existen dos tipos de delitos: los delitos de dominio, los cuales soluciona a través de la teoría del dominio del hecho, y los delitos de infracción de deber, para cuya solución construye su teoría que lleva ese mismo nombre.<sup>46</sup> Así, para Roxin, tratándose de los delitos de infracción de deber, la autoría depende de la lesión de un deber especial. La lesión de este deber por el *intraneus*, en su concepto, fundamenta por sí sola la autoría, aun cuando el *extraneus* haya tenido en la ejecución el dominio del hecho. En este sentido, manifiesta: “El que permanece detrás en tales casos, será autor en razón de su posición frente al deber que le incumbe, mientras que el ejecutor inmediato, a pesar de su dominio del hecho, sólo es cómplice pues a él no le corresponde el criterio válido de los delitos de infracción de deber”.<sup>47</sup> De esta forma, Roxin resuelve el problema de la “herramienta dolosa no calificada”, que en su opinión la teoría del dominio del hecho no puede resolver. Por tanto, en esta clase de delitos Roxin reemplaza el criterio del dominio del hecho, por el de la infracción de deber.<sup>48</sup>

Ésta es la postura que actualmente domina en Alemania, pero también es rechazada por algunos tratadistas tanto alemanes como españoles, porque se considera que es violatoria del principio *nullum crimen sine lege*, toda vez que cualquier colaboración en el hecho por parte del sujeto calificado, aun la más remota, da lugar a la autoría; lo que, además, provoca un concepto extensivo de autor, porque cuando se trate de la participación de varios *intraneus* no podrá distinguirse entre autores y partícipes.<sup>49</sup>

Por otro lado, en los delitos especiales también se presenta un problema cuando en el ejecutor material concurren los elementos personales que fundamentan la punibilidad, pero no en el partícipe. La doctrina alemana do-

<sup>45</sup> Jescheck, *op. cit.*, nota 11, p. 927.

<sup>46</sup> Roxin, *Autoría y dominio...*, *cit.*, nota 11, pp. 385-393.

<sup>47</sup> Roxin, Claus, “Autoría y participación en el derecho penal”, *Problemas actuales de las ciencias penales y la filosofía del derecho*, Buenos Aires, Pannedille, 1970, p. 69.

<sup>48</sup> Roxin, *Autoría y dominio...*, *cit.*, nota 11, p. 387.

<sup>49</sup> López Barja de Quiroga, *op. cit.*, nota 11, pp. 188 y 189.

minante<sup>50</sup> considera que tanto el *intraneus* como el *extraneus* deben responder por el mismo delito especial propio; esto es, que se debe mantener la unidad del título de imputación; pero el partícipe, a diferencia del autor, debe responder con una pena atenuada. Ésta es la solución que también prevé el Código Penal de la República Federal de Alemania en el apartado 1 del § 28, según el cual: “Si en el partícipe (inductor o cómplice) no concurren especiales elementos personales que fundamentan la punibilidad del autor, la pena de aquéllos se atenuará según el § 49.1”.<sup>51</sup>

Puede observarse claramente cómo se utiliza el principio de accesoria-dad en este caso para mantener la unidad del título de imputación, y de esta forma punir al partícipe *extraneus* también por el delito especial propio, porque de lo contrario el partícipe sería impune. Pero esta solución a todas luces viola el principio *nullum crimen sine lege*, toda vez que al *extraneus* se le hace responder por un delito que nunca podría haber cometido, por faltarle la calidad exigida por el tipo especial propio. Aun cuando tal solución esté apegada a los ideales de justicia material, no puede violarse el principio de legalidad, porque éste no admite excepciones.

Herzberg critica también esta postura, porque en su concepto tal proceder sólo es compatible con un concepto de autor fundamentado en la teoría de la participación en la culpabilidad. En este sentido, manifiesta que el § 29 del mismo cuerpo de leyes (el cual permite un tratamiento no accesorio de todos los elementos de la culpabilidad), de igual forma ha de ser aplicado a las características especiales de la culpabilidad que fundamentan la pena.<sup>52</sup> Por tanto, para que el partícipe también responda por un delito especial propio deben concurrir en su persona dichos elementos personales.

#### — Elementos personales que agravan, atenúan o excluyen la pena

Los defensores de la teoría del dominio del hecho consideran que los elementos personales que agravan, atenúan o excluyen la pena sólo entran en consideración respecto de aquellos participantes en cuya persona se presenten. Esta situación se encuentra prevista en el apartado 2 del § 28 del Código Penal alemán, que a la letra dice: “Si la ley determina que especiales elementos personales agravan la pena, la atenúan o la excluyen, ello re-

<sup>50</sup> Peñaranda Ramos, *op. cit.*, nota 29, p. 346.

<sup>51</sup> Parágrafo citado por López Barja de Quiroga, *op. cit.*, nota 11, p. 39.

<sup>52</sup> *Cfr.* Peñaranda Ramos, *op. cit.*, nota 29, p. 347.

girá sólo para aquél que haya tomado parte en el hecho (autor o partícipe) en el que tales elementos concurran”.<sup>53</sup>

Estos elementos se presentan en los denominados “delitos especiales impropios”. Dichos delitos exigen determinada calidad en el sujeto activo, pero a diferencia de los delitos especiales propios, se corresponden con un delito común.

De acuerdo con la doctrina alemana, cuando el autor reúne tal elemento personal, pero falta en el partícipe, se rompe el título de imputación, y el autor responde por el delito especial impropio, en tanto que el partícipe responde por el delito común correspondiente.

Esta solución, propuesta por los defensores de la teoría del dominio del hecho en Alemania, no es aceptada por la mayoría de tratadistas en España,<sup>54</sup> quienes, en atención al principio de accesoriedad, mantienen la unidad del título de imputación y hacen responder al partícipe *extraneus* por el delito especial impropio cometido por el *intraneus*. En este sentido, Gimbernat escribe: “si el factor de agravación tiene unos efectos tan devastadores para el autor directo, no se comprende que ello no tenga ninguna repercusión en el partícipe”.<sup>55</sup> En consecuencia, para Gimbernat, el partícipe *extraneus* debe responder por el delito especial impropio, que efectivamente llevó a cabo el autor *intraneus*.

Para Peñaranda Ramos, esta solución no es adecuada, y por ello pone en tela de juicio el principio de accesoriedad. En su concepto, este principio no debe admitirse en forma absoluta; no debe considerarse a la accesoriedad como equivalente a la falta de autonomía total de la participación frente al régimen jurídico del hecho principal. Esto significa que no debe identificarse el principio de accesoriedad con la unidad del título de imputación. Para lograr esta diferenciación, Peñaranda toma en cuenta la tesis de Herzberg respecto a la accesoriedad.

Herzberg establece una distinción entre la accesoriedad en “sentido negativo” (o estricto) y la accesoriedad en “sentido positivo” de la participación. La primera *impide* castigar a alguien como partícipe cuando el hecho principal no cumple con los elementos del delito, como es la tipicidad, la

<sup>53</sup> Parágrafo citado por López Barja de Quiroga, *op. cit.*, nota 11, p. 39.

<sup>54</sup> López Barja de Quiroga, *op. cit.*, nota 11, p. 184.

<sup>55</sup> Gimbernat Ordeig, Enrique, “Concurso de leyes, error y participación en el delito”, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Madrid, t. XLV, núm. 3, septiembre-diciembre de 1992, p. 853.

antijuridicidad o la culpabilidad (esto depende del grado de accesoriedad que se maneje; es decir, limitada, extrema, etcétera). Esta accesoriedad impide una extensión desmedida de la punibilidad de los partícipes. La segunda (accesoriedad positiva) se presenta cuando el hecho principal cumple con los elementos del delito exigidos por el grado de accesoriedad con el que se opere, de tal modo que *posibilita* el castigo del partícipe. Pero además se atiende a puntos de vista materiales, relacionados con el fundamento de la pena de la participación. Las excepciones a estos dos aspectos de la accesoriedad se manejan del siguiente modo: para “quebrar” la accesoriedad en su sentido negativo o estricto se requiere una expresa habilitación legal; en cambio, para evitar una imputación excesiva o inadecuada, proveniente de la accesoriedad positiva, basta atender a principios como ese de la culpabilidad.<sup>56</sup>

Con estas ideas de Herzberg, Peñaranda llega a la conclusión de que el principio de accesoriedad y la unidad del título de imputación no tienen por qué identificarse. De tal modo que aun cuando el hecho principal se corresponda con un delito especial impropio, ello no significa que el partícipe (*extraneus*) deba también responder por él, porque entran en consideración, respecto del autor, elementos altamente personales que tienen que ver específicamente con su culpabilidad.

Para Peñaranda, la doctrina mayoritaria española, que tratándose de delitos especiales impropios mantiene como corolario del principio de accesoriedad el mismo título de imputación tanto para el autor *intraneus* como para el partícipe *extraneus*, viola el principio según el cual cada interviniénte debe responder según su propio injusto y culpabilidad. Por ello, tratándose de “elementos altamente personales” postula un “principio de no accesoriedad”, lo cual significa que tales elementos deberán concurrir en cada interviniénte. Esta solución, en su opinión, es acorde con el grado de accesoriedad limitada y por tanto, con el rechazo para la fundamentación de la pena de los partícipes, de la teoría de la participación en la culpabilidad.<sup>57</sup>

### III. CONCEPTO DE AUTOR DEL MODELO LÓGICO DEL DERECHO PENAL

<sup>56</sup> Peñaranda Ramos, *op. cit.*, nota 29, pp. 20, 338 y 355.

<sup>57</sup> *Ibidem*, p. 340.

### 1. Aspectos generales

Antes de abordar el concepto de autor del modelo lógico del derecho penal es necesario precisar los puntos fundamentales de esta teoría.

El modelo lógico se estructura con base en la distinción de niveles de lenguaje, mismos que constituyen su punto de partida, a saber: en primer lugar, un nivel fáctico, prejurídico, en el cual se ubican las conductas antisociales relevantes para el legislador. En segundo lugar, un nivel normativo, correspondiente a las normas generales y abstractas elaboradas por el legislador, compuestas por un tipo y una punibilidad, tratándose de sujetos imputables. En tercer lugar, un nivel fáctico en el que se ubican los delitos, que constituyen las mismas acciones u omisiones antisociales que motivaron el nacimiento de las normas, pero ahora relevantes para el derecho precisamente por estar sancionadas en la normatividad penal. En cuarto lugar, un nivel normativo, integrado por las normas penales individuales y concretas, emanadas del juez por medio de las sentencias penales. En quinto y último lugar, un nivel fáctico en el que encontramos las penas, entendidas como ejecución de las normas penales individuales y concretas, dictadas por el órgano jurisdiccional.

Esta misma distinción de niveles de lenguaje vale, cambiando lo que hay que cambiar, para los inimputables.

Las consecuencias de esta nueva estructura son muy fecundas, pues le ha permitido superar incongruencias que caracterizan a la doctrina penal dominante, motivadas, entre otras cosas, por su falta de distinción entre el mundo de la normatividad y el mundo de la facticidad, de tal suerte que, en la teoría del delito, en específico en el elemento tipicidad, se ubica al tipo, lo que provoca como consecuencia una amalgama de normatividad penal general y abstracta (el tipo) y facticidad (el delito). Por el contrario, el modelo lógico no sólo distingue con precisión estos dos rubros, sino que, como ha podido apreciarse, propone cinco niveles de lenguaje, que abarcan las tres instancias de ejercicio del *ius puniendi*, como son el Legislativo, el Judicial y el Ejecutivo, mismos que se encuentran regidos por cuatro principios fundamentales, tales como el de legitimación, racionalidad, ponderación y legalidad; ello, con la finalidad de evitar la arbitrariedad y la irracionalidad en el ejercicio de ese derecho.

Los avances alcanzados por esta teoría no sólo en el plano estructural, sino también en el conceptual, repercuten en el concepto de autor que propone.

## 2. Autor material

Para el modelo lógico, sujeto activo es “toda persona que normativamente tiene la posibilidad de concretizar el contenido semántico de los elementos incluidos en el particular tipo penal”.<sup>58</sup>

Con el término “persona” se excluye tanto a los animales como a las cosas como sujetos activos de un delito.

En este orden de ideas, solamente pueden cometer un delito las personas. Pero no todas, sólo las personas físicas, no así las morales, porque carecen de la posibilidad de concretizar los elementos del tipo. Esto, porque es imposible que una persona moral realice una conducta; tan sólo son ficciones creadas por el derecho. Finalmente, a los que se sanciona son a los socios o representantes de la misma.

El modelo lógico todavía va más allá en sus observaciones, al precisar que únicamente el autor material, unitario o múltiple puede ser sujeto activo. De tal modo que los denominados “autor mediato”, “autor intelectual”, “cómplice” y “autor detrás del autor” no tienen la posibilidad normativa de concretizar el contenido semántico de los elementos de los específicos tipos legales, y en consecuencia, no pueden ser sujetos activos.

Para esta teoría, las figuras antes descritas son falsos problemas, por el siguiente análisis:

- a) Sólo puede ser delito lo que está descrito en un tipo penal;
- b) Autor material es la persona que realiza la conducta descrita en el tipo penal.

En conclusión, lo único que existe en el código son autores materiales; esto, con base en el principio de legalidad; lo demás son sólo ficciones doctrinales.<sup>59</sup>

### Análisis del artículo 13 del Código Penal Federal

#### Artículo 13. Son autores o partícipes del delito:

- I. Los que acuerden o preparen su realización;
- II. Los que lo realicen por sí;

<sup>58</sup> Islas, Olga, *Ánalisis lógico de los delitos contra la vida*, 5a. ed., México, Trillas, 2004, p. 33.

<sup>59</sup> Ramírez, Elpidio, *Apuntes de clase. Curso 1994*, Maestría de Derecho Penal, BUAP.

- III. Los que lo realicen conjuntamente;
  - IV. Los que lo lleven a cabo sirviéndose de otro;
  - V. Los que determinen dolosamente a otro a cometerlo;
  - VI. Los que dolosamente presten ayuda o auxilien a otro para su comisión;
  - VII. Los que con posterioridad a su ejecución auxilien al delincuente, en cumplimiento de una promesa anterior al delito, y
  - VIII. Los que sin acuerdo previo, intervengan con otros en su comisión, cuando no se pueda precisar el resultado que cada quien produjo.
- Los autores o partícipes a que se refiere el presente artículo responderán cada uno en la medida de su propia culpabilidad.
- Para los sujetos a que se refieren las fracciones VI, VII y VIII se aplicará la punibilidad dispuesta por el artículo 64 bis de este Código.

Este artículo antes de las reformas penales de enero de 1994 iniciaba diciendo: “Son responsables del delito”, con lo cual se pretendía precisar a las personas a las cuales se les podría aplicar la punibilidad del correspondiente tipo penal concretizado. Actualmente dicho artículo comienza diciendo: “Son autores o partícipes”, de esta forma se pretende determinar quién es autor y quién es partícipe.

Fracción I. “Los que acuerden o preparen su realización”.

Esta fracción se encuentra mal planteada. Por un lado, si se acuerda o se prepara un delito sin que después se ejecute, ello no es punible, porque violaría el principio de legitimación. Por el otro, si se acuerda o se prepara un delito y posteriormente se realiza, se sancionará al agente, pero no por acordar o preparar el delito, sino precisamente por concretizarlo. Por lo que dicha figura debe replantearse, para describir con exactitud la conducta prohibida.

Fracción II. “Los que lo realicen por sí”.

El verbo “realizar” es innecesario, pues la realización ya está prevista en cada tipo penal; realiza el delito quien concretiza el verbo del tipo penal, integrándose de este modo la figura del autor material. En este sentido, dicha fracción, por ser reiterativa, debe desaparecer.

Fracción III. “Los que lo realicen conjuntamente”.

Puede hacerse la misma argumentación por lo que compete a esta fracción. Los tipos de la parte especial del Código regulan al autor material tanto si es unitario como si es eventual o necesariamente múltiple. Por tal razón, esta fracción también debe eliminarse del artículo 13.

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

Esta fracción sí es necesaria. Se refiere a lo que tradicionalmente se conoce como “autoría mediata”. Para esta fracción, el artículo 13 no precisa cuál es la punibilidad a aplicar. Se presume que es la correspondiente al tipo especial que concretice el “instrumento”; pero para no dar cabida a presunciones debiera precisarse cuál es su punibilidad.

Fracción V. “Los que determinen dolosamente a otro a cometerlo”.

Esta fracción también es necesaria. Se refiere a lo que doctrinalmente se conoce como “autoría intelectual” o “instigación”.

En esta fracción, en vez de utilizar el verbo “determinar”, el legislador debió emplear el verbo “instigar” o “inducir”, esto, por la siguiente razón: “determinar” implica fijar términos, delimitar. Es un concepto equívoco, puede determinarse a un sujeto no sólo a través de la instigación, sino también por medio de la coacción; de ser esto así, se abarcaría la fracción IV de este artículo, pues se incluiría uno de los supuestos de la denominada autoría mediata.

En relación con esta fracción, también existe un silencio legal por lo que toca a su punibilidad. Se presume que es la misma que le corresponde al autor material; sin embargo, al igual que en la autoría mediata, debiera precisarse la punibilidad a aplicar, ello por seguridad jurídica.

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

Esta fracción también es necesaria, y se refiere a lo que tradicionalmente se conoce como “complicidad”.

Para esta conducta el artículo 13 sí especifica la punibilidad a aplicar, es la correspondiente al artículo 64 bis del mismo Código, el cual señala una punibilidad de las tres cuartas partes de la correspondiente al delito de que se trate y, en su caso, de acuerdo con la modalidad respectiva.

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

Esta fracción también es necesaria. Tradicionalmente se considera un supuesto de complicidad.

El artículo 13 también especifica la punibilidad a aplicar para esta fracción; es la misma que la correspondiente a la fracción VI.

Para el modelo lógico, los verbos “servirse”, “determinar”, “ayudar” y “auxiliar” correspondientes a estas últimas cuatro fracciones sí tienen con-

tenido; por tanto, es necesario que se continúen regulando en el Código. Lo mismo cabe decir de la conducta prevista en la fracción I, sólo que requiere de una redacción adecuada para precisar que el delito debe ser ejecutado por algún tercero.

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

Esta fracción se refiere a la autoría indeterminada; no se sabe quién de todos los participantes cometió el delito, y a todos se les considera autores materiales. El Código restringe este supuesto para el caso en que no exista acuerdo previo.

Olga Islas hace la siguiente observación respecto de esta fracción:

¿Cuál es la punibilidad para la autoría indeterminada cuando sí hay acuerdo previo? ¿No hay punibilidad? ¿O se aplicará sin base procesal alguna la punibilidad correspondiente a la autoría plenamente probada? El criterio decisivo debe ser la carencia de pruebas y no el acuerdo previo.<sup>60</sup>

Para la autora antes citada, esta fracción tiene un contenido que no es congruente con el previsto por el artículo 13. Esta fracción no prevé ninguna conducta de autor ni de partícipe; en realidad se trata de un caso de falta de pruebas, y, por tanto, de una regla especial para aplicar la punibilidad. Por tanto, Olga Islas propone su exclusión del mencionado numeral.

En suma, para Olga Islas: el artículo 13 no es una norma jurídica accesoria de otras normas jurídicas. Es un artículo que describe tipos autónomos. Así, al que determina se le sanciona por su propia conducta; igualmente al que se sirve o ayuda o auxilia.<sup>61</sup>

Quien concretice todos los elementos de uno de estos tipos será autor material del mismo. Por tanto, para el modelo lógico sólo existe como sujeto activo de un delito el autor material y ningún otro.

### *3. Sujeto activo en el Código Penal de Tabasco*

<sup>60</sup> Conferencia pronunciada en el ciclo de mesas redondas: “La importancia y perspectivas de las reformas penales”, México, D. F., febrero de 1994.

<sup>61</sup> Islas, Olga, *Ánalisis lógico de los delitos contra la vida*, 3a. ed., pp. 35 y 36.

La forma de regulación propuesta por el modelo lógico en relación con el sujeto activo del delito ha tenido acogida en el Código Penal del Estado de Tabasco. En él, las diferentes formas de intervención en la comisión de un delito, como la denominada en México “autoría intelectual” (fracción I del artículo 13), y las manejadas tradicionalmente como autoría mediata, instigación y complicidad, fueron incluidas como tipos autónomos; por tanto, para el Código Penal del Estado de Tabasco sólo existe como sujeto activo del delito el autor material, el cual puede ser unitario o múltiple. Estas figuras se encuentran previstas en el libro segundo, correspondiente a la parte especial, en específico en la sección tercera, relativa a los “Delitos contra la sociedad”, en el título primero, denominado “Delitos contra la seguridad de los bienes jurídicos”.

#### *A. Comisión de delito por medio de otra persona*

“Artículo 223. Al que lleve a cabo un delito valiéndose de otra persona, se le aplicarán las sanciones previstas para la comisión dolosa de ese delito”.<sup>62</sup>

Si analizamos la estructura sintáctica y semántica de este tipo, observaremos que comprende los siguientes elementos:

- Deber jurídico penal: prohibición de valerse de otra persona para llevar a cabo un delito.
- Bien jurídico: la seguridad del bien jurídico que va a ser lesionado o puesto en peligro por el delito para cuya comisión se han valido de otra persona.
- Sujeto activo: el que se vale de otra persona.
- Sujeto pasivo: el titular de la seguridad del bien jurídico que va a ser lesionado o puesto en peligro por el delito para cuya comisión se han valido de otra persona.
- Objeto material: el instrumento, la persona de quien se vale para cometer el delito.
- Hecho: valerse de otra persona para llevar a cabo un delito.
- Lesión del bien jurídico: compresión de la seguridad del bien jurídico que va a ser lesionado por el delito para cuya comisión se han valido de otra persona.

<sup>62</sup> Código Penal del Estado de Tabasco.

- Violación del deber jurídico penal: violación de la prohibición de valerse de otra persona para llevar a cabo un delito.

El “valerse de otra persona para llevar a cabo un delito” es lo que tradicionalmente se conoce como “autoría mediata”. Esta conducta podrá verificarse en presencia de diversas situaciones, a saber: cuando el instrumento actúa coaccionado, siempre que la coacción sea de tal manera que afecte drásticamente su libertad; cuando actúa bajo un error de tipo invencible o vencible; cuando actúa conforme a derecho; cuando obra siendo inimputable, siempre que su capacidad de culpabilidad se encuentre severamente limitada; cuando actúa sin culpabilidad, o sea, bajo un error invencible sobre el deber jurídico penal o sobre la violación del deber jurídico penal; o cuando actúa dentro de un aparato de poder organizado con fines criminales.

Como puede observarse, la punibilidad del que se sirve es la misma que corresponde al delito que cometa el instrumento, porque el fin último del legislador al crear esta norma penal es proteger la seguridad de los bienes jurídicos de la sociedad, de ataques provenientes indirectamente del agente del delito; es decir, de ataques en los cuales se vale de otro sujeto.

#### *B. Instigación a cometer delito*

Artículo 224. Al que instigue a otro a cometer un delito, se le impondrá:

- I. Las tres cuartas partes de la sanción aplicable al delito que fue motivo de la instigación,
- II. La sanción correspondiente al delito instigado, cuando la persona instigada sea un menor o un inimputable o se encuentre bajo los efectos de bebidas embriagantes o de estupefacientes o psicotrópicos u otras sustancias que produzcan efectos similares.<sup>63</sup>

La estructura sintáctica y semántica del tipo de instigación (fracción I) está dada por los siguientes elementos:

- Deber jurídico penal: prohibición de instigar a otro a cometer un delito.

<sup>63</sup> *Idem.*

- Bien jurídico: la seguridad del bien jurídico que va a ser lesionado o puesto en peligro por el delito “instigado”.
- Sujeto activo: el que instiga.
- Sujeto pasivo: el titular de la seguridad del bien jurídico que va a ser lesionado o puesto en peligro por el delito “instigado”.
- Objeto material: los órganos de los sentidos del sujeto instigado.
- Hecho: instigar a otro a cometer un delito.
- Lesión del bien jurídico: compresión de la seguridad del bien jurídico que va a ser lesionado por el delito “instigado”.
- Violación del deber jurídico penal: violación de la prohibición de instigar a otro a cometer un delito.

Como puede observarse, la punibilidad prevista para este tipo penal es la correspondiente a las tres cuartas partes de la sanción aplicable al delito que fue motivo de la instigación. La disminución de la punibilidad correspondiente a este tipo obedece a que es menos grave la conducta de instigar que la conducta de servirse de otro para llevar a cabo un delito. Aquí, existe cierto margen de libertad del sujeto instigado para decidir sobre la comisión o no del delito; por el contrario, en el tipo anterior (artículo 223), la persona es utilizada como instrumento; se valen de ella inclusive en contra de su voluntad. De tal manera que sobre la seguridad de los bienes jurídicos de la sociedad se cierne una amenaza mayor con la conducta de servirse que con la conducta de instigar. Estas circunstancias son las que ha tomado en cuenta el legislador al momento de describir la punibilidad aplicable.

En relación con la fracción segunda del artículo en estudio, se considera que hay que precisar algunas cuestiones. En el supuesto caben dos posibilidades: a) en la primera, el menor, el inimputable o el que se encuentre bajo los efectos de bebidas embriagantes o de estupefacientes o psicotrópicos u otras sustancias que produzcan efectos similares saben lo que van a realizar y, por tanto, actúan dolosamente, en cuyo caso se trata de una instigación; b) en la segunda, tales sujetos no saben lo que van a realizar, y, en consecuencia, actúan sin dolo; por lo cual, en el caso concreto, se trata de una autoría mediata. La interpretación de este supuesto debe hacerse sistemáticamente en relación con el artículo 223 (llevar a cabo un delito valiéndose de otra persona).

### *C. Ayuda en la comisión de un delito*

“Artículo 225. Al que ayude a otro a cometer un delito, se le impondrán dos tercios de la sanción aplicable al delito para cuya comisión prestó la ayuda”.<sup>64</sup>

La estructura sintáctica y semántica del presente tipo está dada por los siguientes elementos:

- Deber jurídico penal: prohibición de ayudar a otro a cometer un delito.
- Bien jurídico: la seguridad del bien jurídico que va a ser lesionado o puesto en peligro por el delito para el cual se “ayuda”.
- Sujeto activo: el que ayuda.
- Sujeto pasivo: el titular de la seguridad del bien jurídico que va a ser lesionado o puesto en peligro por el delito para el cual se “ayuda”.
- Objeto material: puede o no existir dependiendo de la clase de ayuda que se preste a otro para cometer un delito (por ejemplo, si se ayuda proporcionando un arma, el objeto material será el arma).
- Hecho: ayudar a otro a cometer un delito.
- Lesión del bien jurídico: compresión de la seguridad del bien jurídico que va a ser lesionado por el delito para el cual se “ayuda”.
- Violación del deber jurídico penal: violación de la prohibición de ayudar a otro a cometer un delito.

A esta conducta tradicionalmente se le conoce como “complicidad”. Para este tipo se prevé una punibilidad menor que la correspondiente al tipo de instigación, esto en razón de que es más grave crear en otro la idea de delinquir, que el mero acto de ayudar; por supuesto, la ayuda no implica ejecutar el verbo nuclear del delito para el cual se colabora. De ser esto así, la sanción correspondiente no sería la del delito de ayuda, sino la del delito respectivo.

### *D. Ayuda al autor de un delito*

<sup>64</sup> *Idem.*

“Artículo 226. Al que, con posterioridad a la comisión de un delito, ayude al delincuente, en cumplimiento de una promesa anterior al delito, se le impondrán dos tercios de la sanción aplicable al delito cometido por la persona a la cual prestó la ayuda”.

La estructura sintáctica y semántica del presente tipo está dada por los siguientes elementos:

- Deber jurídico penal: prohibición de ayudar al delincuente, en cumplimiento de una promesa anterior a la comisión del delito.
- Bien jurídico: la seguridad del bien jurídico que va a ser lesionado o puesto en peligro por el delito que cometerá el autor al cual se prometió la “ayuda”.
- Sujeto activo: el que ayuda al delincuente en cumplimiento de una promesa anterior.
- Sujeto pasivo: el titular de la seguridad del bien jurídico que va a ser lesionado o puesto en peligro por el delito que cometerá el autor al cual se prometió la “ayuda”.
- Objeto material: puede o no existir dependiendo de la clase de ayuda que se haya prometido al autor de un delito.
- Hecho: ayudar al autor de un delito, en cumplimiento de una promesa anterior a la comisión del mismo.
- Lesión del bien jurídico: compresión de la seguridad del bien jurídico que va a ser lesionado por el delito que cometerá el autor al cual se prometió la “ayuda”.
- Violación del deber jurídico penal: violación de la prohibición de ayudar al delincuente en cumplimiento de una promesa anterior a la comisión del delito.

Considero que este supuesto es una variante más de complicidad, y lo que determina su naturaleza no es tan sólo la aportación, sino, también, el acuerdo previo, lo que refuerza al autor en su decisión de ejecutar el hecho; por ello, puede catalogarse como un ejemplo de complicidad psíquica, de ahí que se prevea la misma punibilidad que para el artículo anterior. Ahora bien, la ayuda posterior puede tener un matiz distinto sin el acuerdo previo, pero ya no existiría una complicidad, sino un encubrimiento.

*E. Acuerdo en la comisión de un delito*

Artículo 227. Al que acuerde con otro la comisión de un delito y al cometerlo no intervenga en su ejecución, se le impondrá la mitad de la sanción aplicable al delito acordado; pero si dicho delito hace posible la comisión de otro delito distinto, en cuya ejecución sí interviene, se le aplicará la sanción del delito acordado, sin perjuicio de la sanción que corresponda al delito en el cual sí intervino.

Son dos supuestos: a) el solo acuerdo con otro en la comisión de un delito ejecutado por algún tercero y en el cual no interviene, y b) el acuerdo con otro en la comisión de un delito que hace posible la comisión de otro delito distinto en cuya ejecución sí interviene.

Los supuestos no se analizan porque no caben dentro del universo tradicional de la autoría y participación.

En esta figura se abarcó la conducta prevista en la fracción I del artículo 13 del Código Penal federal, referida al sujeto que acuerda con otro u otros la comisión de un delito, sólo que en la hipótesis que se propone queda bien claro que el delito se ejecuta por un tercero, porque de no ser así, el solo acuerdo sin la ejecución no lesionaría bien jurídico alguno y, por tanto, no debe sancionarse. Esta figura es necesaria, porque de otro modo quedaría una laguna; por ello se establece en el artículo 227 del Código Penal del Estado de Tabasco. Además, se prevé otro supuesto en el cual el delito acordado hace posible la comisión de otro distinto, en cuya ejecución sí interviene el que acuerda; previéndose las punibilidades respectivas para uno y otro supuesto.

Como ha podido observarse, las estructuras analizadas con antelación: a) son tipos específicos, pues contienen los elementos necesarios y suficientes para garantizar la protección de su propio bien jurídico; b) son congruentes, en virtud de que todos los elementos de los tipos se relacionan entre sí, tanto en su sintaxis como en su semántica; c) son autónomas, porque ningún elemento común existe entre estas figuras y el tipo, verbigracia, de violación, o de fraude, o de lesiones, o de homicidio, etcétera, d) tienen su propio autor: el que se vale de otro, el que instiga, el que ayuda, etcétera.

Estos tipos tienen, también, sus propias estructuras típicas, congruentes y autónomas.

Para clarificar la aseveración precedente y corroborar su consistencia, valga un ejemplo de un supuesto concreto: la instigación a cometer el delito de violación, del cual se van a explicitar únicamente los subconjuntos:

- Deber jurídico penal: prohibición de instigar a otro a cometer el delito de violación.
- Bien jurídico: la seguridad de la libertad sexual del futuro pasivo del delito de violación.
- Sujeto activo: el que instiga a otro a cometer la violación.
- Sujeto pasivo: el titular de la seguridad de la libertad sexual (futuro pasivo de la violación).
- Objeto material: los órganos de los sentidos del instigado.
- El hecho: instigar a otro a cometer el delito de violación. Además, el correspondiente resultado material consistente en la decisión del instigado de cometer el delito de violación; decisión que toma el instigado, como consecuencia de la acción inductiva realizada por el instigador.
- Lesión del bien jurídico: destrucción de la seguridad de la libertad sexual del futuro pasivo del delito de violación, frente al sujeto instigado.
- Violación del deber jurídico penal: violación de la prohibición de instigar a otro a cometer el delito de violación.

Puede advertirse la consistencia de las relaciones sintácticas y semánticas entre los ocho subconjuntos, consistencia que se conserva inalterada en el momento en que se explicitan todos los elementos del tipo específico de instigación.

De esta manera se observa cómo los tipos previstos en los numerales ya transcritos, correspondientes al Código Penal del Estado de Tabasco, en los supuestos concretos, mantienen su propia semántica sin confundirla con la de otro tipo especial, de tal forma que los tipos de “valerse de otra persona para llevar a cabo un delito”, “instigar a cometer un delito”, “ayudar en la comisión de un delito”, “ayudar al autor de un delito” o “acordar en la comisión de un delito”, ejecutado por algún tercero, tienen sus propios elementos, los cuales son totalmente diferentes a los de otros tipos especiales, como son: fraude, robo, violación, etcétera. Así las cosas, los ele-

mentos del tipo de instigación no se confunden con los elementos del tipo de violación. No se da lugar a amalgamas incongruentes, como puede ocurrir en la legislación penal federal, entre la semántica del artículo 13 y la semántica del tipo específico que entra en juego.

Cabe precisar que los tipos especiales antes analizados también se encuentran sometidos a las reglas de la tentativa, generándose en consecuencia la respectiva disminución en la sanción. En relación con este punto, se considera que la tentativa de instigación sólo debe punirse cuando el delito instigado sea uno de los considerados graves; por ejemplo: homicidio, secuestro, terrorismo, entre otros. Por lo que toca a la tentativa de complicidad, en sus dos vertientes, se estima que debe quedar impune por cuestiones de política criminal, porque realmente la gravedad de la conducta es mínima; lo mismo cabe decir respecto al acuerdo en la comisión de un delito, salvo que verse respecto de la ejecución de un delito catalogado como grave.

Por último, se hace notar que los multicitados tipos sólo pueden cometerse de manera dolosa, en virtud de que el artículo 61 del Código Penal del Estado de Tabasco, que prevé los tipos que pueden concretizarse en forma culposa, los excluye. Esta exclusión responde a cuestiones de política criminal. No sería conveniente para la sociedad ampliar el ámbito de deberes, porque representaría una exigencia cultural mayor.

#### *4. Características esenciales del concepto de autor del modelo lógico del derecho penal*

Es evidente que la construcción teórica del modelo lógico respecto al sujeto activo se encuentra basada en el principio de legalidad previsto en el artículo 14 constitucional. En este sentido, sólo puede ser delito lo que se encuentra descrito en un tipo penal, y sólo puede ser sujeto activo de un delito la persona que realiza la conducta descrita en el tipo penal. Por ello, el modelo lógico reconoce tajantemente como único sujeto activo de un delito al autor material, unitario o múltiple, porque sólo él puede concretizar el contenido semántico de los elementos del tipo.

Coherente con sus postulados, el modelo lógico propone la regulación de las conductas conocidas tradicionalmente como autoría mediata, instigación y complicidad, como tipos especiales, además del relativo al acuerdo en la comisión de un delito realizado por algún tercero; de esta forma se

regulan dichas conductas con total apego al principio de legalidad, el cual debe observarse en toda construcción teórica acorde con un Estado social y democrático de derecho.

Consecuente con la forma de regulación propuesta, se rechaza el principio de accesoriedad que caracteriza a los sistemas diferenciadores de autor. Este rechazo obedece a la estimación de que cada sujeto debe responder únicamente por su conducta, sin importar lo que el otro sujeto haga o deje de hacer. Al concretizar el sujeto, por ejemplo, el tipo penal de “instigación a cometer un delito”, el agente ha hecho lo que la sociedad considera anti-social, lo que la sociedad no quiere que el sujeto realice; la conducta del denominado “autor principal” no le agrega nada a la conducta de estos sujetos, su conducta está completa; por tanto, el juez está legitimado a dictar la punición respectiva.

No obstante que para el modelo lógico todos son autores, por reconocer como única forma de intervención en un delito a la autoría material, ello no implica que todos los sujetos deban ser sancionados de la misma forma; en este sentido, contempla para la conducta de “valerse de otra persona para llevar a cabo un delito”, una punibilidad igual a la prevista para la comisión dolosa de ese delito; para la conducta de “instigar a otro a cometer un delito”, una punibilidad de las tres cuartas partes de la sanción aplicable al delito instigado; para la conducta de instigar a un menor o a un inimputable o persona que se encuentran bajo los efectos de bebidas embriagantes o de estupefacientes o psicotrópicos u otras sustancias que produzcan efectos similares que actúan dolosamente, una punibilidad igual a la que corresponde al delito instigado; para la conducta de “ayudar en la comisión de un delito” o “ayudar al autor de un delito”, una punibilidad de dos tercios de la sanción aplicable, al delito para cuya comisión prestó la ayuda, o al delito cometido por la persona a la cual prometió la ayuda, respectivamente; y para el supuesto de “acordar en la comisión de un delito”, una punibilidad que varía, dependiendo de si el delito acordado, hace posible la comisión de otro distinto. Esta diversa punibilidad responde a la distinta gravedad de la conducta desplegada por cada sujeto, porque no es lo mismo, por ejemplo, valerse de una persona como instrumento para matar, que crear la idea de matar, o simplemente ayudar a matar; el autor material de la primera conducta, evidentemente merece una pena mayor que el de la segunda conducta; lo mismo cabe decir del de la segunda conducta, respecto de la tercera.

Los tipos especiales que el modelo lógico propone en relación con el fenómeno de la participación no asumen la forma culposa; ello, por cuestiones de política criminal, porque implicaría ampliar el ámbito de deberes exigibles a los miembros de nuestra sociedad; se le exigiría una mayor diligencia al actuar, para lo cual podría no estar culturalmente preparada.

Como ha podido observarse, la construcción teórica propuesta por el modelo lógico, en relación con el sujeto activo, es una construcción coherente, sin contradicciones internas ni tampoco externas, porque es una teoría respetuosa del principio de legalidad, basada en ideas de necesidad y merecimiento de pena, así como en cuestiones de política criminal; garantizadora de que el sujeto activo responderá únicamente por su conducta y de acuerdo con su propia culpabilidad.

#### IV. CONCEPTOS DE AUTOR EN EL MODELO LÓGICO Y EN LA CORRIENTE PENAL FINALISTA

Son conceptos de autor diferentes. El modelo lógico sólo reconoce como sujeto activo del delito al autor material; por ello, rechaza el principio de accesoriedad; por el contrario, la teoría finalista reconoce la existencia tanto de autores como de partícipes, y, en consecuencia, reconoce la existencia del principio de accesoriedad. El modelo lógico, en consideración al principio de legalidad, parte del tipo para su construcción teórica del sujeto activo; en cambio, el finalismo se basa en la teoría del dominio del hecho para distinguir al autor del partícipe. Para algunos teóricos finalistas, el coautor puede contribuir inclusive en la fase preparatoria del delito, siempre que sea de una manera esencial, proponiéndose de esta forma un concepto de autor amplio que rebasa el tipo penal.

Ambas teorías en el terreno culposo reconocen sólo una forma de intervención: la del autor, pero para el modelo lógico el autor debe satisfacer todos los elementos del tipo penal respectivo; en cambio, para el concepto finalista basta cualquier contribución para ser autor. En este sentido, para la teoría finalista una simple ayuda puede dar lugar a la autoría; en cambio, para el modelo lógico ello no es suficiente; además de que no opera la autoría material del tipo penal de ayuda, porque este tipo, el de “valerse”, el de “instigar”, y el de “acordar”, están excluidos del ámbito culposo. Lo ante-

rior, por cuestiones de política criminal o simplemente porque la naturaleza de dichos tipos no admite esa forma de concreción.

Tratándose de los delitos especiales propios, en el supuesto de que el partícipe sea *extraneus* y el ejecutor *intraneus*, la teoría finalista también incluye la conducta del partícipe en el tipo especial propio, sin importar que no tenga la calidad específica, con lo que violenta el principio de legalidad, ya que se le encuadra en un tipo penal que él no pudo haber concretizado; en este caso sólo se le atenúa la pena. En cambio, para el modelo lógico esta hipótesis no ofrece mayor problema, el partícipe es autor material del tipo penal de ayuda, y de esta manera se respeta no sólo el principio de legalidad, sino también el de conducta, el de culpabilidad y otros igual de importantes.

De este modo, se ha visto que la construcción teórica del sujeto activo elaborada por el modelo lógico no se parece a ningún otro concepto de autor; es una construcción distinta, con sus propias peculiaridades. Se trata de una teoría del sujeto activo que parte del tipo, y todo lo resuelve fundamentalmente con base en él, además de tomar en cuenta otros criterios, como son las ideas de necesidad y merecimiento de pena, cuestiones de política criminal y demás. Reconoce a un solo autor, pero no por ello cae en un concepto extensivo, ya que respeta los principios de legitimación, legalidad, conducta y culpabilidad, entre otros. También, esta construcción, a diferencia de los demás conceptos de autor, es totalmente congruente, sin fallas, sin quiebras. En pocas palabras, puede decirse que la teoría del sujeto activo propuesta por el modelo lógico es una construcción acorde con un derecho penal propio de un Estado social y democrático de derecho.

## V. CONCLUSIÓN

Por lo anterior, se sugiere la regulación de las figuras de autoría mediata, instigación, complicidad tanto en su vertiente de ayuda en la comisión de un delito como de ayuda al autor de un delito, y la relativa al acuerdo en la comisión de un delito ejecutado por algún tercero, todas contenidas en el artículo 13 del Código Penal federal, como tipos autónomos, que deberán ubicarse en el libro segundo, correspondiente a la parte especial, con el título denominado “Delitos contra la seguridad de los bienes jurídicos”.