

# **PARTICIPACIÓN CRIMINAL Y PLURALIDAD DE INFRACCIONES**

Dr. GUILLERMO PADILLA CASTRO,

Titular Derecho Penal.

## **PRIMERA PARTE**

### **Participación Criminal**

1.- Concepto de la Participación Criminal. Generalidades. — 2.- Teoría Clásica de la Participación Criminal. — 3.- Teoría Positiva de la Participación Criminal. — 4.- Otras teorías. — 5.- La Participación Criminal vista como delito autónomo. — 6.- La codelinuencia desde los puntos de vista subjetivo y objetivo. — 7.- Distintas formas de Participación Criminal; moral y material, principal y accesoria, anterior, concomitante y posterior. — 8.- La Participación Criminal con referencia a determinadas situaciones delictuosas: hechos culposos, de omisión, preterintencionales, de ímpetu, que requieren ciertas condiciones personales del autor. — 9.- Delitos multitudinarios. — 10.- Casos especiales de codelinuencia. 11.- Delincuencia asociada. — 12.- Delitos de imprenta. — 13.- Delito Distinto cometido por uno de los codelincentes. — 14.- Desistimiento de un codelincente. — 15.- Otras consideraciones sobre la participación criminal: riña con consecuencias delictivas, participación negativa, encubrimiento, participación con un inimputable, comunicabilidad de las circunstancias. — 16.- Proposiciones del Código Penal Tipo para Latinoamérica.

## **SEGUNDA PARTE**

### **Pluralidad de Infracciones**

1.- Generalidades. — 2.- Acumulación material y formal. — 3.- Delito continuado.

#### **1.—Concepto de la Participación Criminal. Generalidades.**

Ante todo, tenemos que determinar en qué consiste la participación criminal, (concursum pluriun ad idem delictum) ya que

constituye un problema jurídico complejo. En el sentido muy amplio, podemos decir que es la concurrencia de dos o más sujetos en la comisión de un hecho delictuoso. Para Manzini "consiste en el concurso de varias causas humanas, imputables y punibles, en la producción de un determinado delito, en el grado que haya llegado la ejecución de este delito y cualquiera que sea la eficiencia causal de las actividades individuales"<sup>(1)</sup>.

En ese concepto, puede considerarse como participación criminal la efectuada: a) por dos personas, admitiéndose, en ese caso, la variación que es importante desde el punto de vista psicológico, de la pareja criminal, hombre y mujer, en la que se advierte la posición dominante de uno de sus dos componentes; b) la cuadrilla (inc. 1º, art. 273, Código Penal) que se forma "con el auxilio de dos o más malhechores", es decir, con un mínimo de tres participantes y un máximo indefinido; "los individuos de una fuerza armada o de una reunión de personas que, arrogándose la representación del pueblo, ejecutaren cualquier acto en su nombre o peticionaren en ese carácter" (art. 358 C. P.) o, por último, "cuando el delincuente sea un pueblo, un cuerpo de tropas o una porción de individuos que pase de cincuenta" (inc. 3º, art. 162 C. P.). Para ciertos autores estas no son formas de participación, precisamente por el hecho de que están tipificadas en determinados artículos de los Códigos Penales, con reglas que les son propias.

También, se excluye del concepto general a la llamada participación necesaria, que se realiza, cuando la índole misma del delito implica la colaboración de más de una persona en su ejecución, tal como en el caso del duelo, que comprende la acción no sólo de los duelistas sino también de los padrinos y del médico, este último en algunos casos. Todos tienen, de acuerdo con el artículo 213 del Código Penal, el carácter de coautores, cuando del duelo resulte muerte o lesiones y, además, son cómplices los que faciliten armas, local o terreno para el mismo. Concuerdan con el criterio de que en delitos como el duelo no se configura la participación criminal, tanto Florián<sup>(2)</sup>, como Mezger<sup>(3)</sup> o Von Listz<sup>(4)</sup>.

(1) Vincenzo Manzini. Derecho Penal, Tomo III, pág. 246. Trad., Santiago Santis Meléndez. Ediac. Buenos Aires.

(2) Eugenio Florián. Parte General del Derecho Penal. Tomo II, pág. 2. Imprenta La Propagandista. La Habana, Cuba.

(3) Edmund Mezger, Derecho Penal. Parte General. Trad. de la 6ª ed. alemana por Conrado Finzi. Págs 323 - 324.

(4) Frank Von Listz. Tratado de Derecho Penal. Trad. de la 20ª ed. alemana por Luis Jiménez de Asúa y adicionado por Quintilano Saldaña. Ed. Reus, Madrid, Pág. 77.

Una de las características del delito cometido por varias personas es que, desde el punto de vista jurídico, se le ha considerado como un delito único. Todos los participantes son juzgados en un solo proceso y por un solo hecho. Y al efecto, es únicamente importante evaluar el distinto grado o intensidad de dicha participación, con el fin de establecer si se trata de coautoría o simple complicidad.

Este concepto del delito único, en materia de participación criminal, ha sido combatido por algunos autores como Massari<sup>(5)</sup>, para quien, en lugar de existir un concurso en el delito, hay más bien un delito de concurso, debiendo ser juzgados todos los delincuentes, de acuerdo con los resultados de la acción y no por su mayor o menor participación en ella. Consecuencia de esa teoría es que el cómplice no debe ser considerado como tal sino siempre como coautor. El Código Penal Noruego parece haber acogido ese punto de vista, ya que ni siquiera menciona la complicidad. Sin embargo, en el artículo 58, establece que debe atenuarse la pena para el delincuente cuya participación haya tenido poca importancia.

También el artículo 59 del Código Penal Francés, establece que: "los cómplices de un crimen o de un delito, serán castigados con las mismas penas que los autores del crimen o delito, salvo en los casos en que la ley lo disponga en forma distinta"<sup>(6)</sup>. De acuerdo con ese texto, se sanciona en forma igual a todos los que participan en un delito. Pero ello es así sólo aparentemente. Como lo dice Donnedieu de Vabres: "es indispensable precisar el verdadero sentido del artículo 59. Su texto no significa, en forma alguna, que, en una especie dada, la pena que el juez inflingirá al autor principal, será necesariamente pronunciada contra el cómplice. Si el autor principal ha sido castigado con cinco meses de prisión, no es necesario que esta pena deba aplicarse automáticamente al cómplice. Semejante resultado sería inicuo y contradictorio con las tendencias modernas de individualización de la pena. Lo que la ley quiere decir, y eso es diferente, es que la pena legal será común del mismo texto, puesto que han cometido la misma infracción. Pero la individualización judicial de la pena, puede ejercerse, en lo que a ellos se refiere, dentro de los límites previstos por la Ley"<sup>(7)</sup>. Abunda en el mismo sentido otro gran tratadista

(5) Massari. Il momento esecutivo del reato. Pisa, 1923. Págs. 198 y sigs.

(6) Code Penal. Ed. Dalloz, 1947. Pág. 68.

(7) H. Donnedieu de Vabres. Traité Élémentaire de Droit Criminel et de Legislation Penale Comparée. Pág. 265.

francés, Pierre Bouzat quien dice: "En consecuencia, el autor principal, puede ser condenado al máximo de la pena y el cómplice al mínimo (o inversamente) o el autor puede no beneficiarse con las circunstancias atenuantes y el cómplice sí (o inversamente)"<sup>(8)</sup>.

Ese criterio tiende a afirmarse en las legislaciones modernas y así vemos como el artículo 110 del actual Código Penal Italiano, establece que, "cuando varias personas concurren en el mismo delito, cada una de ellas es sancionada con la pena establecida para él"<sup>(9)</sup>. A pesar de esta afirmación tan absoluta, se admite atenuaciones que, individualmente, favorezcan a los participantes.

En la relación de motivos de dicho Código y para justificar esa posición, se expresa que "aún en el caso de que el hecho haya sido objeto de la actividad de varias personas, el resultado debe imputarse a todos los partícipes que contribuyeron a determinarlo con la propia acción; realmente, el ligamen que vincula la actividad de los diversos partícipes, se concreta en una asociación de causas concientes, a las que se debe el resultado y por ello, debe atribuirse la responsabilidad del total acontecimiento, a cada uno de los concurrentes". Y más adelante dice que "de la observación de los supuestos de la vida real, se deduce que la preordenada clasificación de la entidad de la aportación de cada concurrente, tiene que ser, por fuerza, arbitraria, porque un juicio de esta naturaleza, depende en concreto de una multitud de circunstancias que se hallan sustraídas a cualquier previsión y cuyo valor es diverso en las innumerables modalidades de los hechos"<sup>(10)</sup>.

Pareciera, pues, que por distintos caminos tanto el Código Penal Italiano como el Francés, arriban a la misma conclusión, en cuanto a que no cabe establecer distingos para la aplicación de la pena, en los casos de participación criminal.

## 2.—Teoría clásica de la participación criminal.

Carrara, máximo exponente de la teoría clásica, manifiesta que "el delito se compone de dos elementos: el elemento físico, (movimiento del cuerpo, actos externos) sin el cual la infracción

(8) Pierre Bouzat. *Traité de Droit Penale et de Criminologie*. T. I. Pág. 615. Librairie Dalloz, Paris, 1963.

(9) *Codice Penale 1930*, Pág. 109.

(10) *Relazione, Regi, decreti e testo definitivo del Codice Penale e del Codice de Procedura Penale*. Pág. 109. Ed. 1930

de la ley no es posible; el elemento moral (designio criminal, intención) sin el cual la violación material del derecho, es un infortunio accidental. Ahora bien, la participación de varios individuos, puede haber ocurrido en uno solo de estos momentos o en ambos. De aquí, surge, espontánea, la partición de esta teoría, según se considere o un concurso de acción sin concurso de voluntad, o un concurso acumulativo de acción y voluntad"<sup>(11)</sup>. Dentro del primer grupo (concurso de acción sin concurso de voluntad) concibe cuatro posibilidades: **primero, cuando se ha participado en un delito, con una intención inocentemente distinta**; el ejemplo es el de un delincuente que se aprovecha de la acción de una persona cuando esta creía realizar un acto lícito; **segundo, cuando existe una acción criminosamente distinta**, es decir, cuando el partícipe al coadyuvar en el delito, creía cometer uno más leve; cita como ejemplo, una sentencia de los tribunales franceses del año pluvioso, año XIII, que condenó a un muchacho y le aplicó la pena de muerte, porque habiéndole prestado un bastón a un compañero, éste se sirvió de dicho objeto para ultimar a un enemigo, a pesar de que le había jurado no hacerlo. En este caso, el ajusticiado colaboró con el delincuente principal, pero con una intención inocentemente distinta. **El tercero se presenta, cuando concurre una intención indirecta negativamente, como ocurre en los hechos culposos, en los que no cabe la participación criminal.**

**El último, la intención imperfecta, se concreta en los delitos llamados de ímpetu.**

Concluye Carrara manifestando, que, "el concurso material al delito ajeno, por eficiente que sea, no vuelve nunca partícipe del delito, si no hubo intención determinada en coadyuvar".

Un segundo grupo es aquel, en donde existe concurso de voluntad, sin concurrencia de acción. Se trata de la participación moral y considera Carrara, que se presenta únicamente cuando el hecho se haya realizado y que la influencia ha sido decisiva por parte de quien ha impelido a otro a cometer un delito. De esta forma de participación moral, surgen, según dicho autor, cinco figuras distintas: el mandato, la orden, la coacción, el consejo y la sociedad para delinquir.

(11) Francisco Carrara. *Programa de Derecho Criminal*. Editorial di Palma. Buenos Aires. Pág. 283.

El mandato, se verifica cuando se realiza una compulsión sobre otro con el objeto de que ejecute un delito en el que tiene interés el mandante; la orden reviste el mismo carácter, pero se da con abuso de autoridad; la coacción, es un mandato a delinquir realizado con amenaza grave; el consejo, es la instigación dirigida a alguien, con el fin de inducirlo a cometer un delito por su exclusiva utilidad y cuenta y, por último, la sociedad, es un pacto realizado entre varias personas con el fin de consumir un delito para utilidad común o respectiva de todos los asociados. Carrara insiste en que en todos estos casos, debe existir un principio de ejecución, ya que "se puede ser cómplice de una tentativa, pero no se admite tentativa de complicidad".

El tercero, está constituido por aquel grupo de delitos en los que existe, concurso de voluntad y concurso de acción y que, a su vez, Carrara divide en tres casos: cuando son anteriores al momento de la consumación, cuando son concomitantes con ésta y cuando son subsiguientes. En el primer caso hay auxilio, en el segundo codelincuencia y en el tercero, encubrimiento. Este edificio de tres pisos con sus distintos compartimientos, es una de las tantas construcciones que son típicas del orden lógico que imprime Carrara a toda su monumental obra. Exposición fría, metódica, ordenada. Y, por lo mismo, difícil de superar.

### 3.—Teoría positiva de la participación criminal.

La posición de la Escuela Positiva, en cuanto a la participación criminal, ha sido concretada por Enrique Ferri, en su malogrado Proyecto de Código Penal, cuyo artículo 17 expresa: "Todo el que como autor, coautor o cómplice, concorra material o moralmente, de cualquier modo al delito, estará sometido a la sanción prescrita por éste. La sanción podrá ser atenuada, con arreglo a las normas del artículo 76, para el que haya participado, mediante una acción, que revele una menor peligrosidad. En los casos del mandato aceptado, se aplicarán, según los casos, las disposiciones del artículo 16"<sup>(12)</sup>. Este artículo expresa que cuando la consumación del delito no ha tenido lugar, por circunstancias accidentales, el Juez, teniendo en cuenta las modalidades del hecho y la acción realizada, puede imponer la sanción establecida para el delito consumado.

(12) Enrique Ferri. Derecho Criminal. Pág. 738.

En el pensamiento de Ferri, privan dos consideraciones: en primer lugar, su íntima convicción de que la participación criminal en sí, revela una mayor peligrosidad por parte de todos los que en ella actúan ya que todos tienen que haber calculado que al actuar conjuntamente, el riesgo que se corre es menor y la seguridad del resultado, mayor. En segundo lugar piensa que la participación criminal da una medida precisamente de esa menor o mayor peligrosidad; unos se manifiestan como especialmente crueles, en otros se revela más bien repugnancia por los excesos a que esa acción conjunta haya dado lugar. Esa distinta personalidad del delincuente, que se revela en el momento de la acción, tiene, para Ferri, mayor interés que su resultado.

Escipión Sighele expone que el principio de la participación criminal, "debe ser enunciado en su forma más simple y aplicado en toda su extensión. O, lo que es igual, debe decirse: el delito de varios delincuentes es más peligroso que el delito de uno solo, y, por lo tanto, el concurso de varias personas en un mismo delito es siempre una circunstancia agravante. Ciertamente, deberán graduarse los efectos penales de esta circunstancia agravante según que el concurso sea de pocas o de muchas personas, según que el propósito criminoso vaya encaminado a uno solo o a muchos delitos, a un delito grave o a uno leve, y según la temibilidad de cada uno de los delincuentes; pero todo esto serán modalidades de aplicación del mismo principio, el cual debe permanecer firme e invariable en su expresión más general, invocándose en todos los casos, y no sólo en los más extremos"<sup>(13)</sup>.

Ferri parece coincidir parcialmente con la posición adoptada por Sighele y piensa que la participación criminal debe ser regulada, no en razón de su resultado material, sino, sobre todo tomando en cuenta la peligrosidad revelada por cada uno de los agentes en el momento de la acción. En apoyo de su tesis, dice: "la diversidad de los actos de participación en el delito, no sólo tiene un valor objetivo o causal sino también un valor sintomático, y, por tanto, debe ser siempre destacado ya que concurre en los motivos determinantes y la personalidad del delincuente a precisar el grado de peligrosidad. Consumar el acto homicida directamente sobre la víctima o limitarse a instigar o a suministrar el arma o a abrir la

(13) Escipión Sighele. La teoría positiva de la complicidad. Págs. 23-24. Trad. de P. Dorado. Ediciones de España - Moderna.

puerta, indican, de ordinario, una diversa potencia ofensiva derivada de una diferente repugnancia al delito<sup>(14)</sup>.

#### 4.—Otras teorías.

En el campo puramente teórico, han surgido modernamente otras teorías y entre ellas, por haber sido muy discutida, citaremos la que atribuye una importancia decisiva a la causa como determinativa del fenómeno de la participación criminal, de la que se desprenden a su vez, varias derivaciones; una de ellas, es la de equivalencia de condiciones que "parte del supuesto de comprobar si suprimiendo mentalmente alguno de los múltiples factores y condiciones que concurren a determinar un resultado cualquiera, este se hubiera materializado en la forma en que realmente se dio"<sup>(15)</sup>. Esa teoría, fue adoptada por el Código Penal Brasileño, que en su artículo 11 dice que "el resultado del cual depende la existencia del delito solamente es imputable a quien lo causó. Se considera causa, la acción u omisión sin la cual el resultado no hubiera existido"<sup>(16)</sup>.

En la respectiva exposición de motivos se expresa que "el proyecto adopta la teoría llamada de la equivalencia de las condiciones o de la "conditio sine qua non". No distingue entre causa y condición: todo cuanto contribuya, en concreto, para el resultado, es causa. No deja de ser imputable al agente, aún cuando la pretensión de éste se haya aliado a su acción u omisión una concausa, esto es, otra causa preexistente, concomitante o sobreviniente. Solamente en el caso en que se verifique una interrupción de causalidad, o sea, cuando sobreviene una causa que, sin cooperar propiamente con la acción u omisión, o representando una cadena causal autónoma, que produce por sí sola el resultado y que este no puede ser atribuido al agente, le será imputado a éste tan solo el resultado que se verifique por efecto exclusivo de su acción u omisión"<sup>(17)</sup>.

Estima don Luis Jiménez de Asúa que la equivalencia de condiciones es la única correcta para resolver este y otros proble-

(14) Ob. cit. Pág. 517.

(15) Guillermo J. Fierro. Teoría de la Participación Criminal. Pág. 173. Editorial EDIAR. Buenos Aires. 1964.

(16) Código Penal Brasileño. Códigos Penales Ibero-Americanos, según los textos oficiales. Pág. 606. Editorial Andrés Bello. Caracas.

(17) Código Penal Anotado. Vol. I. Págs. 63-73. Sao Paulo. Cia Edit. Nacional. 1943.

mas penales, ya que "el principio de conditio sine qua non, ya formulado, es absolutamente indispensable para decidir sobre el nexo causal entre la acción humana y el resultado concreto. Cuando se contempla, pues, la relación de causa en su aspecto filosófico y en su aplicación causal al Derecho punitivo, no hay más teoría correcta que la equivalencia de las condiciones"<sup>(18)</sup>. A pesar de ello, dicho autor critica severamente esa doctrina en sus aplicaciones extremas, apoyándose en Carlos Binding, quien afirma, que, de aplicarse en forma extensiva, conduciría al absurdo de considerar como coautores en el delito de adulterio no solo a la mujer que yace con varón que no es su marido sino al carpintero que fabricó la cama.

La solución definitiva para Jiménez de Asúa, estriba en la concurrencia de tres elementos: primero, la relación causal entre la conducta voluntaria y el resultado, según la teoría de la equivalencia de condiciones; segundo, la relevancia jurídica de la conexión causal que ha de determinarse en cada tipo (descripciones típicas de la parte especial de los Códigos) y tercero, la culpabilidad del sujeto en orden al resultado.

Para ciertos autores alemanes, que cita Guarneri<sup>(19)</sup>, el eje de la participación es su naturaleza accesoria, ya que en el delito hay siempre una acción principal, que se distingue netamente de las que tienen carácter secundario y que llevan a cabo tanto los que instigan como los que ayudan a la comisión del delito. Estas no son causas del hecho ilícito y no tienen significado sino en relación con el delito al cual pertenecen.

Las acciones que ejecutan los cooperadores no son delictuosas en sí sino en relación con el hecho principal y en virtud del principio que pena la complicidad en el hecho intentado o consumado.

Esta teoría no tiene gran validez jurídica, pues, no solo deben ser sancionados los hechos delictuosos en su materialidad, sino que, en esto estamos de acuerdo con la Escuela Positiva, por la mayor o menor peligrosidad revelada por los autores principales y sus cooperadores y es tan peligroso quien instiga a la comisión de un delito como quien lo comete.

(18) Luis Jiménez de Asúa. La Ley y el delito. Pág. 279. Editorial Sub-Americana. Alsina 500 Buenos Aires. Rep. Argentina.

(19) Guarneri. Il concorso di piu persone nel reato secondo la dottrina della causalità e dell'accessorieta. Scienza Positiva. 1936. Pág. 31.

El principio de causalidad ha sido acogido por el artículo 41 del Código Penal Italiano <sup>(20)</sup> que dice: "el concurso de causas preexistentes o simultáneas o sobrevinientes, aunque sean independientes de la acción o de la omisión del culpable, no excluyen la relación de causalidad de la acción u omisión del hecho". De donde se deduce que todos los que participan en un hecho punible son sus causantes y, en consecuencia, este puede imputarse individualmente a los que en él hayan participado. De todas maneras, la particularización de la pena se opera en el momento en que algunos de los participantes gocen de circunstancias que la atenúan y otros de circunstancias que la agravan.

Para Antolisei "la verdadera esencia de la participación criminal, resulta aclarada, si se considera que no es más que una manifestación del general fenómeno humano que se denomina asociación"<sup>(21)</sup>.

Recordemos la vieja teoría de Von Buri para quien todos los participantes de un delito deben ser penados por igual ya que este es un conjunto de causas y son ellas las que lo determinan; si alguna falta, el delito no se realiza y si un eventual participante no concurre a la acción delictuosa esta se dificulta o se imposibilita.

Angiolini concreta esa posición al afirmar que "la responsabilidad de los diversos participantes encuentra su justificación precisamente en el hecho de que todos son autores de él, por pertenecer a cada uno de ellos la operación conjunta que ha dado origen al delito mismo"<sup>(22)</sup>.

Sin embargo, cabe destacar, que ello no excluye la diferencia entre autor y partícipe. Ella sigue manteniéndose y ha sido determinada por el autor alemán Birkmeyer, citado por el propio Antolisei, así: el autor pone la causa del resultado mientras que el participante realiza una simple condición de él; dicha participación puede ser psíquica o moral. En nuestro Código Penal esta última puede ser decisiva como en el caso del instigador (artículo 43 del Código Penal) o simplemente estimulativa del deseo criminal (artículo 44 del mismo Código).

(20) Código Penal Italiano Edición citada, página 28.

(21) F. Antolisei. Manual de Derecho Penal. Pág. 396. Ed. Utea. Buenos Aires.

(22) Angiolini. Ob. citada. Pág. 397.

## 5.—La participación criminal vista como delito autónomo.

La teoría de que la complicidad criminal, constituye un delito "per sé", fue desarrollada por Massari, quien vé "en la participación individual de los delincuentes un delito distinto"<sup>(23)</sup>. Cita como ejemplo un principio análogo que existe en el Código Penal Argentino (art. 45) y en el nuestro (art. 43) y que sanciona como autores del hecho punible a quienes "determinaren a otro de modo bastante a cometerlo"; es indudable que esta participación es anterior al delito. Además, los llamados cómplices realizan a veces una serie de actos que, aislados, no constituyen delito alguno; el hecho de que uno de ellos compre un revólver para cooperar en un homicidio, considerando aisladamente, no constituye en sí un hecho punible; este se concreta cuando el ejecutor hace uso del arma.

Contra esa ingeniosa teoría, que tiene apariencia de exactitud, se pronuncia Sebastián Soler quien dice: "Menos aceptable parece aún la tesis de Massari, cuando concibe a la participación como delito autónomo, al que llama delito de concurso. Es manifiesta la necesidad de que la gravedad de ese pretendido delito autónomo dependa de la gravedad del delito a que concurre, ya que muy distinto es concurrir a un homicidio alevoso o a un modesto hurto y entonces los problemas de la participación quedan subsistentes en su integridad, pues la figura autónoma no funciona nunca sino con relación a otra principal, y esta es aplicable en cuanto a ella se vincule la fragmentaria acción del partícipe"<sup>(24)</sup>.

Citamos la teoría pluralista de la participación porque a ella se refieren muchos autores, pero eso no quiere decir que la aceptemos, ya que se separa abiertamente de la técnica pura que debe prevalecer en el Derecho Penal, como en todo el Derecho, pues no puede admitirse la autonomía de la acción, máxime, en el caso frecuente de que la voluntad conjunta, generalmente está dirigida por un solo delincuente y ese fenómeno real no puede ser desconocido.

A pesar de ello dicha fórmula ha sido acogida por el Código Penal Noruego al abolir la complicidad y considerar que el cómplice es siempre un autor mediato del delito; la única atenuación que admite es para aquél que ha tenido una participación insignificante o de poca importancia en el hecho principal.

(23) Massari. El momento ejecutivo del reato. 70 y sigs.

(24) Sebastián Soler. Ob. cit. T. II. Pág. 270.

Debemos apuntar también el antecedente establecido por el Congreso de Derecho Penal de Linz, que se celebró en 1895 y cuya resolución relativa a la complicidad, abandona la vieja tendencia de subordinación del cómplice al autor principal y castiga a cada uno de los participantes en el hecho como autores de un delito especial, individualizando la represión.

Una doctrina más actual, desarrolla con amplitud Carnelutti al manifestar que "el delito concursal es, no solo una suma, sino, ante todo, una suma de delitos singulares. Cada uno de estos puede llamarse delito en concurso" que consiste, "en no ser un delito autónomo sino un elemento del delito complejo. Entre el delito en concurso y el concursal hay la misma diferencia que entre la parte y el todo". Manifiesta, en apoyo de sus tesis, que "en el concurso hay algo menos que en el delito autónomo ya que los participantes se dividen la tarea que habría realizado el autor único y algo más, que es la suma de voluntades conjuntas que concurren a realizar el delito"<sup>(25)</sup>.

#### 6.—La codeinlucencia desde los puntos de vista subjetivo y objetivo.

La teoría subjetiva trata de diferenciar la distinta responsabilidad de los autores en relación con los cómplices; según hemos visto, para los partidarios de la "equivalencia de condiciones", esa responsabilidad es la misma en tanto ambos han sido la causa original del hecho delictuoso, es decir cuando los participantes están movidos por la resolución de ser coautores del mismo, pero si se trata de una simple contribución a este, entonces y solo entonces, nos encontraremos la figura del cómplice. Aplicando ese principio a nuestra Ley, tendríamos que es coautor del delito quien instigare o forzare su comisión (art. 43) y en cambio es cómplice quien alentare o animare a otro a realizarlo (art. 44). Se adivina, en esa participación de orden moral, el designio del autor en activar la realización del delito; en cambio, en el cómplice, ese interés es secundario, casi podemos decir circunstancial. Dentro de la teoría subjetiva hay, pues, una diferencia bien determinada por la mayor o menor intención de participar en el delito.

(25) Francesco Carnelutti. Teoría General del Delito. Págs. 262 y sigs.. Traducción de Victor Conde. Editorial Revista de Derecho Privado.

La teoría objetiva, en cambio, fija la responsabilidad en relación con el aporte de cada partícipe a esa especie de sociedad de responsabilidad limitada que constituye el delito en participación. Serían autores los que hayan realizado el hecho conjuntamente; también podrían serlo quienes se han servido de un inimputable o inculpable para conseguir su fin doloso, o el instigador que ha convertido al ejecutor en un simple instrumento de su voluntad; todos los demás vienen a ser simples cómplices, con mayor o menor responsabilidad, de acuerdo con los elementos objetivos, que no lo son sino como consecuencia de su intención de colaborar en la realización delictuosa pero que por lo mismo la determinan. Cabe, pues, diferenciar la acción de los cooperadores secundarios y determinarla de acuerdo con esos elementos objetivos, que no son sino un retrato fiel de la intención que los anima. De allí la importancia de la teoría objetiva.

#### 7.—Distintas formas de participación criminal: moral y material, principal y accesoria, anterior, concomitante y posterior.

La participación moral puede dividirse en principal y accesoria; la primera, que se configura en la coautoría, aparece nítidamente tipificada en nuestro Código en aquellos que "instigaren, forzaren o determinaren a otro de modo bastante a cometer" el hecho delictuoso; en cambio la secundaria, constitutiva de complicidad, en aquellos que "animaren o alentaren a otro en su resolución de cometer un delito". La primera figura está en el artículo 43; la segunda en el artículo 44 y en ese mismo hay otra forma de alentar al delincuente principal, que es prometiendo ayuda y cooperación para después de realizado este.

Carrara, como lo hemos visto, particulariza los distintos casos de participación moral, pero involucra algunos que no lo son, ya que en ellos la acción delictuosa se traslada del ejecutor del hecho material, al supuesto coautor; si una persona, con intención dolosa, empuja a otra contra una ventana y esta se despeza, de esa acción de daños no responde el empujado; esa fuerza, desplazada al campo moral, también puede anular la voluntad del que actúa, como por ejemplo, en el caso de la obediencia explicable por las circunstancias del hecho; si un centinela ignorante, recibe el orden del superior jerárquico de disparar contra gentes que se dirigen pacíficamente hacia el cuartel, de las consecuencias respon-

de este último. También resulta claro, que el inimputable que actúa instigado, sigue siendo inimputable y de sus actos responde el instigador; todos estos casos de participación física o moral excluyen la responsabilidad del autor material del hecho.

Indiquemos, ahora, el texto de nuestro Código en cuanto a la determinación de los autores y cómplices; el artículo 43 establece que son autores del hecho punible, los que lo realizaren por sí mismos, es decir quienes hayan participado en todas las fases del "iter criminis" o por lo menos en sus etapas finales de ejecución y consumación; también quienes tomaren parte en la ejecución; los que coadyuvaren con auxilio o cooperación sin los cuales no habría podido ejecutarse o se habría dificultado notablemente. El Código Penal español establece el principio en forma tajante y clara, en su artículo 13<sup>(26)</sup> que dice: "los que cooperaren a la ejecución del hecho por un acto sin el cual no se hubiere efectuado".

Por lo mismo es interesante anotar algunos casos resueltos por la jurisprudencia española y que se refiere a la cooperación. Se estima que son autores, por ejemplo, los que vigilan la casa en donde se comete un robo (S. de 4 febrero 1931) y también quien facilita la entrada en el local (S. de 3 de marzo 1950) o quien sujeta a una persona para que lo hieran (S. 19 de diciembre 1905). Es evidente que, sin ese auxilio, el delito no habría podido ejecutarse y por lo mismo, como lo quiere nuestra ley, se habría dificultado notablemente, que es un aspecto menos saliente de la cooperación.

Sigue nuestro Código enumerando los casos de coautoría y establece, por fin, que también son sancionados como autores del hecho punible los que instigaren, forzaren o determinaren a otro de modo bastante a cometerlo. En cuanto a estas formas de participación moral, se determinan tres tipos distintos: la inducción, en primer lugar. Para que la inducción pueda operarse se estima que debe ser directa y eficaz, es decir que se actúe sobre la voluntad del inducido con el propósito de que cometa un acto determinado y que por otro lado, su influencia sobre este sea decisiva ya sea por las condiciones de predominio, influencia o parentesco o por la débil voluntad del ejecutor material del hecho.

En cuanto al forzamiento, debemos eliminar como tal, la fuerza física que se ejerza sobre el autor material del hecho, con el fin de que lo cometa; ya lo veremos mas adelante. Debemos estimar que el texto se refiere más bien a una presión acentuada

(26) El Nuevo Código Penal, comentado por Manuel López Rey y Félix Alvarez Valdés, pág. 74. Editorial Revista de Derecho Privado. Madrid.

sobre la voluntad del sujeto de quien se sirve el autor moral. Pensamos y con el fin de evitar confusiones por parte de los tribunales, que es aconsejable la eliminación de las formas de expresión referentes a fuerza o instigación; basta, como lo hace el Proyecto de Código Penal Guatemalteco en su artículo 28, indicar que tiene la calidad de autor quien "intencionalmente ha determinado a otro a cometer el hecho"<sup>(27)</sup>.

El Código Penal Soviético en su artículo 17 considera "cómplices a las personas que han determinado la ejecución del delito" y aplica medidas de defensa social, atendiendo al grado de su participación en el hecho y de la peligrosidad de los sujetos que en él han participado<sup>(28)</sup>.

El Código Penal Italiano en su artículo 115, declara no punible el simple acuerdo para cometer un delito si este no se ha llevado a cabo; sin embargo, considera que puede aplicarse una medida de seguridad a los posibles cómplices, lo mismo que al instigador, cuando el resultado querido no se ha producido.

En cuanto a la clasificación que se hace de la participación en principal y accesoria, ella se deduce de sus términos, siendo principal la de los coautores y accesoria la de los cómplices.

La participación puede ser también anterior, concomitante o posterior al hecho; anterior es la del instigador, concomitante, la del que concurre en el mismo y posterior la de los que prometieren su ayuda o cooperación para después de cometido; estos son simples cómplices siempre que no se trate de inductores ya que actúan mediante una promesa previa aunque la ayuda sea posterior. A estos participantes se les ha llamado cómplices secundarios, cuando esa ayuda se ha realizado.

8.—La participación criminal con referencia a determinadas situaciones delictuosas: hechos culposos, de omisión, preterintencionales, de ímpetu, que requieren ciertas condiciones personales del autor.

a) Hechos culposos.

Uno de los puntos más debatidos, desde el punto de vista de la participación criminal es el de determinar si ella puede existir

(27) Anteproyecto de Código Penal. Guatemala. 1960.

(28) Legislación Soviética Moderna. Pág. 265. Unión Tipográfica Hispano Americana, México. Trad. de Miguel Lubán.



en cuanto a los hechos culposos. Antolisei estima que aunque en los delitos culposos puede ocurrir cierta cooperación, "sin embargo, debe reflexionarse en que la cooperación que puede presentarse en el delito culposo no es nunca completa. Se limita siempre a la conducta exterior, sin afectar nunca al resultado, puesto que es característico de esta clase de delitos, que el resultado no sea querido. La convergencia de la voluntad, afecta, a una parte solamente del hecho que constituye el delito. Se deduce de ello que en los delitos culposos no se presentan todos los requisitos de la participación delictiva que, como se ha visto, implica, además del conocimiento de la acción ajena, la voluntad de contribuir, con la propia actividad, a la realización del crimen. En consecuencia, entendemos que una verdadera participación criminal no puede ser configurada en el delito culposo"<sup>(29)</sup>.

Contra ese criterio se pronuncian autores como Eusebio Gómez, quien dice: "La participación en los delitos culposos no puede ser negada. Si varias personas, procediendo en cualquiera de las hipótesis que definen a la culpa penal, intervienen en un acto al que concurre la voluntad de todas ellas, la circunstancia de que no hayan querido ni previsto el efecto dañoso que de tal acto deriva, no borra la realidad del acuerdo para llevarlo a cabo; y esta realidad es la que conduce a sostener la afirmativa en la cuestión propuesta. Ejemplo, entre cientos, de participación en la culpa, podemos encontrar en el hecho de los que, viajando en un automóvil, instigan al conductor a desarrollar una velocidad excesiva, ocasionando el atropello de un transeúnte y la muerte del mismo, como consecuencia"<sup>(30)</sup>.

Para Guillermo J. Fierro la mejor posición consiste en no pronunciarse ni por una ni otra tesis y concluye diciendo: "Desgraciadamente, constituye todo un problema . . ." <sup>(31)</sup>

No es esa nuestra posición, decididamente adversa a la posibilidad de que exista participación criminal en los hechos culposos. Por una razón muy simple. Porque la fundamentación de la culpa, según lo vimos, está en que el resultado aún cuando haya sido previsto no ha sido querido; no hay voluntad ni deseo de cometer un daño y éste surge, únicamente por imprudencia, negligencia o im-

(29) Ob. citada. Pág. 419.

(30) Eusebio Gómez. Ob. cit. II. Pág. 494.

(31) Guillermo Fierro. Ob. cit. Pág. 64.

pericia de su autor. En la pretendida participación criminal culposa, esa acción conjunta que caracteriza el fenómeno, se esfuma, ya que falta la voluntad dirigida a la comisión de un acto y la imprudencia no puede compartirse. En el ejemplo del conductor, a quien se le pide que marche a una velocidad excesiva, tanto este como el que determina la imprudencia, responden cada uno por su propia culpa. No hay participación porque a ello se oponen los elementos estructurales de la culpa.

De todos modos, hay que dejar constancia de que tanto una tesis como la otra, han tenido brillantes sostenedores, como lo hemos visto en el caso de los autores citados. De un lado además, Ferri, Gómez, Altavilla y en el otro, no admitiendo la codelinuencia en la culpa, Jiménez de Asúa, Carrara, Pessina, Florián.

Nuestro Código en el artículo 43, in fine, establece que "en el cuasidelito que proviniera de la acción u omisión de más de un agente, todos tendrán la responsabilidad de autores"; no se trata, pues, de una responsabilidad conjunta sino individual y de carácter de autoría para todos los participantes.

#### b) Hechos de omisión.

Se puede delinquir no solo actuando sino dejando de actuar; esta última forma corresponde a los delitos por omisión cuando esta es un fin en sí; en cambio cuando la omisión es un medio, tenemos la figura de omisión por comisión, según lo vimos oportunamente; en el primer caso hay inobservancia de un precepto obligatorio, como en el artículo 393 de nuestro Código; sanciona al funcionario público que, faltando a las obligaciones de su cargo, deja de promover la persecución de delincuentes; en el segundo, se trata de una omisión como fin, como en el caso de la madre que no dá su pecho al hijo con el objeto de que muera por inanición.

En ambas posibilidades, puede darse la participación criminal ya que el acuerdo de voluntades no está excluido; supongamos, en el primer caso, que la omisión no solo la hace el juez sino que en ella ha convenido también el secretario del juzgado y en el segundo caso que para eliminar al niño haya un compromiso entre el padre y la madre de éste y el primero sea instigador del hecho. Podría suponerse también la posibilidad de que en este último ejemplo, surgiera un cómplice: aquel que se comprometiera a enterrar el cadáver de la víctima en su finca.

### c) Delitos preterintencionales.

Ya hemos visto en qué consiste el delito preterintencional, y que está constituido por la realización de un hecho que ha sido previsto pero no querido. Es una combinación de dolo y culpa. Es precisamente en razón de este último elemento y para ser consecuentes con nuestra posición adversa a la participación culposa, que la negamos también en los delitos preterintencionales, sobre todo tomando en cuenta que la acción física inicial es mucho más grave en tratándose de una actuación conjunta y que del mayor daño eventual, que es su consecuencia, deben responder individualmente quienes participan en el hecho delictuoso.

### d) De ímpetu.

La participación impetuosa es admitida por Carrara<sup>(32)</sup> en el ejemplo de dos personas que atacan a una mujer en estado de embarazo "por ímpetu súbito". Esa posibilidad es clara; suponemos también que dos hermanos montan en cólera ante ofensas que se la infieren a su padre y atacan al ofensor, produciéndose un hecho de lesiones; de él responden ambos, sin que pueda determinarse cuál de ellos produjo las de mayores consecuencias; ambos son culpables del resultado y han actuado en un momento de ímpetu.

### e) Qué requieren ciertas condiciones especiales del autor.

Hay delitos que no pueden ser cometidos sino específicamente por cierta categoría de personas, como por ejemplo los funcionarios públicos, en el caso de los delitos contra la administración pública; pero también se contempla la participación de una persona que no tiene dicha calidad. El artículo 386 expresa que "el funcionario o empleado público que, abusando de su cargo, reclamare un servicio indebido, o exigiere o hiciere pagar, por sí o por interpuesta persona, un impuesto, contribución o derecho que legalmente no se deba, será castigado con inhabilitación para el ejercicio de cargos y oficios

(32) Ob. citada, T. I. pág. 331.

públicos de seis meses a dos años"; aunque la sanción no cubre al posible intermediario, es evidente que éste ha tenido participación en el hecho y que debió haber sido previsto en la ley; más claro es el caso del agente de la fuerza pública que rehusare, sin causa justificada, la prestación de un auxilio requerido por autoridad competente, en el ejercicio de sus atribuciones; ese rechazo de auxilio puede ser cometido por parte de varios agentes obligados a suministrarlo. (Art. 375 C. P.).

### 9.—Delitos multitudinarios.

El fenómeno de la multitud delincuente ha sido estudiado, sobre todo por Gustavo Le Bon y por Escipión Sighele. Concluyen ambos autores en que la multitud delincuente tiene una psicología propia y diferente de la individual; personas de vida correcta e incapaces de cometer hechos reprensibles o dolosos, poseídos del delirio colectivo, descienden a la categoría de delincuentes comunes. No son ellos los que han actuado, según dichos autores, sino algo superior a su voluntad, que los arrastra incontinentemente. Para Sighele esa circunstancia debe tomarse en cuenta en el sentido de considerar que los delitos de la muchedumbre, deben estimarse en forma atenuada, para los que son simples instrumentos de quienes han incitado o dirigido la acción y dice: "la opinión de la muchedumbre, bien se haya formado instantáneamente, bien poco a poco en el tiempo, deriva siempre de la opinión de un solo hombre o de pocos. Se verá propagarse la sugestión con la velocidad del rayo o de una manera lenta y regular, y habrá que convenir en que la voluntad de la mayoría no es jamás la suma de las voluntades de los que la componen sino el reflejo y, por decirlo así, la reproducción inconsciente de la voluntad de un solo individuo"<sup>(33)</sup>. Sighele esboza, pues, la teoría de que debe tratarse en forma diferente a los conductores (ménéurs) y a los conducidos (ménés) los cuales son víctimas de un fenómeno de sugestión colectiva. Florián, no acepta la posición de Sighele cuyas observaciones psicológicas le parecen de más interés que las jurídicas. Estima "que el delito en participación" es el producto de la obra colectiva

(33) Escipión Sighele. Psicología de las multitudes. Pág. 171. Trad. de J. M. Navarro de Palencia. Daniel Jorro, Editor. Madrid 1903.

de diversas personas, no tan solo de actividades externas diversas sino también de voluntades distintas, las cuales difícilmente actúan obedeciendo al mismo impulso o persiguiendo el mismo fin. Así conviene medir la temibilidad de cada uno de los partícipes, no solo en el concurso prestado por él en la obra delictuosa, de acuerdo con la relación de causalidad entre la actividad individual suya y el resultado colectivo, sino también y principalmente, sobre su "mens" dirigida al delito, sobre los motivos que lo impulsaron a realizarlo, de acuerdo con la mayor o menor condición antisocial o lícita de los mismos"<sup>(34)</sup>.

Gustavo Le Bon, en un estudio más completo del fenómeno multitudinario, arriba a una serie de conclusiones y entre ellas, la de considerar que un individuo que comete un delito, influenciado por la multitud, incurre en responsabilidad legal, aunque psicológicamente no pueda imputársele su comisión. Agrega que "los caracteres generales de las muchedumbres llamadas criminales, son exactamente las que hemos observado en todas las multitudes: sugestibilidad, credulidad, movilidad, exageración de los sentimientos buenos o malos, manifestación de ciertas formas de moralidad"<sup>(35)</sup>. La multitud delincuente es, en nuestro sentir, como un niño, poseído de instintos contradictorios, capaz de grandes sacrificios o de actos de crueldad. Pero hay que desligar de esa característica de inimpulabilidad, la acción de los instigadores y la de los verdaderos criminales que surgen en el delirio de la acción delictiva.

#### X 10.—Casos especiales de codelinuencia.

La participación criminal no es considerada como tal, en algunos delitos ya que, gracias a la tipificación, se configuran precisamente porque en ellos concurren dos o más delincuentes.

En nuestro Código Penal está contemplada la asociación para delinquir en el artículo 332 y se sanciona el simple hecho de ser miembro de la misma; en realidad se trata de un acuerdo de voluntades para cometer delitos, en forma indeterminada. Puede ser de dos o más personas. Otra característica es que se trata de un delito formal constituido por actos preparatorios.

También se sanciona como delito consumado la simple conspiración, forzosamente realizada por varios participantes, en los

delitos contra la seguridad de la nación (art. 342) o contra los poderes y el orden constitucional (art. 359).

En un campo más restringido, nuestro Código enfoca el caso de la cuadrilla y la define el artículo 273, cuando un robo, se comete con el auxilio de dos o más malhechores (art. 273).

Otro delito que implica la participación de varias personas es el de duelo; nuestro Código en su artículo 213, considera como delitos comunes los que resulten con motivo de su comisión, coautores los que lo hubieren concertado y cómplices los que faciliten armas, local o terreno para el mismo. Lo mencionamos anteriormente y dijimos que el duelo es considerado como un delito de participación necesaria.

También lo es la instigación o ayuda al suicidio, cuando este se consuma inmediatamente y como su consecuencia, con la particularidad de que se sanciona al instigador y no al que ha intentado cometer el suicidio; cabe preguntarse si es posible la participación también en el caso de la eutanasia, cuando alguien da muerte a otro, accediendo a expreso y formal ruego suyo. (art. 189), o en el caso de quien con anuencia de la mujer y sin seguirse la muerte de ésta causare su aborto (art. 194).

El párrafo 2º del artículo 223 considera como delito de raptó, la sustracción de una mujer honesta, mayor de doce años, pero menor de dieciocho con miras deshonestas o matrimoniales y con anuencia de la raptada y el artículo 227 sanciona como autores a los parientes inmediatos de la víctima, que cooperaren por cualquier acto directo a la perpetración de delitos contra la honestidad.

Lo mismo en el inciso segundo del artículo 230 hay un eventual caso de participación, cuando se sanciona al que reclute o enganche mujeres con su consentimiento, para ejercer la prostitución dentro o fuera de la República.

El artículo 235 sanciona a los que contrajeran matrimonio, sabiendo el varón y la mujer que existe impedimento que lo hace legalmente imposible, según el Código Civil, (art. 235) lo mismo que al funcionario que a sabiendas autorice dicho matrimonio.

El artículo 240 que trata de la supresión y suposición de estado civil sanciona como coautores al médico y a la partera que cooperen en la ejecución de los delitos dichos.

Los artículos 292 y 297 consideran como cómplices de quiebra o insolvencia fraudulenta a todos los que hayan participado en forma dolosa en la consecución de esos hechos.

(34) Eugenio Florián. Obra citada. Tomo Segundo. Pág. 22.

(35) Gustavo Le Bon. Psicología de las multitudes. Pág. 191. Trad. de J. M. Navarro de Palencia. Daniel Jorro Editor. Madrid 1903.

Por último, el artículo 406 sanciona al que proporcione o ayude la evasión de un detenido o penado y muy especialmente si quien lo hace es un funcionario o empleado público.

Estos casos están tipificados como figuras independientes en el Código Penal y aunque, en principio conllevan la participación criminal están fuera del campo que estudiamos. Los citamos simplemente en un afán aclaratorio.

### 11.—Delincuencia asociada.

Como hemos dicho al inicio de este capítulo, el delito puede ser cometido por una sola persona, por dos, presupuestos de la cuadrilla, por una multitud delincuente o por un pueblo, como en el famoso caso de Fuente Ovejuna en donde no se supo quien había matado al comendador ya que fueron "todos a una" y por último, cabe citar las formas modernas de delincuencia asociada y los crímenes contra la humanidad que surgieron con motivo de las guerras mundiales que culminaron, en la última, con el juzgamiento de los criminales nazis y japoneses y la adopción de medidas drásticas contra organizaciones enteras como los S. S., la Gestapo y el cuerpo de dirigentes políticos del Reich. Tanto el gangsterismo, como las represiones raciales cuyo síntoma más siniestro es la famosa organización del Ku Klux Kan o la destrucción masiva de ciudades enteras con la pérdida de miles de vidas que trajo consigo la última catástrofe mundial, son síntomas ya no de participación criminal, sino de algo más, que sobrepasa sus límites y que ha sido estudiado y analizado exclusivamente en muchas obras especializadas como la Sociología del Delito de Wolf Middendorf<sup>(36)</sup> en cuanto a los grupos minoritarios y raciales.

### 12.—Delitos de imprenta.

Los llamados delitos de imprenta o de prensa, otros delitos "sui generis", se derivan de la infracción al principio constitucional de que "todos pueden comunicar sus pensamientos de palabra o por escrito, y publicarlos sin previa censura pero serán responsables

(36) Wolf Middendorf. Sociología del Delito. Traducción de José María Rodríguez Devesa. Págs. 301 a 316. Revista de Occidente. Madrid.

de los abusos que cometan en el ejercicio de este derecho, en los casos y del modo que la ley establezca (art. 29 Const. Política). El artículo 48 del Código Penal establece que tienen la calidad de autores, conjuntamente con el que ha escrito un artículo u obra difamatoria, los editores o impresores de ella o, en su defecto, los dueños de la Imprenta; exime de toda responsabilidad a los impresores y demás obreros que solo prestaren su participación material.

En otros países, como Argentina, solo responden de las injurias o calumnias propaladas por medio de la prensa, sus autores y se exime expresamente a los editores. Nuestra ley ha querido, en materia tan delicada, extender la responsabilidad, a fin de que no se haga efímera y nos parece que lo ha hecho acertadamente. Es también lógico que los delitos de injuria, calumnia, difamación u ofensas a una nación amiga o su gobernante, ameritan tratamiento especial, ya que la publicidad que de ellos se haga, resulta muchísimo más perjudicial para el país puesto que puede afectar sus intereses políticos de carácter internacional.

Además de las disposiciones del Código Penal, los delitos de imprenta se encuentran regulados por la Ley respectiva, de fecha 18 de diciembre de 1934, en la cual se establece que la Procuraduría de la República, cuando es requerida, deberá actuar en el caso mencionado de ofensas a una nación amiga, o un gobernante o sus representantes diplomáticos.

Esa ley, promulgada en circunstancias un tanto difíciles para nuestras relaciones internacionales, ya que nos encontrábamos bajo la presión de un reclamo proveniente de una de las tantas dictaduras militares que han azotado a la América Central, ha sido tachada, con justicia, de opresiva para nuestro régimen democrático.

### 13.—Delito distinto cometido por uno de los codelincuentes.

El artículo 46 del Código Penal, establece que "si al ejecutar el delito encargado o concertado, se cometiere uno distinto por alguno de los codelincuentes sin previo acuerdo, de esta otra infracción responderán los partícipes sólo cuando haya servido de medio necesario para ejecutar el concertado o haya sido su consecuencia natural".

Ese artículo plantea un problema difícil, como es el de determinar cuando el delito distinto ha servido de medio necesario para ejecutar el concertado.

Unicamente resolviendo casos concretos pueden solucionarse las distintas situaciones que, eventualmente, plantea dicho artículo.

Si A, para su propio beneficio, contrata los servicios de B para que este raptar a una mujer y al hacerlo, el segundo, además de raptarla, la viola, es evidente que de este segundo hecho no responde sino el violador; pero si con ocasión del rapto le causa alguna lesión, de ella responden ambos, pues aunque no se hayan puesto de acuerdo para causarla, esta ha sido un medio necesario para realizarlo o ha sido su consecuencia.

En la relación que hizo la Comisión Parlamentaria relativa al texto del artículo 116 del Código Penal Italiano manifestó "ser difícil la comprobación concreta de la condición a la cual está subordinada la punibilidad del copartícipe que disiente, esto es, si el evento es consecuencia de su acción u omisión. Si Ticio, pregunta ella, dá mandato de robar y el mandatario mata, existe la relación de causalidad entre el mandato y el homicidio? Se trata aquí solamente de una cuestión de prueba. Un principio y una disposición conveniente no pueden ser abandonados solo porque, en su aplicación, la prueba se prevé difícil. Esta se recoge y se valora en el proceso, y de ella el Derecho Penal material no debe ocuparse, fuera de los casos en los que, por la absoluta imposibilidad de la misma, una disposición aparezca como totalmente inaplicable. Por eso la cuestión no podrá ser resuelta doctrinariamente, siendo indispensable valorar todas las modalidades del mandato, que puede ser genérico o específico, con o sin prohibición de herir o de matar y así sucesivamente<sup>(37)</sup>.

Al principio establecido en nuestro Código, el italiano agrega una modalidad que no existe en el costarricense: "si el delito cometido es más grave que el querido, la pena se disminuirá con respecto a aquel que ha querido el delito menor". Entendemos que ese aditamento, complica más un problema de suyo difícil en su aplicación y en la que deben ser muy cautos los tribunales.

#### 14.—Desestimamiento de un codelincuente.

Tanto el artículo 47 de nuestro Código que declara irresponsable al codelincuente que ha desistido de su acción punible, como

(37) Ob. citada Códice Penale Italiano. Pág. 46.

el artículo 39 que establece la misma regla para quien de modo espontáneo desiste de la ejecución del delito o imposibilita su ejecución, contemplan hechos que don Luis Jiménez de Asúa considera que deberían fijarse en las legislaciones como excusas legales absolutorias y que algunos autores llaman causas de impunidad. Dice el citado autor: "Esperemos que el día en que la dogmática llegue a mayores finuras que las que hoy ha logrado, el denominado arrepentimiento eficaz adquirirá rango propio, o podrá situarse junto a otras causas que excluyen la pena"<sup>(38)</sup>. Para dicho autor "el arrepentimiento eficaz" es, más bien, una causa de impunidad.

Consideramos nosotros que la medida se inspira en un sentido utilitario de la ley: estimular por todos los medios posibles a los delincuentes para que no lleven a cabo su delito.

En el caso de la participación, el artículo 47 habla del desestimiento en el hecho punible consumado; ello implica que el hecho no ha podido evitarse, pero que, quien desistió, comunicó su determinación a los colaboradores en tiempo oportuno para obstaculizar o evitar su ejecución. Hay una actitud subjetiva de arrepentimiento que debe haberse exteriorizado en forma sino eficaz, por lo menos tan evidente, que pueda ser ampliamente reconocida en el momento del proceso y que, por lo mismo, justifique el que se le libre de responsabilidad.

#### Sanciones en materia de participación criminal.

El artículo 45 establece una serie de reglas para la punición de los cómplices, disminuyendo la pena respectiva de uno a dos tercios y en el caso de tentativa aplica una pena no mayor de la mitad de la ordinaria ni menor de una sexta parte de la misma. Dentro de esos límites el juez puede aplicar la pena respectiva, tomando en cuenta la importancia de la participación del agente y las circunstancias modificativas de la responsabilidad. El arbitrio del juez queda circunscrito a límites definidos, que, aunque suficientemente amplios, no por eso pierden su efecto restrictivo. Tanto en materia de tentativa como de complicidad, somos partidarios de dejar a los jueces, en forma amplia, la determinación de las penas respectivas.

(38) Ob. citada (La Ley y el Delito). Pág. 546.

## 15.—Otras consideraciones sobre la participación criminal.

### La riña con consecuencias delictivas.

Si varias personas concurren, cada una por su cuenta, a la comisión de un acto delictivo, es lógico que a cada una se impone la sanción correspondiente a su propio hecho. Pero, puede suceder, como en el caso de la riña, que esa independencia de hechos, se convierta en una interdependencia y no se sepa, entre muchos que han luchado, quien es, por ejemplo el autor de un homicidio que se ha producido. La regla aplicable es la del artículo 211 del Código Penal que sanciona a todos los que hubieren ejercido violencia sobre la víctima, con la pena correspondiente al resultado, pero en forma atenuada. Se aplica, en parte, el viejo axioma de que eventualmente pagan justos por pecadores. Este es otro delito en los que no cabe hablar de participación por estar tipificados.

### Participación negativa.

La participación negativa puede producirse cuando una persona ha tenido conocimiento de la comisión de un acto delictuoso y, estando obligado a iniciar los respectivos procedimientos, como en el caso del juez penal, no lo hace. El artículo aplicable es el 374 del Código que sanciona al funcionario o empleado público que ilegalmente omitiere, rehusare hacer o retardare, algún acto de su cargo. Aparentemente este artículo contradice al 256 que castiga la revelación de un secreto cuya divulgación pueda causar daño y que no consista en un plan o conspiración para delinquir; esa divulgación puede eventualmente realizarla alguien que tenga un empleo. Decimos aparentemente, porque el artículo 147 del Código de Procedimientos Penales, taxativamente obliga a denunciar todo delito "a los empleados públicos que en el ejercicio de sus funciones tuvieren conocimiento de un delito". Hemos analizado estas formas de actuación negativa porque lógicamente constituyen actos de encubrimiento que no están comprendidos ni tipificados en nuestro Código Penal en esa forma, ni tampoco sancionados en el de Policía en las faltas que consisten en la omisión de dar parte a la autoridad sobre un delito cometido. La situación resulta un tanto confusa y falta un texto concreto que la aclare. Pero la verdadera complicidad por actos omisivos se produce, cuando con anterioridad al acto delictuoso, se pro-

mete guardar silencio en cuanto a su comisión, o, en el caso de una autoridad que tiene el deber de perseguir a un delincuente y que le promete no hacerlo, si este comete un determinado delito. Es claro, que el caso citado está perfectamente enmarcado en la complicidad y en el artículo 44 inciso 2º de nuestro Código ya que esa promesa constituye una cooperación en el delito; pero el caso se complica, cuando sin mediar promesa alguna, un agente de policía no actúa para defender a una persona atacada porque dolosamente desea que el acto criminal se produzca. Guillermo J. Fierro estima que considerar a este agente "como incurso en una simple omisión de los deberes de su cargo, cuando él ha tenido un pleno dominio mental de la situación, ha participado en ella, y dolosamente se ha abstenido de obrar para que el resultado por él querido se produzca, nos parece una enormidad y sería, a todas luces, una solución injusta"<sup>(39)</sup>. Coincidimos con dicho autor en que, por lo menos, esa omisión del agente, debería estimarse como una forma de alentar a los autores en su resolución de cometer el delito, es decir, como una forma de complicidad. (Inc. 1º, Art. 44 C. P.)

### El encubrimiento.

Nuestra legislación penal, como todas las que siguen las corrientes modernas, ha eliminado los casos de encubrimiento como constitutivos de participación criminal, puesto que, en realidad, en ellos no hay colaboración en el acto criminoso en sí. Por eso el artículo 401 que considera el encubrimiento como un acto contrario al régimen de justicia lo tipifica claramente como realizado "sin promesa anterior al delito". Si hubiere una promesa anterior de ayuda en su comisión, el hecho sería de complicidad y está configurado en el inciso 2º del artículo 44 del Código Penal. Esa ayuda bien puede no haberse materializado y sin embargo configurar el hecho.

### Participación de un inimputable en un acto delictuoso.

Si se trata del caso en que un inimputable es utilizado en la comisión de un delito, hay que distinguir si la persona utilizada

(39) Ob. citada. Pág. 304.

es un enajenado mental, o un sordomudo de nacimiento o desde la infancia no educado; en esos casos, del hecho, responde únicamente el instigador. Pero si hay participación de un menor de diecisiete años y de un mayor de esa edad, al primero son aplicables las reglas de la jurisdicción tutelar de menores y al segundo las del Código Penal, de acuerdo con el artículo 3º de la Ley respectiva; establece que "cuando en una misma infracción a la ley interviniere conjuntamente mayores y menores de diecisiete años sea como autores, cómplices o encubridores, el Juez Tutelar conocerá únicamente en lo relativo a éstos últimos. Los otros serán juzgados por los Tribunales Ordinarios"<sup>(40)</sup>. De acuerdo con esa disposición puede darse el absurdo de que dos participantes, uno con diecisiete años y un día sea juzgado como delincuente por los tribunales comunes y otro con diecisiete años menos un día, sea amparado por la justicia tutelar y considerado como inimputable. El criterio cronológico debería flexibilizarse y tomarse en cuenta, sobre todo la edad mental. A los diecisiete años se puede tener una mentalidad infantil o de gran precocidad.

#### Comunicabilidad de las circunstancias.

En el Código Penal Argentino este problema es abordado en el artículo 48 al establecer que "las relaciones, circunstancias y calidades personales, cuyo efecto sea disminuir o excluir la penalidad, no tendrán influencia sino respecto al autor o cómplice a quienes corresponda. Tampoco tendrán influencia aquellas cuyo efecto sea agravar la penalidad, salvo el caso en que fueren conocidas por el partícipe". Nuestro Código aborda el problema en el artículo 31 referente a las causas que atenuan o agravan la responsabilidad y manifiesta que "las que consistan en la índole o disposición moral del delincuente, en sus relaciones personales con el ofendido, o, en otra causa personal, no se comunican a los codelincuentes en quienes no ocurran. Las que consistan en la ejecución material del hecho o en los medios empleados para realizarlo, servirán para atenuar o agravar la responsabilidad de solo aquellos partícipes que de ellas tuvieren conocimiento antes o en el momento de la acción".

(40) Código Penal y de Policía y Leyes Conexas. Edición 1965. Pág. 195.

De acuerdo con nuestra ley, el problema de la índole o disposición moral del delincuente se plantearía cuando un delincuente primario concurre a un delito con un reincidente; esta circunstancia agrava la pena solo del último; tampoco se comunica la causa personal: si un homicidio es cometido por el hijo de la víctima y por un extraño, el primero es autor de homicidio calificado y el segundo de homicidio simple.

En cambio se comunican los efectos de la ejecución material o las que se deriven de los medios empleados, pero solo en aquellos partícipes que de ellas tuvieren conocimiento antes o en el momento de la acción. Si dos delincuentes se ponen de acuerdo para realizar un asalto y se conviene en que no matarán al guarda del establecimiento pero uno de ellos vá armado de un puñal y su compañero lo sabe; si como consecuencia del asalto se produce una lucha entre este compañero armado y el guarda y como consecuencia muere este último, es claro que tanto del robo como del homicidio responden ambos; la circunstancia del arma era conocida del que no la portaba. Además, en el caso indicado, existe el principio establecido en el artículo 270 del Código Penal que condena hasta con la máxima pena de prisión (treinta años) si con motivo u ocasión del robo, resultare la muerte de una persona.

El problema de la comunicabilidad de las circunstancias ha sido tratado a fondo por R. Garraud<sup>(41)</sup> quien divide las circunstancias agravantes en objetivas o reales y en subjetivas o personales; sin embargo en muchos casos, esas circunstancias de carácter personal, que generalmente no se comunican, pueden serlo excepcionalmente. Cuando un sirviente suministra las llaves de la casa de su patrón para que ésta sea robada, es evidente que nos encontramos ante un caso de coautoría, agravado el robo, en cuanto al sirviente, por el hecho de que viola las relaciones de dependencia que lo ligan a su patrón. Pero si los otros participantes han tenido conocimiento de esa circunstancia y precisamente se han aprovechado de ella para cometer el delito mencionado, esa circunstancia, de acuerdo con el artículo 31, ¿será comunicable? Aquí la calidad personal se transforma en material y por lo mismo, en ese último concepto, se comunica a los demás autores del hecho delictuoso, ya que se trata de un medio empleado en su realización.

(41) R. Garraud. *Traité Theorique et Practique du Droit Penal Francais*, T. II. Págs. 711 y sigs. Deuxieme Edition. 1898.

De la exposición realizada se vé que la participación criminal ofrece múltiples aspectos, algunos de ellos sumamente intrincados y de difícil solución. Sin embargo esta materia, teóricamente extensa, ha sido reducida a términos muy simples en el Proyecto de Código Penal Tipo para América Latina e incluso se propuso, por parte de la comisión chilena, que se eliminara todo lo relativo a los delitos de imprenta, con el fin de que formaran parte de una ley concreta sobre la materia.

#### 16.—Proposiciones del Código Penal Tipo para Latinoamérica.

Puesto que mencionamos el Proyecto del Código Penal Tipo, redactado por los más eminentes penalistas de América Latina, creemos necesario referirnos a las recomendaciones en materia de autoría y participación que redactó la comisión argentina, presidida por el Doctor Sebastián Soler y que dice:

a) **Autores y coautores.** Tanto el que ejecutare por sí solo el hecho como los que lo ejecutaren en común, serán reprimidos, como autores, con la pena establecida para el delito.

b) **Autor mediato.** Con la misma pena será reprimido, como autor mediato, el que ejecutare el hecho sirviéndose como instrumento de una persona inimputable o inculpable. Si la ley requiere ciertas calidades personales o que se haya obrado en determinadas circunstancias de carácter subjetivo, será necesario y suficiente que dichas calidades o circunstancias concurren en el autor mediato.

c) **Instigador.** Con la misma pena será reprimido el que intencionalmente hubiere determinado a otro a ejecutar el hecho.

d) **Cómplice primario.** La misma pena corresponderá al autor o autores una cooperación sin la cual el hecho no habría podido ser cometido.

e) **Cómplice secundario.** El que cooperare de cualquier otro modo a la ejecución del hecho, aún mediante promesa de ayuda posterior a la consumación de aquel, será reprimido con la pena del delito disminuida de conformidad a lo dispuesto por el artículo...

f) **Comienzo y alcance de la responsabilidad de los partícipes.** Los partícipes serán punibles si el hecho ha tenido comienzo de ejecución.

Cuando el delito cometido fuere más grave que aquél al que entendieron contribuir, los partícipes sólo responderán por él si lo hubieren admitido como una posible derivación de la acción emprendida.

g) **Comunicabilidad de las circunstancias.** Las calidades personales y circunstancias de carácter subjetivo constitutivas de la infracción se comunicarán a los partícipes que no las posean, pero cuando su efecto sea agravante, la agravación sólo se comunicará al partícipe que las conozca.

Las circunstancias y calidades personales no constitutivas de la infracción cuyo efecto sea disminuir o excluir la penalidad, no tendrán influencia sino respecto a los partícipes a quienes correspondan.

h) **Delitos cometidos mediante órganos de difusión.** No se considerará partícipe en los delitos cometidos por medio de la prensa, radio, televisión u otros órganos similares de difusión, a las personas que solamente prestaron una cooperación material necesaria.

Si el autor o autores de un hecho delictuoso cometido mediante un órgano de difusión no fuere conocido o no se hallare en el país, será responsable el director o editor del órgano de difusión empleado.

Hasta allí la proposición argentina; algunas objeciones fueron hechas, especialmente por la delegación chilena y entre ellas las siguientes: no hacer del autor mediato una entidad distinta de la del ejecutor o autor inmediato, refundir ambos conceptos en uno solo que los englobe a los dos; con respecto al artículo c), excluir toda posibilidad de que en virtud de su redacción pueda interpretarse en el sentido de que exista la posibilidad de sancionar la instigación a un hecho culposo, la cual, resulta inadmisibles. Para aclarar debidamente el punto la comisión pide que el término "intencionalmente" sea suplido por el "dolosamente", con lo cual se declara la posible duda; también se opone la comisión chilena a la diferencia entre cómplices primarios y secundarios y dice que "el criterio de la supresión mental hipotética empleado por el proyecto para diferenciar la complicidad primaria de la secundaria no sería el más adecuado para establecer las diferencias entre ambos conceptos, ya que en ciertas hipótesis, de hecho resulta muy difícil precisar la eficacia determinante de una conducta de auxilio; también se pide aclarar el texto un tanto ambiguo en cuanto a la comuni-



cabilidad de las circunstancias y, por último, pide que la delincuencia cometida por medio de los órganos de difusión no figure en los códigos penales sino en leyes de carácter especial que tienen, por su índole propia, mayor elasticidad.

Muchas de las observaciones nos parecen atinadas, especialmente las que se refieren a excluir los delitos cometidos por medio de los órganos de difusión del Código Penal y la que establece dos categorías innecesarias de complicidad; nuestro Código considera que es autor del hecho punible no solo quien lo ha realizado por sí mismo, quien hubiere tomado parte de la ejecución, sino también los que coadyuvaren con auxilio o cooperación sin los cuales no habría podido ejecutarse o se habría dificultado notablemente, que es la categoría de cómplices primarios que trata de introducir en las legislaciones el señor Soler.

## SEGUNDA PARTE

### Pluralidad de Infracciones

1.- Generalidades. — 2.- Acumulación material y formal. — 3.- Delito continuado.

#### 169.—Generalidades.

El artículo 49 de nuestro Código Penal establece que habrá un solo hecho punible, cuando una sola acción u omisión produzca la infracción de dos o más leyes penales, o cuando diversas acciones u omisiones se hallen enlazadas en la relación de medio a fin y que en este caso se aplicará como pena ordinaria y en el máximo, la del hecho que tenga sanción mayor.

Cuando un individuo viola dos o más normas penales, pueden ocurrir dos fenómenos jurídicos: o los delitos han sido cometidos en distintos momentos y entonces se opera la llamada acumulación material, contemplada en el artículo 51 de nuestro Código; se le imponen todas las penas que correspondan a las distintas infracciones y estas se cumplirán sucesivamente, siguiendo el orden de su gravedad. Esa regla tiene una doble limitación en el sentido de que dicha pena no podrá exceder del triple de la de mayor duración o cuantía impuesta y en ningún caso del límite legal mayor de la especie de pena de que se trate, más una mitad. Con dos ejemplos

queda clara la excepción. Suponiendo que un delincuente ha cometido tres hurtos, cada uno de los cuales ha sido sancionado con una pena de tres años y un robo al que se le han impuesto cuatro años, la pena total no podrá pasar de doce años, aunque la suma real sea de trece años, nueve por los tres hurtos y cuatro por el robo. En cuanto a la segunda regla se cita el ejemplo de un delincuente nacional que cometió tres homicidios a cada uno de los cuales le correspondía una pena de treinta años; sumándolos, daban noventa años. Sin embargo la pena definitiva fue de cuarenta y cinco años, es decir, el límite mayor de la especie de pena de que se trate (especie de pena, prisión; límite mayor, treinta años) más una mitad (quince años), es decir, cuarenta y cinco años. En la sentencia de las 15.40 horas del 7 de Abril de 1959, el Juzgado Segundo Penal de San José, aplicó correctamente la regla anterior. Hasta aquí, hemos seguido en nuestra legislación la llamada acumulación jurídica, que consiste en aplicar la pena principal aumentada en un tanto correspondiente a las penas de los otros delitos.

#### 170.—Acumulación material y formal.

En cambio hay otros dos sistemas, el de la absorción, en que la pena del delito más grave absorbe a los demás y el de la acumulación material en que se sanciona al delincuente con todas las penas correspondientes a los distintos delitos. Nos parece que nuestro sistema es bueno, ya que no llega ni a la severidad excesiva de uno ni a la blandura del otro. La verdad nunca se encuentra en los extremos.

Además de la acumulación material, existe el concurso formal, al que se ha llamado también concurso ideal y es el contenido en el artículo 49 del Código Penal que pasaremos a analizar.

En dicho artículo se contemplan dos situaciones distintas: por un lado, cuando con una sola acción u omisión se produzca la violación de dos o más leyes penales.

Es evidente, ante todo, excluir de la acumulación formal la realización de delitos en los cuales ambos elementos delictivos se encuentren confundidos para formar la esencia del hecho: la violación implica, en algunos casos la realización de lesiones o puede

tener como consecuencia la muerte de la víctima. Con el mismo hecho, se han lesionado dos bienes jurídicos como son, la integridad personal en el primero y la vida en el segundo. Pero en ambos casos se trata de un delito de violación, que se agrava expresamente en el Código Penal precisamente por las consecuencias sobrevenidas ya que ha ocurrido como su consecuencia la muerte de la víctima y lo que se propuso el delincuente fue violarla y no matarla Art. 221 del Código Penal). Lo mismo puede decirse de otros delitos como el de robo, que implica en algunos casos el de daños, como cuando se emplea fuerza para destruir un mueble con el objeto de apoderarse de su contenido o el de allanamiento cuando se penetra en una casa empleando medios no destinados al efecto.

El concurso formal se dá en el ejemplo clásico del individuo que, al robar los hilos telegráficos que comunican a dos poblaciones, las deja aisladas. Con una sola acción, la de robar unos hilos telegráficos, se infringe también el artículo 317 que sanciona al que destruye las obras destinadas a la comunicación pública por tierra. En este caso, cabría aplicar como pena única la correspondiente al delito que tenga mayor sanción. Si, por ejemplo, el valor del objeto robado fuere inferior a cien colones, la pena para el robo podría ir hasta dos años de prisión, pero no sería esta la aplicable sino la correspondiente al artículo 317, por ser un delito contra la seguridad de los medios de transporte, cuyo máximun llega a cinco años sanción mas grave.

Las tres características del concurso ideal, que es la otra manera de llamar al formal, son tres: unidad de hecho, violación de varias disposiciones legales y unidad de resolución; los dos primeros están claramente establecidos en el texto, no así el último, que es de gran importancia. Como muy bien lo afirma Soler: "Es perfectamente comprensible que —según la regla de Alimena— se haga responsable de un solo delito a aquél que con un solo hecho tenga necesariamente —por necesidad natural o jurídica— que violar dos normas penales, las cuales igualmente serían violadas si el autor quisiera violar una sola; pero no vemos la racionalidad del sistema que consiste en allanar el camino de un delincuente, declarando la impunidad de los delitos medios solo porque se propone al final de todos ellos, no una noble acción, sino precisamente otro delito"<sup>(42)</sup>.

(42) S. Soler. Ob. Cit. T. II. Págs. 335.

Lo que nos lleva a considerar el caso de los delitos conexos, especialmente determinados en el artículo 154 de nuestro Código Penal, cuando estima que son los comunes que han servido de medio para perpetrar el atentado político o fueren su consecuencia natural. La justificación de la conexidad que convierte los delitos comunes en políticos, es la finalidad idealista que los une. Pero, en el texto de nuestro Artículo 49 se equipara al concurso ideal la conexidad simple ya que la ley habla de diversas acciones u omisiones enlazadas en la relación de medio a fin, en cuyo caso no es admisible que se confunda dicho caso con el del concurso ideal, que implica simplemente el hecho de que una sola acción u omisión produzca la infracción de dos o más leyes penales y lleva implícito, por sus elementos estructurales, la equiparación a un solo delito; repitiendo la afirmación de Soler, lo que hace nuestra ley es premiar al delincuente porque se ha valido de un delito para cometer otro tan ruin como el primero. Ello nos induce a pensar que al redactar el artículo 49, involucramos en su contenido y en forma errónea, un concepto distinto al del concurso ideal.

#### 171.—Delito continuado.

Dice el artículo 50 de nuestro Código Penal que "se considerará también como un solo delito, la infracción repetida de la misma ley penal, cuando revelare ser ejecución de un designio único, y tal repetición podrá ser apreciada como circunstancia agravante".

La figura que se describe es la del delito continuado que vimos anteriormente y ha sido objeto de algunas discrepancias. Dijimos que fue analizado prolijamente por un distinguido alumno de nuestra Facultad, en la Tesis de incorporación<sup>(43)</sup>.

Su fundamento data de los albores del Derecho Penal y se origina en el hecho de que, varios actos dolosos, unidos psicológicamente aunque separados por una pluralidad de acciones, pueden producir un resultado injusto, como es el de que se sancione con una pena desproporcionadamente más grave.

El caso que se cita más frecuentemente es el del cajero que, en lugar de sustraer mil diez colones de una sola vez, lo hace en porciones iguales de ciento un colones durante diez días más o

(43) El delito continuado. Tesis presentada por Ernesto Guardia Híne para optar el título de Licenciado en Derecho. Universidad de Costa Rica. 1961.

menos seguidos. De no existir la figura que comentamos, la pena, aplicada en su mínimum sería de siete años y cinco meses; en cambio, considerando el hecho como un solo delito y en las mismas condiciones, podría llegar únicamente a tres años de prisión, de acuerdo con nuestra ley.

Tres son los elementos del delito continuado: violación de la misma disposición legal, pluralidad de hechos en fechas distintas y unidad de resolución, siendo indiferente que el sujeto pasivo sea el mismo.

En cuanto al primer punto, cabe observar que no se trata de violación del mismo artículo de la ley, ya que hay delitos que se encuentran configurados en distintas partes del Código; tampoco la violación del precepto en distintos grados, como sería la concurrencia de un hurto simple con uno agravado o de un delito intentado con uno consumado; ese es, por lo menos, nuestro criterio, no sin advertir que ha sido sumamente discutido. Se base en el hecho de que no es igual la disposición de quien sustrae quietamente diez billetes de cien colones, de quien lo hace primero en forma furtiva y luego se aprovecha de una calamidad para rematar su acción delictuosa, ni tampoco pueden equipararse dos figuras tan disímiles como la tentativa y la consumación.

Nuestro Código emplea erróneamente el concepto de que debe tratarse de "infracción repetida de la misma ley penal", fórmula que empleó desafortunadamente el Código Toscano y que ha sido sustituida en el Italiano de 1930 por la de "disposición legal"; dice su artículo 81: "Quien con una acción u omisión, viola diversas disposiciones legales o comete varias violaciones de la misma disposición legal, es castigado según las normas de los artículos precedentes". (Concurso Material). Las disposiciones de los artículos precedentes no se aplican a quien, con varias acciones u omisiones ejecutivas de un mismo propósito criminal, comete, en tiempos distintos, varias violaciones de la misma disposición legal aunque sean de diversa gravedad. En tal caso las diversas violaciones se consideran como un solo delito y se aplica la pena que debería infligirse por la más grave de las violaciones cometidas, aumentada hasta el triple".

En cuanto al segundo elemento del delito continuado, que es el de haber ocurrido en distintos momentos, se explica por sí mismo, pues de otra manera nos encontraríamos ante una infracción simple o ante un concurso ideal.

La unidad de intención es, acaso, el elemento que distingue con mayor precisión al delito continuado, que ha sido llamado por algunos autores como Antolisei<sup>(44)</sup> identidad del designio delictivo. En el ejemplo que pusimos anteriormente, la persona que hurta se ha fijado como límite la suma de mil diez colones; pero la ha sustraído en diez momentos distintos; esos diez momentos están enlazados psicológicamente y por esa razón únicamente, deben considerarse como un solo delito. Si este cajero ha dejado pasar un año entre estos diez hurtos continuados y un último hurto de mil colones que es el que ha sido descubierto, estaríamos ante un delito continuado de hurto (los primeros diez actos) y un hurto simple (el último realizado, pero después de un año). La continuidad consiste en lo que la palabra misma expresa: actos más o menos seguidos. En cuanto a que pueden ser sujetos pasivos del delito continuado una o varias personas, ello es perfectamente posible ya que la ley no establece ningún distingo al respecto; lo que importa es la unidad de la intención criminal, como muy bien lo afirma Florián<sup>(45)</sup>.

Por último el artículo 52 de nuestro Código es de tipo procesal y, por lo mismo mal ubicado en las disposiciones sustantivas. Dice que "cuando por cualquier evento no se formare un solo proceso y el delincuente fuere condenado por diversas infracciones en distintos juicios, cualquiera de los jueces que han conocido de los delitos mas graves, procederá a solicitud de parte y aún de oficio, a aplicar la regla consignada en el artículo anterior, (art. 51) a fin de que el procesado no resulte en definitiva más severamente penado que como lo habría sido, si las diversas infracciones hubieran sido objeto de un solo fallo". El artículo no necesita comentario.

(44) Antolisei. Ob. cit. Pág. 379.

(45) Florián. Ob. cit. T. II. Pág. 71.