

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"



LA PARTICIPACIÓN CRIMINAL

DR. GERARDO CALVO PICADO*

ÍNDICE

	Pág.
INTRODUCCIÓN.	118
PRIMERA PARTE.	118
Los protagonistas de la infracción.	118
El agente penal.	119
La persona física.	119
A. El autor	119
1. Autor material directo o inmediato	120
2. El autor intelectual	120
3. El autor indirecto	120
4. El autor mediato	120
5. El coautor	120
B. El instigador	121
C. El cómplice	122
SEGUNDA PARTE.	124
La influencia de la participación sobre el resultado de la acción colectiva y la responsabilidad de los partícipes.	124
I. Comienzo y alcance de la responsabilidad e los partícipes	125
II. Comunicabilidad de las circunstancias	125
A. Por causas personales	125
B. Por causas reales	125
C. Por causas mixtas	125

* Juez Superior Penal, Poder Judicial.

INTRODUCCIÓN

La participación criminal está contenida en el Libro Primero, Título III, Sección II de nuestro Código Penal, intitulada "Autores y Cómplices".

El artículo 45 define el "Autor y coautores", de la siguiente manera:

"Es autor del hecho punible tipificado como tal, quien lo realizare por sí o sirviéndose de otro u otros y, coautor los que realizaren conjuntamente con el autor."

El artículo 46 se refiere a los "Instigadores" así:

"Son instigadores, quienes intencionalmente determinen a otro a cometer el hecho punible."

En cuanto a los "Cómplices", el artículo 47 dice:

"Son cómplices los que presten al autor o autores, cualquier auxilio o cooperación para la realización del hecho punible."

El artículo 48 concretiza el "comienzo y alcance de la responsabilidad de los participantes" y al efecto establece que:

"Los partícipes serán responsables desde el momento en que el hecho se haya iniciado, según lo establecido en el artículo 19(L). Si el hecho fuere más grave del que quisieron realizar, responderán por aquél, quienes lo hubieren aceptado como una consecuencia probable de la acción emprendida."

El artículo 49, finalmente, determina la "Comunicabilidad de las circunstancias" indicando que:

"Las calidades personales constitutivas de la infracción son imputables también a los partícipes que no las posean, si eran conocidas por ellos.

Las relaciones, circunstancias y calidades personales cuyo efecto sea disminuir o excluir la penalidad, no tendrán influencia sino respecto a los partícipes en quienes concurren.

Las circunstancias materiales que agraven o atenuen el hecho sólo se tendrán en cuenta respecto de quien, conociéndolas, prestó su concurso."

Conviene ahora analizar el aspecto de la participación criminal, con el objeto de establecer si conviene mantener, modificar o no, la redacción de los artículos citados, según sean las tendencias doctrinales y jurisprudenciales que al respecto existen en la actualidad.

Cabe destacar entonces, cuál es la situación jurídica de los protagonistas de la infracción penal, definiendo quiénes son esos protagonistas desde el punto de vista activo, es decir, quién es el agente penal en sus diferentes modalidades de participación en la comisión de la infracción así como la subsiguiente responsabilidad que esa diferente participación le acarrea.

PRIMERA PARTE

LOS PROTAGONISTAS DE LA INFRACCIÓN

En toda situación penal, el análisis más elemental distingue en culpable o agente penal y una víctima, privada o pública, efectivamente lesionada o que pudiera serlo, tanto en su persona como en su patrimonio. Sería falso en todo caso, creer que esta distinción es absoluta. A veces se pasa insensiblemente de la víctima al culpable. Los criminólogos y policías saben bien que en la larga teoría de las víctimas, las hay unas impuras; "La víctima es el primer personaje sospechoso" se ha dicho. El mismo legislador no duda en incriminar víctimas en el caso de que su comportamiento le haya parecido no correcto. Es así objeto de punición el individuo que acepta "con conocimiento de causa" un cheque emi-

tido "sin provisión previa, suficiente y disponible (artículo 243, inciso 4) del Código Penal) o la mujer que se hubiera provocado su propio aborto, o hubiera intentado procurárselo (artículos 119 y 120 del Código Penal)." Además no se ignora que en el procedimiento penal la distinción entre el autor y la víctima no es siempre neta. Existen situaciones como en el caso de la víctima de un accidente de circulación en que tanto ella como el autor, son sometidos a pruebas para determinar por ejemplo, el porcentaje de alcohol en sangre, o a medidas de "despiste" tanto en ese como en otro tipo de delitos. Finalmente cabe la posibilidad de admitir como parte civil en un proceso a una víctima, no obstante la participa-

ción de éste en la infracción (el caso del delincente, caso de lesiones recíprocas, o el que con conocimiento de causa hubiera recibido un cheque sin provisión total o parcial de fondos).

EL AGENTE PENAL.

¿Quién puede ser declarado agente penal o delincuente? Sabemos que en la antigüedad se daba el caso de procesos seguidos contra animales, cosas inanimadas y cadáveres. En la actualidad, solamente una persona puede ser denominada agente penal y objeto así de un proceso en su contra, siendo evidente que en el caso de una persona ello es incontestable, puesto que si trata de una persona moral, la situación resulta controversial.

En Costa Rica no es posible tener como inculpada en un proceso a una persona moral si tomamos en consideración que una sanción desde un punto de vista penal, no puede serle aplicada. Solamente pueden figurar en calidad de terceras civilmente responsables, ante infracciones cometidas por sus representantes y administradores. En otros países ello es posible, luego de una posición negativa en ese sentido. Es así que en Francia por ejemplo, a partir del final del siglo pasado, se nota una tendencia en la jurisprudencia a admitir la responsabilidad penal de las personas morales. Así agrupaciones se han visto declaradas penalmente responsables de infracciones puramente materiales cometidas por sus representantes legales. Esa responsabilidad es retenida en el caso de ciertas sanciones que tienen el carácter de una medida de seguridad, o que presentan una naturaleza híbrida, como las multas fiscales que son mitad civiles y mitad penales. Diferentes disposiciones han consagrado ese tipo de responsabilidad para las empresas que se dedican a la prensa y si se trata de infracciones de tipo económico. Actualmente en el anteproyecto del Código Penal francés, pendiente de aprobación o no, se establece ya de una manera más general, la responsabilidad penal de una persona moral. Sin embargo, por ahora nos interesa únicamente destacar al agente penal como persona física.

LA PERSONA FÍSICA.

Resulta indudable que la persona humana es por excelencia el agente penal. Si bien únicamente nosotros admitimos su responsabilidad ante hechos personales, dado el carácter personal de la sanción penal, otras legislaciones admiten esa responsabilidad ante hechos cometidos por terceras personas, pero nos referiremos al primer aspecto para ubicarnos en el sujeto de estudio, sea la participación criminal en la infracción, desde el punto de vista individual y colectivo en sus diferentes modalidades.

Si la infracción es el resultado de la actividad de un solo personaje, la situación no presenta mayores dificultades y se reducen sobre todo a su identificación, lo que se justifica más, si él forma parte de un grupo (accidente de caza por ejemplo), pero puede ocurrir que varios agentes hayan concurrido, en grados diversos, a su realización y, en estas circunstancias que se está en presencia de la denominada participación criminal, la cual puede presentar tres modalidades: a) puede ocurrir primero, que los diversos participantes actúen sin un entendimiento previo, por impulsión colectiva y repentina. Tal es el caso del "delito de turbas", cometido por un grupo excitado de manifestantes, en el cual se admite, en ausencia de ley, que deben existir tantos procesos como manifestantes y esa es la situación existente en Costa Rica; b) puede ocurrir que la participación criminal resulte de un entendimiento previo y durable, si varios individuos se agrupan para ejercer una actividad criminal, como el caso de la asociación de malhechores, que es prevista y reprimida en Francia como un delito (art. 265 del Código Penal), lo mismo que entre nosotros (art. 277 del Código Penal), por el simple hecho de asociarse, sin el designio especialmente formado de cometer una infracción determinada, aun cuando existen otras disposiciones que sí prevén el delito a cometer (por ejemplo el artículo 298 del Código Penal nuestro); c) finalmente, la participación criminal consiste en el entendimiento previo y ordinariamente momentáneo, con el objeto de cometer una infracción determinada. Es el caso de la coautoría y de la complicidad. Mientras que el autor y el coautor realizan materialmente la infracción, el cómplice no hace más que aportarles su concurso, desempeñando entonces un rol secundario. Si la noción de autor material se define por ella misma, no sucede lo mismo en cuanto a la que se refiere a la complicidad. Al respecto el Derecho positivo francés tiene una concepción muy elaborada de la misma, mas ese sistema ha dado lugar a críticas muy severas. Trataremos primero lo referente a la autoría y coautoría.

A) EL AUTOR.

Ya adelantamos que nadie puede ser en principio responsable penalmente de una infracción, si ella no es imputable a su propia acción u omisión. Es decir, la primera condición de existencia de la culpabilidad es una relación material entre la infracción y la conducta personal del agente y por ello es una regla plenamente aceptada de que "nadie puede ser objeto de una pena que en razón de su hecho personal". Así cuando la infracción es el hecho de un solo delincuente, el establecimiento de la relación de

participación se reduce a un simple problema de prueba material que compete al procedimiento penal y la técnica policial. Se trata simplemente de demostrar que la persona sospechosa es el autor de los hechos que dan base al proceso. Sin embargo, dentro de la categoría de autor de una infracción, hay que distinguir los diferentes tipos que se pueden dar, lo cual haremos seguidamente.

1. Autor material directo o inmediato.

El autor de una infracción es la persona cuya actividad o inactividad física ha producido la infracción. Para designarla se habla de AUTOR MATERIAL o aun de AUTOR DIRECTO O INMEDIATO. Es autor pues, aquel que realice personalmente todos los elementos constitutivos de la infracción (elemento moral, material y legal), por acción u omisión. Es el que participa directamente en la ejecución de la infracción, penalmente considerada como tal. Pueden existir a su vez, otras clases de autor.

2. El autor intelectual.

El autor intelectual es también llamado autor moral y es aquel que ha hecho cometer la infracción por el autor material. Es decir, no obstante la concepción materialista de la infracción y del autor, también se considera igualmente como un autor aquel que no habiendo realizado personalmente el acto material constitutivo de la infracción, ha sido el elemento determinante de la consumación del delito por otro. Ello se justifica porque socialmente es útil castigar no sólo al "cerebro" que ha concebido la infracción, sino también "el brazo" que ha ejecutado el acto material. Su dominio de aplicación está limitado a los casos donde existen entre los coparticipantes una relación de autoridad tal que aquel que se beneficia de ello aparece como el realizador "*longa manu*" de la infracción. Desde luego que existen ciertas situaciones o condiciones inherentes al autor material, que lo hacen inimputable (por ejemplo: demencia, etc.).

3. El autor indirecto.

Se distingue también el autor indirecto, que es la persona que ha dado origen a la infracción cometida por el autor directo. Esta hipótesis se encuentra esencialmente en materia de infracciones de imprudencia en las cuales se puede atribuir a esa persona una falta de prudencia. Este tipo de autor ha sido admitido por la jurisprudencia francesa, quien ha calificado de coautor de un homicidio involuntario al individuo que no ha realizado él mismo el acto material constitutivo de la infracción, pero que, por una imprudencia anterior al acto, ha permitido la realiza-

ción de la infracción. El caso que se trataba del chofer de un vehículo que había confiado la conducción del mismo a un amigo que no tenía permiso de conducir. Éste atropelló luego a una persona y le causó la muerte. Para admitir esa solución se indicó que es suficiente que la relación de causa a efecto entre la falta y el resultado sea indirecta o mediata. Al respecto los criterios no son todos unánimes y tan es así, que existen dos teorías opuestas. La teoría de la equivalencia de condiciones (no admite la coautoría) y la teoría de la causalidad adecuada (admite la coautoría), las cuales no es del caso ahora comentar. Solamente indicaremos que en nuestro criterio, de acuerdo con la redacción de los artículos referentes a la participación criminal, podría resultar admisible la existencia del autor indirecto, ya que lo dispuesto por el artículo 45 del Código Penal de Costa Rica es bastante general al respecto.

4. El autor mediato.

De acuerdo con la doctrina francesa, el autor mediato es aquel que ha dejado cometer la infracción no obstante que él habría podido y debido intervenir, lo cual aparentemente da un carácter de mediatez a la inactividad ante la acción delictuosa desplegada por el autor directo. En la práctica se ha reducido lo anterior esencialmente a los representantes de las personas morales responsables de ciertas infracciones cometidas por su personal. Este tipo de autor, al menos en esa forma definido, no lo admite nuestra legislación.

La doctrina española y argentina al respecto, que es la que seguimos, establece como autor mediato a aquel que ejecuta el delito sirviéndose de una persona inimputable o que actúa por error o coaccionada. En tal caso, la denominación de autor mediato no sería en realidad exacta, porque presuponía un autor inmediato que no existiría, lo que sí ocurre en el caso de la instigación, en que el instigado sí es responsable.

5. El coautor.

El coautor, siendo por definición un autor, es aquel que realiza o ejecuta la infracción conjuntamente con una o más personas. Es el caso por ejemplo, de dos ladrones que penetran en una casa y se apoderan ilegítimamente de objetos o valores que ahí encuentran. Ambos son autores, por cuanto cada uno de ellos, personalmente, ha ejecutado la actividad física necesaria para producir la infracción en sus tres elementos constitutivos, pero desde el momento en que para la producción de la misma ha intervenido más de una persona, cada uno de los sujetos que ha participado recibe el nombre de

coautor. Esta participación puede ser activa en todos los actos de ejecución, o solamente en algunos de ellos. Por ejemplo, en el caso de dos individuos que para introducirse en una casa y robar en ella, uno destroza puerta y el otro se apodera de los objetos, o cuando uno sostiene a la víctima en tanto que el otro le da de puñaladas. El concurso de ambos es necesario para la realización de la infracción, por ello no podría hablarse de una "actuación conjunta" en relación con un autor, pues ambos son autores en sí mismos, que realizan la acción en forma conjunta. De ahí que no aparece apropiada la redacción del artículo 45 del Código Penal que distingue al coautor como la persona que realiza el hecho punible "conjuntamente con el autor", pues pareciera dársele al coautor un carácter accesorio con respecto al autor, cuando en realidad todos los participantes son autores y no coautores de un autor y es por esa actuación conjunta que reciben el nombre de coautores.

B) EL INSTIGADOR

El instigador aquel quien intencionalmente determine a otro a cometer el hecho punible. Esta es la definición que sobre ese sujeto del delito da el artículo 46 de nuestro Código Penal y que resume bien lo que por instigador debe entenderse. Puede decirse también que el instigador es el que provoca a otra persona a la realización de la infracción, el cual resulta ser el autor material o directo de la misma. Es importante determinar que en esta forma de participación criminal, la actuación intencional —para efectos de definir al instigador— juega un papel preponderante, puesto que una actuación imprudente o culposa no daría lugar a su definición, pudiendo por el contrario convertirlo en un autor indirecto o mediato en los casos en que la ley así lo contemplara, como lo es la facilitación culposa a que alude el artículo 312 del Código Penal, pero que, por estar expresamente contemplada como delictiva su conducta imprudente, al no actuar el funcionario con la debida diligencia, podría también denominársele "autor por omisión", quien en todo caso en el ejemplo dado, constituye un verdadero autor. La institución del instigador a veces resulta de difícil definición, puesto que su actuación puede configurar más bien un simple cómplice, según sea el carácter de la intención provocativa. Es así como la legislación francesa le da el trato de tal. Dispone el párrafo primero del artículo 60 del Código Penal francés que, "serán castigados como cómplices de una acción calificada, crimen o delito, aquellos que, por dádivas, promesas, amenazas, abusos de autoridad o de poder, maquinaciones o artificios culpables, hubie-

ran provocado esta acción o dado instrucciones para cometerla". Resulta importante la distinción a efecto de determinar la consiguiente responsabilidad penal que puede derivar de su actuación, según que se le trate como cómplice o instigador. Para los franceses, al confundir ambos conceptos, el fundamento de la complicidad reposa sobre "el préstamo de la criminalidad del autor principal". La complicidad por provocación no constituye en sí misma un crimen o delito, ella no es más que una calificación dada a un cierto modo de participación a un hecho principal en la cual forma un simple accesorio. En consecuencia, cuando la ejecución de la infracción no ha tenido lugar o no ha comenzado por la inacción o el desistimiento del autor principal, no puede jurídicamente existir complicidad por provocación, no obstante la intención delictuosa persistente del cómplice y es lo que se expresa diciendo "que no hay tentativa de complicidad". Ante ello se han propuesto dos soluciones: a) transformar la provocación —acta de complicidad— en una infracción especial, punible ella misma, como se ha hecho para otras provocaciones (el caso nuestro arts. 115 y 271 del Código Penal); b) dar a la complicidad otro fundamento que la "criminalidad de préstamo absoluto", lo que permitiría asimilar la provocación que ha quedado sin efecto, a una tentativa de infracción. Así lo disponen las legislaciones belgas y alemanas.

El Código Penal belga considera como autores los provocadores (o instigadores) o aquellos en que la asistencia ha sido determinante; pero aquellos en que su *rol* ha sido accesorio, son simples cómplices (arts. 66 y 67).

Al respecto la legislación penal alemana considera al instigador como un autor y castiga la tentativa. Así, el artículo 48 del Código Penal dispone: Párrafo primero; "será castigado como instigador todo individuo que, sea por dádivas, promesas, amenazas, abuso de autoridad o de poder, sea con la ayuda de un error que ha hecho nacer o deseado, o sea por todo otro medio, hubiera intencionalmente persuadido a un tercero a cometer un acto reprehensible". Párrafo segundo: "el instigador debe ser castigado o reprimido de acuerdo con la ley aplicable al acto que él ha conscientemente provocado". El artículo 49 dispone que "todo individuo que hubiera intentado incitar a otro a cometer un acto calificado crimen, será castigado conforme a las disposiciones relativas a la tentativa de crimen".

Nuestra legislación considera también al instigador como un autor; ello se desprende del párrafo primero del artículo 74 del Código Penal, al establecerse que "Los autores e instigadores serán reprimidos con la pena que la ley señala al delito".

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

Sin embargo, salvo casos especiales que se indicarán, al instigador no le deriva responsabilidad penal de su actuación, si el delito provocado por él no ha sido ejecutado, o al menos intentado, por la persona provocada o intencionalmente determinada a cometerlo (el autor directo) y en este aspecto existe una asimilación entre instigador y cómplice.

Las excepciones a que aludimos son las siguientes: en primer lugar, establece el artículo 115 del Código Penal que "Será reprimido con prisión de uno a cinco años el que instigare a otro al suicidio o lo ayudare a cometerlo, si el suicidio se consuma. Si el suicidio no ocurre, pero su intento produce lesiones graves, la pena será de seis meses a tres años". En segundo lugar, el artículo 271 dispone que "Será reprimido con la pena de seis meses a cuatro años de prisión, el que instigare a otro a cometer un delito determinado que afecte la tranquilidad pública, sin que sea necesario que el hecho se produzca".

De todo lo anterior y el artículo 315 en cuanto al soborno que prevé una situación similar, se desprende que una mejor solución sería acoger los postulados de la legislación belga y alemana, según las cuales considerándose al instigador como un autor, siempre es reprimida su actuación aun en estado de tentativa, siendo la redacción del articulado del Código Penal además, bastante amplio en cuanto a todo ese aspecto se refiere, en tanto que el artículo 46 del Código Penal nuestro es escueto en ese sentido, pues se limita a definir únicamente al instigador y omite los medios con los cuales el delito puede cometerse, lo cual sí es previsto por las otras legislaciones.

C) EL CÓMPLICE

En doctrina, la distinción entre cómplice y autor, no da lugar a controversia alguna: es autor aquel que realiza personalmente todos los elementos constitutivos de la infracción; tal es el caso por ejemplo, de varios ladrones que unen sus esfuerzos para transportar la caja fuerte de un banco. En tanto que es cómplice aquel que participa en la infracción, prestando al autor o autores, cualquier auxilio o cooperación para la realización del hecho punible, pero sin cometer un acto constitutivo de la infracción. Sin embargo a veces sucede, sobre todo por vía de jurisprudencia, que este criterio simple es deformado por un doble movimiento de sentido inverso, ya que a veces se trata al cómplice como un autor y a éste como un cómplice.

La autoría siempre debe jugar un papel principal en relación con la infracción, lo que no sucede con la complicidad, la cual tiene un *rol* secundario o subsidiario, aun en la fase de ejecución. El cómpli-

ce lo hace facilitando la acción, pero no participa en ella plenamente, ya que sus actos son "extrínsecos" al hecho delictivo, mientras que el coautor toma una participación —más grande en la ejecución—.

Resulta difícil muy a menudo distinguir la calidad de cómplice o de autor que tiene una persona, según sea su mayor o menor colaboración prestada al autor para la realización del hecho punible. Así, la simultaneidad de acción y la asistencia recíproca "constituyen la perpetración misma de la infracción, lo que es propio de una coautoría y no de una complicidad".

La difícil distinción que se presenta para determinar como un caso de complicidad y no de autoría, la ayuda o la asistencia en la consumación de la infracción, se explica por consideraciones de orden práctico: Cuesta mucho en determinadas situaciones, especialmente en los actos de complicidad concomitantes a la infracción, distinguir el cómplice del coautor, y por consideraciones de política criminal: la jurisprudencia considera como un coautor aquel que, objetivamente, no es más que un cómplice para asegurar una represión mejor y más completa. También la jurisprudencia considera como coautores aquellos que han solamente ayudado y asistido al autor principal de la infracción para poder retener contra ellos la circunstancia agravante de reunión. Finalmente cuando el hecho principal no es castigable en la persona del autor, la jurisprudencia tiene al cómplice como un coautor, para no dejar sin sanción una actitud reprehensible. Sin embargo lo propio sería concebir la asimilitud del cómplice al autor cuando las condiciones materiales de la ejecución son tales, que es imposible distinguir los *roles* de los diversos participantes.

Lo importante es recalcar entonces, que el cómplice es el individuo que, sin ejecutar personalmente los elementos constitutivos de la infracción imputable al autor, ha solamente facilitado la acción principal por actos de una importancia material secundaria. Nuestra legislación no indica de qué tipo de actos se trata, simplemente se indica "cualquier auxilio o cooperación" (artículo 47 C.P.). En otras legislaciones, la francesa por ejemplo, se establece la ayuda o asistencia y el suministro de medios, desglosándose de una manera más completa. Así, el párrafo segundo del artículo 60 dispone: que son cómplices, aquellos que hubieren procurado armas, instrumentos o todo otro medio que hubiera servido a la acción, sabiendo que debían servir para ello" y, el párrafo tercero, refiriéndose a la ayuda o asistencia, la contempla para todos los actos de la infracción. Establece ese texto que son cómplices, aquellos que hubieran, con conocimiento, ayudado o

asistido al autor o los autores de la acción, en los hechos que la hubieran preparado o facilitado, o en aquellos que la hubieran consumado. . ." Debiendo quedar claro entonces que aun cuando nuestro Código Penal no lo establece expresamente, la complicidad abarca las tres fases del delito (actos preparatorios, de ejecución y consumación). Además, el acto de complicidad en sí mismo debe reunir los elementos de toda infracción, sea, el elemento legal, material y moral.

El elemento legal constituye la previsión expresa por un texto de esta forma específica de participación: artículo 47 (referido a la complicidad), el 48 (sobre el comienzo y alcance de la responsabilidad de los partícipes, el 49 (sobre la comunicabilidad de las circunstancias) y el 74 (sobre la penalidad). De todo este articulado se desprende que la calificación penal del acto de complicidad está estrechamente subordinado a la del hecho principal imputable al autor o al coautor. La delincuencia del cómplice no existe y no se concibe que endosada a la de las actividades preponderantes. De ello resulta que los comportamientos perseguidos a título de la complicidad no son reprehensibles que en la medida en que las circunstancias materiales de la acción principal corresponden a una de las incriminaciones de la legislación positiva. El hecho principal constituye uno de los elementos necesarios de la complicidad y su carácter delictuoso debe ser constatado por los jueces de fondo, bajo pena de nulidad de la condenatoria del cómplice. Es por ello que clásicamente se ha establecido que la complicidad en el suicidio no es susceptible de sanción, mas este ejemplo es propio para las legislaciones en donde existe la complicidad por provocación, ya que entre nosotros el instigador tiene la categoría de autor y el instigador al suicidio es castigado en los términos del artículo 115, ya comentados. A su vez, el artículo 248 de nuestro Código Penal, contempla como delito independiente, una típica conducta constitutiva de una complicidad en el cual "el cómplice" deviene un autor.

En cuanto al elemento material de la complicidad debe decirse que el acto de complicidad tiene una autonomía material. Si bien él es reprimido en referencia al acto principal, el acto de complicidad debe contener un elemento material propio a dicho acto que es referido en nuestro caso "a cualquier auxilio o cooperación para la realización del hecho punible" y que en otras legislaciones se describe con mayor precisión, al establecerse el conjunto de comportamientos que debe ejecutar el cómplice para individualizarlo dentro de la infracción cometida en participación.

Finalmente, en cuanto al elemento moral de la complicidad debe destacarse que el cómplice debe haber participado conscientemente en la infracción. La noción de complicidad es inseparable de la mala fe o actuación dolosa, es decir, de la conciencia de la persona, al momento en que él realiza los hechos constitutivos de la complicidad, del concurso que él aporta a la ejecución de la infracción principal.

La necesidad de una participación consciente conduce en primer término a exigir que haya existido una correspondencia rigurosa entre la intención del cómplice y los hechos ejecutados por el autor principal. En este sentido, es obvio que el cómplice es responsable del hecho cometido por el autor, cuando ese hecho sea menos grave que el previsto por aquél. ¿Sucede lo mismo cuando el autor ha ido más allá de las previsiones del cómplice? Al respecto la doctrina y la jurisprudencia han distinguido tres situaciones: a) cuando el autor principal ha cometido un tipo de infracción completamente diferente de aquella que el cómplice había previsto. Por ejemplo, el cómplice ha fabricado falsas llaves y se las entrega a un malhechor, sabiendo que ellas debían servir para facilitar un hurto dentro de una casa. Sin embargo, después de haber penetrado en el lugar, el delincuente principal, abandonando la comisión del hurto, realiza una violación. En estos casos, el cómplice no puede ser sancionado por la infracción efectivamente cometida por el autor, puesto que no había considerado, ni aun supuesto, que los medios por él suministrados, servirían para cometerlo. b) cuando la ejecución de la infracción principal originalmente prevista por el cómplice se hace compleja, una vez iniciada, por circunstancias agravantes reales. Por ejemplo, un robo para el cual el cómplice había suministrado informaciones detalladas a un compañero, ha sido efectuado en pandilla, de noche, en una casa habitada y con violencia. En este evento se admite que el cómplice debe sufrir las consecuencias penales de estas circunstancias agravantes, cualesquiera que sean, pues él debía prever todas las calificaciones susceptibles que el hecho pudiera tener, así como de todas las circunstancias que pudieran acompañar a ese hecho, se estima que él ha asumido, de antemano, todos los riesgos que comprendían eventualmente las modalidades posteriores de la ejecución. c) una tercera hipótesis se puede presentar cuando la infracción prevista por el cómplice es indeterminada. Él sabe que facilita la comisión de una infracción, pero ignora la forma que ella tomará. Por ejemplo se cita el caso de la persona ultrajada que da dinero a un hombre de mala reputación, diciéndole simplemente: ¡véngume! En esta situación, habiendo dado el cómplice "carta

blanca" el autor en el cual su comportamiento puede tener graves consecuencias, variadas e imprecisas, es evidente que él ha aceptado asociarse a cualquier infracción y así, debe sufrir las consecuencias de ello.

Finalmente cabe destacar si existe o no complicidad en los delitos de carácter culposo. Al respecto una gran parte de la doctrina está de acuerdo en que la noción de complicidad es jurídicamente inconcebible a propósito de infracciones en las cuales el elemento moral está constituido por imprudencia o negligencia.

Se dice generalmente que la imprudencia o la negligencia son actitudes psicológicas inconciliables con el entendimiento por el cual el cómplice se asocia al acto del autor. Ello es indiscutible cuando por una simple imprudencia, una persona ha indirectamente favorecido la infracción intencional de otro. Por ejemplo la empleada doméstica que después de haberse encontrado con un desconocido en un baile, suministra ingenuamente a este amigo pasajero, informaciones que él utilizará en su provecho para meterse a la casa y robar a sus patrones. Ella no puede de ninguna manera ser condenada por complicidad, puesto que no ha tenido conciencia de participar en la infracción. Mas la posibilidad de una complicidad aparece claramente, por el contrario, cuando el delito principal presenta él mismo un carácter involuntario. Basta que el entendimiento pre-

vio se base sobre la actividad peligrosa emprendida en participación. Es el caso de aquel que, encontrándose al lado del chofer de un vehículo, induce o da valor a éste a circular con exceso de velocidad, o a pasar a otro vehículo en forma peligrosa. Así él se asocia, por su propia imprudencia, al homicidio culposo que resultare de esa maniobra. Sin embargo aquí la falta del cómplice reúne —ella misma— todos los elementos constitutivos del delito de homicidio involuntario y es por ello que ciertos criminalistas se inclinan a pensar que todos los coparticipantes culpables de una falta de esa naturaleza, son en realidad coautores y no cómplices. En otras hipótesis las imprudencias pueden ser de un carácter menos relevante e invocan más bien una complicidad. Se pone como ejemplo el chofer que presta un vehículo a otro que no tiene permiso de conducir, conociendo esa circunstancia, pues aquél ha jugado un papel indirecto en el accidente ocasionado por esa otra persona. Entre nosotros sabemos que existe, en una situación similar, únicamente responsabilidad civil para el dueño del vehículo, de acuerdo con lo que establece el artículo 38 de la Ley de Tránsito. Estimamos que todo dependerá de las circunstancias que ante un caso concreto existan. La jurisprudencia francesa, a pesar de la posición de la doctrina, afirma que la disposición del Código Penal es general y que ella se aplica a todos los delitos, aún no intencionales.

SEGUNDA PARTE

LA INFLUENCIA DE LA PARTICIPACIÓN SOBRE EL RESULTADO DE LA ACCIÓN COLECTIVA Y LA RESPONSABILIDAD DE LOS PARTÍCIPES

Se ha podido constatar a través del desarrollo precedente, el *rol* inexistente que juega la relación de causalidad en la represión de la infracción colectiva. Entre los coautores, la responsabilidad penal no es dividida en proporción a la intensidad causal respectiva de sus intervenciones: cualquiera que sea la influencia que él ha directamente ejercido por su acción personal sobre la producción del resultado, cada coautor incurre en la totalidad de la pena prevista por la ley para la infracción cometida. Igual es la solución con respecto al instigador, que entre nosotros es considerado como un autor y esa es la solución que establece el párrafo primero del

artículo 74. Esa penalidad establecida para el autor es lógica y acorde al resto de las legislaciones. Similar solución se da con respecto al cómplice. Éste, por el efecto del "préstamo de la criminalidad principal" y en donde a su vez su participación se considera equivalente a la de los otros cooperadores, incurre también en la totalidad de la pena señalada para el autor. Sin embargo, entre nosotros, el juez tiene la facultad de reducirla, de acuerdo con el grado de participación (párrafo segundo del artículo 74), lo cual nos parece correcto. Nos referiremos ahora al comienzo y alcance de la responsabilidad de los partícipes.

I. COMIENZO Y ALCANCE DE LA RESPONSABILIDAD DE LOS PARTÍCIPES

Al respecto es acertada la redacción que contiene el artículo 48 del Código Penal, resumiendo así los principios que sobre el particular existen, consagrados ya en las diversas legislaciones, sobre el momento a partir del cual los partícipes incurrir en responsabilidad, colocándola desde el instante en que el hecho se haya iniciado. Establecido el alcance de su responsabilidad, según la gravedad del

hecho, si ésta, siendo más grave hubiera sido aceptada como una consecuencia probable de la acción emprendida, pues de lo contrario y como lo hemos visto, no podría serles atribuida. El artículo, estimamos, está bien redactado en esa forma. Por último cabe referirnos, a la comunicabilidad de las circunstancias.

II. COMUNICABILIDAD DE LAS CIRCUNSTANCIAS

En este aspecto también el artículo 49 condensa en forma clara la solución tanto doctrinaria como legislativa moderna, lo referente a la comunicabilidad de las circunstancias de la infracción, a los partícipes de la misma; salvo la observación que se hará.

Se trata de determinar en qué medida las diversas causas de modificación o de exención de pena aplicables al autor principal, van a influir la situación del partícipe, coautor o cómplice. Comúnmente se distingue entre las circunstancias personales, las circunstancias reales y las circunstancias mixtas.

A) *Las causas de agravación, de atenuación o de exención puramente personales del autor, no se comunican al partícipe.* Esta solución es perfectamente lógica ya que se trata de circunstancias que no modifican la criminalidad del acto principal, sino que manifiestan las particularidades del caso del autor. Ello ocurre cuando existan circunstancias agravantes personales tales como la reincidencia, o atenuantes como la minoridad u otras.

B) Al contrario, *las causas de modificación o de exención de pena que presentan un carácter real y que inciden consecuentemente sobre la criminalidad del acto principal, son comunicables al partícipe.* Son por ejemplo circunstancias agravantes reales, en el caso de robo, la reunión, casa habitada, el portar armas, etc.

C) *Las circunstancias mixtas* son aquellas que, procediendo de la persona del autor, son constitutivas de la infracción principal en las que ellas constituyen una circunstancia agravante. Estas circunstancias modifican legalmente la penalidad aplicable al autor y al partícipe, pero a diferencia de otras legislaciones, nuestro código con acierto dispone que solamente si eran conocidas por el partícipe o partícipes. Es el caso de parricidio, la alevosía, el ensañamiento, la calidad de empleo o empleada doméstica del autor o autora, etc.

BIBLIOGRAFÍA

LEVASSEUR'A DOUGET. J. P. *Ledrait Penal Appliqué.* Droit Penal General Editions Cujas. Paris, 1969.

MERLE ET VITU. *Ledrait Penal Appliqué.* Droit Penal General Editions Cujas. Paris, 1969.

PRADEL, Jean. *Droit Penal.* Tome I. Droit Penal. Tome I. Droit Penal. General. Editions Cujas. Paris. 1973.

PUECH, Marc. *Les Grads Arrêts de la Jurisprudence Criminelle.* Tome I. Editions Cujas. Paris, 1976.

RODRÍGUEZ DEVESA, José María. *Derecho Penal Español, (Parte General)* 5ta. Ed. Madrid, 1976, págs. 683 y ss.

NÚÑEZ, Ricardo, *Manual de Derecho Penal, Parte General,* Ed. Lerner, Córdoba, Buenos Aires, 1977, págs. 287 y ss.