CAPITULO XXI.

El concurso criminoso.—De las personas responsables de los delitos.

En el capítulo que antecede, terminé el estudio relativo al delito, bajo todas las fases en que lo considera nuestra ley penal, refiriéndome solamente á la parte teórica ó científica; por lo tanto, siguiendo el método adoptado por el Código, debo ocuparme aquí de las personas responsables, conforme al art. 48. Cierto es que el delito se manifiesta generalmente como obra de un solo individuo, pero hay casos en que se realiza con la concurrencia de varios, á lo cual se ha llamado *societas sceleris*, puesto que, la naturaleza misma del acto, presupone aquella cooperación, como se observa en la asociación de malhechores, en la conspiración, sedición, etc., etc.; pero haciendo punto omiso de estos casos, es indudable, que un delito, que podía ser perpetrado por un solo individuo, se presenta en realidad concreta, como el producto de la actividad de varias personas, y esta hipótesis, ha dado origen á la teoría conocida con el nombre de *concurso de delincuentes* ó participación de dos ó más personas en un mismo de-

lito; en consecuencia, el Código penal mexicano, en vista de la acción criminosa ó de su calidad, establece la responsabilidad criminal contra los autores del delito, contra los cómplices y contra los encubridores, según el art. 48, antes citado.

Es indudable, que en esta materia, es en la que se presentan más discordes las opiniones, tanto en el campo de la legislación, como en el de la ciencia; sin embargo, para estudiar con mejor acierto los fundamentos del precepto, y los principios y doctrinas en que se ha inspirado, preciso es considerarlos bajo tres puntos de vista que, aunque distintos, tienen entre sí íntima conexión.

1ª Determinar el concepto histórico relativo al castigo en el concurso de delicuentes.

2ª Establecer las reglas generales del concurso de delincuentes y

3ª Fijar las formas singulares de la participación en el delito.

Comenzando por el concepto histórico, no encuentro en la antigüedad doctrina alguna que se refiera á la codelincuencia, aunque hay autores que afirman que entre los atenienses se castigaba con igual pena al que había aconsejado el delito y al que lo había realizado; pero es lo cierto, que en el Derecho Romano comienza á significarse aquel concepto en las leyes relativas á los delitos particulares y según los tiempos en que aquellas leyes se promulgaron, por cuyo motivo, no es posible hallar una doctrina perfectamente definida sobre el concurso de delincuentes, lo cual ha dado lugar á la diversidad de opiniones que se observa en-

tre los intérpretes; aunque es evidente que no faltan, en aquel derecho, principios generales, que nos llevan al conocimiento del concepto jurídico en esta materia; así nos lo demuestran algunas leyes *Juliae*, en lo que al concurso se refieren, *nihil interest an quis occidat vel causam mortis praebeat*, porque se establecía en aquellos preceptos que debía responderse del delito, aun con un hecho diverso de aquél en que se concreta y cuando otros lo realizan, cuya idea se afirma teniendo en cuenta las palabras *cujus, ope, consilio, dolo malo factum est*, las cuales se observan empleadas en las mismas leyes. Por otra parte, se admitió cierta gradación entre la cooperación principal y la secundaria ó accesoria, y en este caso se establecía una pena menor, pero el principio más racional, que sirve de criterio ó de base fundamental en el Derecho Romano, en cuanto al concurso criminoso, es el de la subjetividad, en virtud del cual, *eadem severitate voluntatem sceleris qua effectum jura puniri voluerunt;* y como ejemplo del principio, observamos que fué castigado como homicida, *is qui cum telo ambulat hominis necandi causa*, y como parricida, *is qui venenum emit ut patri daret.*

Según se observa, siguiendo el principio indicado, no es posible admitir gradación en aquél que había formado primeramente el propósito criminoso, pero moviendo á otro á delinquir; sin embargo, después se exageró el principio de la subjetividad, llegándose á castigar como concurso el no haber impedido un delito y también los hechos posteriores de adherencia y de conformidad con un delito ya realizado. Finalmen-

te, la noción del concurso posterior, la encontramos perfectamente definida en el Derecho Romano, si recordamos que la *ratihabitio*, se equiparaba al mandato de delinquir, porque se manifestaba plenamente en ella la *voluntas sceleris;* al receptador doloso, se le llamó también *auctor*, comprendiéndole en la gradación denominada *intersocios;* y aunque en todos estos casos la imputabilidad era menor y por lo tanto la pena, sin embargo, en otros por excepción, se castigaba con la del autor principal.

En la Edad Media, esto es, en el derecho germánico, se precisó más netamente esta gradación del concurso principal y el secundario, como se observa en una capitular de Carlo Magno, en que se establece también, como consecuencia, la gradación de la pena; hallándose este mismo concepto en una ley de Enrique I de Inglaterra, que condenaba al homicida al *guidrigildo* y al *fredo;* pero el cómplice debía pagar el *hlolebote*, pena menor, en el sistema de composiciones, que el *guidrigildo*. En este derecho se encuentra notoria severidad en el encubrimiento doloso, según se advierte en varias leyes de Enrique IV, Federico I y Enrique VII, que imponían la misma pena del reo principal al receptador ó encubridor.

Finalmente, el Derecho canónico, siguiendo las doctrinas del Derecho romano, lo cual se explica porque comunmente se confunde en aquel derecho el pecado religioso con la transgresión jurídica, reconoció el principio de que se puede delinquir aun con hechos distintos de la preparación material del delito, castigando, por otra parte, con toda severidad la instigación

directa, principio que debía informar el derecho canónico en esta materia, si como es un hecho, llegaba hasta interrogar el fuero interno de la conciencia. También admitió la teoría alemana sobre la *ratihabitio* ó protección, cambiando la norma general del principio admitido entre los romanos de la participación negativa en algunos delitos, á cuyo efecto, estableció la fórmula siguiente: *nec caret scrupulo societatis occultae qui manifesto facinori desinit obviare;* pero es indudable, que en el Derecho canónico se encuentra mejor desenvuelta la doctrina de la gradación entre la cooperación principal y la secundaria ó accesoria.

Para completar este origen histórico del concurso criminoso, debo hacer la justicia que merecen y se impone, á los Estatutos de las ciudades italianas, y á los intérpretes que en aquella nación inauguraron la ciencia del Derecho penal, porque es indudable que á aquellas leyes y á estos ilustres publicistas, se debe la teoría más completa, la más racional y filsófica sobre el concurso de delincuentes; admitiéndose desde entonces, por regla general, que el partícipe del delito fuese castigado con pena más benigna de la que se aplicaba al autor principal, atenúandose, por otra parte, la severidad del castigo del que impulsaba á otro á delinquir. También se modificó el principio subjetivo de la *ratihabitio*, y el concurso negativo conforme á la *communis opinio doctorum.*

Con lo expuesto, creo haber dado una ligera idea del concepto histórico del concurso criminoso.

El segundo punto relativo á considerar en términos generales el concurso de delincuentes, nos lleva al con-

cepto, de que siendo varios los sujetos que del delito deban responder, es preciso que quieran el hecho y *hagan algo* que tenga vida en la esfera de la realidad; sin embargo, al descender á la penalidad, no se puede dividir el castigo entre los varios individuos que concurrieron á él, porque si es indiviso en su objetividad, no lo es en cuanto á la subjetividad, y por lo tanto, la pena debe extenderse á cada uno como sujetos del delito, pero teniendo en cuenta que la cuantía de éste, varía para cada uno de los copartícipes, puesto que como acabo de expresar, la determina la subjetividad individual; en consecuencia, algunos partícipes podrán por actos determinados merecer mayor castigo y otros menor según su cooperación.

De estas consideraciones generales, se derivan como fundamentales, dos reglas que en esta materia son la norma directiva que han informado la mayor parte de los Códigos que hoy se reputan los más científicos, entre los cuales pueden citarse el de Hungría, el de los Países Bajos y principalmente el novísimo de Italia.

El principio fundamental de la primera regla, establece, que no es indispensable realizar por sí mismo el delito para responder de él, sino que puede llegarse á ser sujeto del mismo con tal de que la acción provenga del propósito criminoso común, y el acto se dirija á realizarlo. Esta regla trae su precedente en la conocida sentencia del jurisconsulto Ulpiano, que la expresó así: *nihil interest occidat quis an causam mortis praebeat.*

El segundo principio, se condensa en esta brevísi-

ma regla: cuando el concurso criminoso se ha realizado, todos los partícipes son responsables, pero cada uno de ellos en proporción de la propia delincuencia individual: *Tot injuriae quot et personae injuriam facientium.*

De ambos principios, es decir, de su natural desarrollo, se desprenden varias consecuencias que debo apuntar aquí, aunque brevemente, para no hacer más difuso este estudio.

Es indispensable en el concurso criminoso, la voluntad común, esto es, la *conscientia sceleris*, porque la participación puramente material, es ineficaz para determinar la imputación, puesto que el que proporciona una arma sin saber el fin ó el objeto á que pueda ser destinada, será inculpable si con ella se comete un delito; pero no sucede lo mismo con la instigación á delinquir, en la que se manifiesta la *voluntas sceleris*, el dolo, que es uno de los elementos fundamentales del delito, que en materia de concurso, se completa con la participación de los codelincuentes.

Otra consecuencia de los principios fundamentales á que me he referido, en las reglas que anteceden, es que los copartícipes en el delito, hagan algo para su realización, que es el fin común, pues el mero propósito y su exteriorización, no sería bastante, porque faltarían los dos elementos fundamentales del delito, el moral y el material; por lo tanto, el concurso criminoso, puramente moral ó puramente material, es imposible. De estas consideraciones se deduce, que no puede admitirse un concurso negativo en el delito, porque para que él exista, se necesita la concurrencia de va-

rios individuos que en su común participación sean concausas; sin embargo, por excepción, la ley castiga como delito, el permanecer inactivo, y considera esta omisión una transgresión de la ley penal; puede citarse por ejemplo, el caso en que el empleado encargado de un archivo, sabiendo que se extraen de él expedientes ó documentos, permanezca inactivo sin evitar el delito; entonces la omisión caracteriza en el empleado la infracción de la ley, y por ende, la imputabilidad y la pena se generan.

El acto que la ley mexicana castiga en su art. 1º, no es la complicidad negativa por reticencia, el precepto se funda en las circunstancias anormales por las que atravesaba el país en aquella época, conforme se expresa en la exposición de motivos de dicha ley.

Por otra parte, no es posible el concurso criminoso con posterioridad al delito, porque la esencia de aquél está en preceder á éste. Si se ocultan los objetos robados, si se proporciona la fuga al delincuente, estos hechos constituirán un acto distinto que se ha llamado también *crimen receptatorum*, pero no es el concurso para la ejecución del delito; sin embargo, si estos hechos han sido ejecutados en cumplimiento de una promesa anterior, en este caso, sí existe el concurso.

Tratando ahora de la segunda regla sobre la proporción de la pena en la propia delincuencia individual, es decir, en el concurso criminoso, es indudable que todos los delincuentes son castigados en nombre del delito común, pero la pena debe limitarse al delito considerado en sí mismo, haciendo completa abstracción de las circunstancias. En efecto, de este principio se deduce, que las circunstancias personales en materia del concurso criminoso, no se extienden de uno á otro partícipe, porque si en un homicidio intervienen una persona mayor de edad y un niño menor de nueve años, es indudable que éste será declarado irresponsable, por no haber llegado á la edad en que la ley le pide cuenta de sus acciones.

Por otra parte, cuando la participación en el delito se presenta en todos, bajo la misma forma de acción individual, por haberla querido y realizado inmediatamente, no puede haber diferencia en el castigo de los partícipes; sin embargo, las circunstancias personales y las agravantes materiales que no tengan conexión con la participación criminosa, modifica la penalidad.

Como la imputabilidad en el delito se mide, tratándose del concurso de delincuentes, por la acción individual, según acabo de expresar, cuando esta es diversa, puede haber una gradación de responsabilidad; y por lo tanto, no deben apreciarse del mismo modo, bajo el punto de vista de la penalidad, los actos dirigidos á la perpetración del hecho incriminado; pero estas diferencias en la cualidad no afectan la cantidad, porque se puede tener la misma cantidad de obrar criminoso, aunque exista diversa calidad. Toda esta doctrina, la que se refiere á la gradación de la responsabilidad en materia de codelincuencia, se explica fácilmente si se considera que la acción individual, es á veces de tal naturaleza, que sin ella pudiera realizarse el delito, y aunque su intervención lleve un vínculo de causalidad, no siendo necesaria sino accidental,

entonces se genera la gradación en la imputabilidad y por ende, la pena menor.

Con lo expuesto, creo haber dado una idea general de la teoría que se refiere al concurso criminoso, debiendo pasar á ocuparme desde luego, de las formas singulares, de la participación, sus condiciones y sus especies, ya que el concurso de voluntades convergen á un mismo fin, al delito. Las formas á que antes me he referido, pueden concretarse á tres.

1º El delito puede ser previsto y realizado por dos ó más personas en el mismo hecho esencial que lo constituye.

2º Cuando existe en el delito proposición y ejecución, entonces la cooperación puede separarse, porque uno forme el propósito y haga lo posible á fin de que sea aceptado, aunque después se abstenga de los hechos mateaiales de ejecución, y el otro adopte el propósito criminoso y realice la acción.

3º En el delito, pueden concurrir varios hechos particulares, pero uno de ellos debe ser aquel en que se concreta especialmente, mientras que otros le sirven de medios de realización para obtener un fin.

En la primera de las tres formas anteriores, observamos delineados á los coautores; en la segunda, el concurso se divide en dos momentos, el de la provocación directa y el de la ejecución material; finalmente, en la tercera, se divide el concurso en delincuencia principal y en cooperación secundaria y ayuda.

En los coautores se observa la identidad en la acción, esto es, que en el concurso todos los delincuentes han realizado individualmente el mismo hecho que

constituye el delito; por ejemplo, cuando varias personas atacan á otra y la hieren ó matan, si no se sabe quién le infirió la herida ó heridas mortales, todos serán autores del delito de homicidio. Sin embargo, se exceptúa de esta regla el caso de la *societas sceleris* que se organiza bajo el mando de un jefe, en que puede presentarse el caso de delitos singulares distintos del de la misma asociación; entonces el castigo se impondrá individualmente á los asociados, conforme al delito singular consumado, en virtud de estas reglas del derecho; *singulorum propriun est maleficium: regula jures est ut noxa tantum caput sequatur;* y la razón es, porque el vínculo de aquella asociación, no establece el concurso criminoso en cada uno de los delitos posibles.

Tratando ahora de la segunda forma, que se divide en dos momentos que se concretan en el autor intelectual y en el autor material, el vínculo que los une aunque complejo, es el hecho de la provocación para delinquir, que consiste no en un mero propósito, sino en el modo de operar sobre la voluntad de otro hombre, doblegándola y sometiéndola como dócil instrumento para la realización del acto deseado por el provocador; en consecuencia, se observa aquí una voluntad que obra sobre otra, y por esta razón el que provoca, es causa del delito de una manera distinta, porque, para la consumación, no debe vencer fuerzas físicas, sino una fuerza moral, la voluntad ajena únicamente estimulada y no impulsada, puesto que no priva á dicho agente de su libertad moral, pues en este caso degeneraría en coacción.

De las consideraciones anteriores, que se relacionan