con los preceptos del Derecho romano, se deducen tres especies de provocación; una cuando se ejerce autoridad sobre otra persona; la otra, por convenio ó mandato criminoso, y la última por instigación.

En la orden que se refiere á la obediencia gerárquica, exceptuando los casos enunciados especialmente por la ley, como hechos que no constituyen un delito, no se disculpa al ejecutor, que se hace acreedor al castigo, *eun qui jussit* y *eun qui fecit.*

El mandato, es el *pactum sceleris* del Derecho romano; para él es indispensable la proposición y aceptación, porque sin ésta el mandato no puede existir.

Finalmente, la instigación, que según he expresado antes, consiste en la excitación á consumar el delito, sin que la voluntad del agente quede sometida á impulsiones exteriores ó á coacción material, sus elementos esenciales están, ó en los artificios culpables que se empleen como medios de persuación para realizar el acto, ó con este mismo fin, suscitar temores ó esperanzas en el ánimo del agente material.

Como en esta forma del concurso, los casos que se presentan, además de su variedad, son por su propio carácter de suyo graves, la doctrina ha establecido ciertas reglas, las cuales informan hoy la mayoría de las legislaciones, reglas en las cuales me detendré, aunque sea brevemente, porque son de la mayor importancia.

1ª Para delinquir, se necesita una voluntad específica, y por lo tanto, la provocación debe ser determinada y para un delito dado, puesto que una provocación abstracta, no puede constituir al provocador en

agente responsable. Por estas consideraciones, es indispensable que el provocado realice lo que fué querido por el provocador, pues de otra manera, obraría por cuenta propia, apartándose del propósito criminoso del instigador. En el exceso del mandato, hay que tener en cuenta, que si la diferencia está en el fin del acto cometido, no será responsable el provocador; pero si está en el medio, él deberá responder cuando no se ha cambiado la naturaleza del delito que constituye la materia de la provocación; esta teoría ha sido admitida por los prácticos, conforme á un principio establecido en el Derecho romano, que dice así: *Fines mandati custodiendi sunt, nam qui excessit aliud qui facere videtur.*

2ª La provocación es un hecho preparatorio, que aunque haciendo posible la comisión de un delito, no se tiene la voluntad de realizarlo por sí mismo; sin embargo, cuando el ejecutor acepta y la acción se produce, ella tiene su raíz en la actividad del provocador, quien entonces es causa eficiente y consciente de la acción. De estas consideraciones se deduce, que la responsabilidad del provocador, comienza donde comienza la punibilidad del ejecutor, es decir, en el conato próximo á la consumación del delito; en consecuencia, el desistimiento voluntario del ejecutor en el momento de la realización del hecho punible ó su abstención, libra también al provocador de toda responsabilidad y castigo.

Los penalistas italianos de otra época establecieron, sin embargo, algunas excepciones, es decir, en los delitos de lesa majestad y de homicidio, pues en estos

casos, la provocación ó el mandato, no seguido de resultado criminoso, debía castigarse con pena extraordinaria; pero las legislaciones modernas no aceptaron esta teoría, excepto en la provocación de los delitos del orden político.

3ª La provocación puede ser revocada por hechos que anulen la actividad producida en el ejecutor material, y sólo así, el desistimiento será causa de exención de responsabilidad jurídica por parte del provocador.

4ª En el castigo del provocador y del ejecutor material, las legislaciones no han llegado á un acuerdo, porque unas castigan al ejecutor como autor, y con menos pena al provocador; sin embargo, en esta materia de la punibilidad, la doctrina ha establecido que cuando la provocación es causa única y determinante de la voluntad del ejecutor, la pena debe ser igual; pero cuando aquél tenía alguna razón impulsiva para el delito, la instigación no podría reputarse como *causa criminis*, y en este caso el provocador merecería menor pena; finalmente, es indudable que hasta hoy no se ha podido establecer una regla absoluta para la igualdad ó desigualdad del castigo entre el provocador y el provocado, por lo cual se deja al arbitrio del juzgador la extensión de la pena.

El *auxilium crimini*, es la última forma en que aparece el concurso, y ella se observa en los delitos, cuando el hecho principal que los constituye no puede realizarse por un individuo con sólo los medios de que dispone, y es indispensable que otros cooperen con hechos que sirvan, ó de medios para la ejecución, ó

para remover los obstáculos que presente; en consecuencia, el delito se divide entonces en acción principal y auxilio; al agente en el primer caso, se le llama autor del delito, y en el segundo, cómplice. Sin embargo, es preciso estudiar el concurso en su esencia, en lo que se refiere á esta manifestación de la delincuencia.

En efecto, el auxilio se presenta en concreto, por una acción diversa del hecho principal en que el delito se manifiesta; pero él puede ser moral ó material; en el primer caso, la ayuda consiste en inclinar el ánimo del culpable á determinada situación de obrar, sin relacionarse con la misma ejecución; por ejemplo, cuando se instruye al delincuente en el modo de ejecutar el delito inspirándole confianza por la impunidad ó facilidad de ocultar las pruebas, ú ofreciéndole ayuda material al tiempo de la ejecución, aunque no se cumpla lo prometido.

El auxilio material consiste en concurrir á la preparación del delito, suministrando medios para facilitar su consumación, ó bien cuando en el momento mismo de la ejecución, se realiza algún hecho, que por sí solo no constituya el delito.

En cuanto á la punibilidad, el auxilio moral y el material, generan la responsabilidad del agente, y por ende, la represión y el castigo; pero entonces la extensión de éste es menor, porque no es el cómplice sino el autor principal el que representa especialmente el elemento subjetivo del delito; sin embargo, cuando la cooperación es de tal naturaleza, que sin ella no se hubiese consumado, entonces la nota característica de

la acción se resuelve en una pena mayor, porque falta el auxilio y el agente se reputa entonces autor.

Finalmente, en esta materia del auxilio, relacionada con la del conato criminoso, aparecen dos cuestiones que pueden presentarse en el terreno de los hechos: una se refiere á la posibilidad de un conato de ayuda en el delito, y la otra, que es distinta, á la posibilidad del auxilio en el conato criminoso. La primera cuestión debe resolverse en sentido negativo, porque para que haya verdadera ayuda, es indispensable que se haga algo que facilite la realización del delito. En el segundo caso, el de auxilio en el conato criminoso, la cuestión varía, y por lo tanto la solución es afirmativa, porque aunque queda en los límites del delito imperfecto, objetivamente se multiplica para todos los que á él concurrieron, y por esta razón, la responsabilidad y la pena, se generan.

Tales son, tratadas brevemente, las formas y condiciones en que puede aparecer el concurso de la delincuencia, formas y condiciones establecidas por la doctrina de los penalistas de más nota de la época actual, y particularmente por los fundadores de la escuela clásica italiana, en cuyas teorías se ha informado el novísimo Código penal de aquella nación, que con razón sobrada se reputa el más científico.

Cierto es que las doctrinas que en esta materia acabo de exponer, no se observan en todo su conjunto en el texto de los Códigos que tratan de la penalidad, aunque es indudable que ellas han entrado en parte como el fundamento de sus preceptos, pero á la escuela clásica italiana, se debe el haber dado cohesión

BIBLIOTECA

á aquellas teorías, inspirándose en los adelantos que en nuestra época ha alcanzado la ciencia penal; sin embargo, se hace á dicha escuela el cargo de preocuparse más de lo necesario del elemento objetivo, pero los intencionalistas que la impugnan, no deben olvidar que en el delito se requiere la concurrencia de actos internos y externos, es decir, la *voluntas sceleris* y el *effectum sceleris*, y precisamente por la dificultad de poder fijar los distintos momentos del *iter criminis*, es decir, la vida ó generación del hecho punible, han optado los penalistas italianos, por la supremacía del elemento objetivo, cuando la intención no es manifiesta; y en esto, se hallan en lo justo, porque en la conciencia humana sólo Dios puede penetrar.

Tratando ahora del precepto de la ley mexicana, en ella observamos que en el concurso se establece la responsabilidad criminal, 1º, para los autores del delito, 2º, para los cómplices, y 3º, para los encubridores.

La división que antecede, no puede ser más concreta, ella presenta toda esta materia bajo un sistema dado, por lo tanto, desde el momento en que precisa los tres grados únicos del concurso, establece también la debida distinción en la responsabilidad de los codelincuentes.

En la primera categoría se comprende á los autores del delito, que el Código mexicano en su art. 49, abrazando todos los casos, enumera así:

Son responsables como autores de un delito:

I. Los que lo conciben, resuelven cometerlo, lo preparan y ejecutan, ya sea por sí mismos ó por medio de otros á quienes compelen ó inducen á delinquir,

abusando aquéllos de su autoridad ó poder, ó valiéndose de amagos ó amenazas graves, de la fuerza física, de dádivas, de promesas, ó de culpables maquinaciones ó artificios.

II. Los que son la causa determinante del delito, aunque no lo ejecuten por sí, ni hayan resuelto ni preparado la ejecución, y se valgan de otros medios diversos de los enumerados en la fracción anterior para hacer que otros lo cometan.

III. Los que con carteles dirigidos al pueblo, ó haciendo circular entre éste manuscritos ó impresos, ó por medio de discursos en público, estimulan á la multitud á cometer un delito determinado, si éste llega á ejecutarse, aunque sólo se designen genéricamente las víctimas.

IV. Los que ejecutan materialmente el acto en que el delito queda consumado.

V. Los que ejecutan hechos que son la causa impulsiva del delito, ó que se encaminan inmediata y directamente á su ejecución, ó que son tan necesarios en el acto de verificarse ésta, que sin ellos no puede consumarse.

VI. Los que ejecutan hechos que, aun cuando á primera vista parecen secundarios, son de los más peligrosos ó requieren mayor audacia en el agente.

VII. Los que teniendo por su empleo ó cargo el deber de impedir ó de castigar un delito, se obligan con el delincuente á no estorbarle que lo cometa ó á procurarle la impunidad en el caso de ser acusado.

Aunque por sí solo bastaría el texto de la ley para comprender su alcance en la participación ó en el con-

curso, al referirse al primer grado, es decir, á los autores, sin embargo, preciso es penetrarse de la condición esencial que se requiere, conforme al espíritu del precepto. En efecto, para considerar á una persona autor de un delito, es indispensable que haya concurrido directamente á su ejecución, esto es, que no sea solamente con un hecho de preparación ó protección, pues entonces el acto descendería al caso de complicidad ó al de concurrencia indirecta; pero á veces, sin tomar una participación material, se compele ó induce á alguno á delinquir, en consecuencia, si la violencia es real, el agente será entonces un instrumento del instigador, es decir, de una inteligencia y de una voluntad poderosa á la que no ha podido substraerse, y por lo tanto, la irresponsabilidad se genera en su favor, mientras que el instigador, responderá como autor del delito.

Cuando se induce á otros á delinquir, cuestión es ésta de muy difícil solución, porque se presenta bajo varios aspectos, que es indispensable considerar, aunque sea brevemente. Es indudable que hay casos en que la participación es moral ó subjetiva, la cual se manifiesta, en concreto, bajo la forma de pacto, de consejo y de mandato, esto es, cuando por inducción el delito se realiza.

Bajo la denominación de pacto, se comprende la promesa, la seducción y la esperanza; y por lo tanto, al instigador del delito, al seductor, al que por decirlo así lo compra, la conciencia humana y también la ley lo reputa autor.

En cuanto al consejo, es incuestionable que esta

participación moral no llega á equipararse á la inducción, y por lo tanto no produce, en términos generales, el efecto legal de la represión, escapándose aquel acto del poder de la justicia humana, la cual no puede extender sus dominios á todas las acciones del hombre, sin tocar los límites de lo imposible ó de lo absurdo.

Finalmente, el precepto ó la orden que se relaciona con la teoría de la obediencia gerárquica, como participación moral, como medio de inducción, no podía substraerse de la responsabilidad criminal, porque fuera de los casos especialmente enunciados por la ley como hechos que no constituyen delito, la orden no disculpa al ejecutor, y por lo tanto es preciso castigar *eum qui jussit* y *eum qui fecit.*

Por último, la cooperación en el delito por un acto sin el cual no se hubiera consumado, da en estos casos el carácter de autor al agente, puesto que no se trata de la concurrencia á la resolución, sino de la que se refiere al delito mismo, por medio de un acto necesario, consciente, de manera que el autor de él conozca sus consecuencias, porque, en materia de responsabilidad, es indispensable la inteligencia, la intención y la voluntad.

Para completar el presente estudio, preciso será fijarse en el siguiente, que trata del segundo grado del concurso criminoso, es decir, del cómplice, cuya cooperación se refiere, aunque de un modo accesorio, á los actos anteriores ó simultáneos del delito.

La segunda forma que en el concurso aparece como punible, es la que se refiere al cómplice, según se ob-

serva en la fracción 2ª del artículo 48 del Código penal mexicano. Generalmente se reputa cómplice al que se asocia á otro ó con otro toma participación más ó menos eficaz en la realización del delito; sin embargo, aquella denominación no puede ser más ambigua etimológica y jurídicamente considerada; por lo tanto, no siendo puro su origen, porque procede de la época de la baja latinidad, no parece autorizada; por esta razón, en las leyes romanas, no se encuentra la palabra cómplice, ni en los primitivos comentadores de aquel derecho; en consecuencia, no la hallamos consignada en el antiguo Derecho español, el cual trae su filiación en esta materia, del Fuero Juzgo y del Derecho Romano.

En dicho Fuero se usa la palabra ayudar, consentir y alguna otra análoga; en el Fuero Real, hablándose de la participación, se dice *los que fueron con él*, las Partidas *ser de so uno* con el ejecutor; y aun en el siglo XVIII, en la Nueva Recopilación se leen, en lo que se refiere á la complicidad, las palabras recoger, aceptar, ayudar, fomentar, promover, mezclarse, auxiliar, encubrir, etc., etc.; pero es un hecho indudable, que los expositores del derecho, usaban el mismo lenguaje de estas leyes; sin embargo, para designar más sintéticamente al cómplice, usaban de las frases *socius criminis*, *socius sceleris*, ú otras análogas.

Como antes he hablado de la etimología de la palabra cómplice, yo creo que puede venir del verbo latino *compleo*, llenar, completar, esto es, considerando como *concausas* del hecho criminal á todos los que toman parte en su perpetración; pero es indudable que

aquella voz, no expresa, por lo vaga, hasta donde debe ir la medida de la penalidad, porque si bien todas las concausas de un hecho concurren á su realización, aunque de distinto modo, esta idea genérica no puede pasar al orden legal, sino analizando la acción de cada agente, de cada concausa, de cada cómplice, para establecer la fórmula taxativa de la delincuencia, y por ende la de la penalidad.

Con el fin de no hacer más difuso este estudio, puede asegurarse que la definición de la complicidad varía por lo general conforme al precepto de cada Código; por lo tanto, no es extraño hallar en ellos diferencias substanciales, pues algunos denominan cómplices á los que otros llaman autores ó encubridores, y viceversa; por lo tanto, en esta materia no hay ni uniformidad, ni las ideas se presentan con la debida claridad; pero semejante confusión no es de trascendencia en las legislaciones en que es una misma la pena impuesta al autor, al cómplice y al receptador, y así es indiferente que las especies se mezclen si es uno solo el castigo. No es lo mismo cuando se han fijado tres grados en la imputabilidad, porque entonces es indispensable definir con claridad cada acto, es decir, exponer con exactitud las ideas bajo cuya inspiración ha obrado el agente. En consecuencia, debe tenerse presente, por regla general, que en la primera categoría ó grado, se considera al autor que es el que directamente concurre á la acción, pero aquellos cuya participación es indirecta, son los que la ley denomina cómplices; en el primer caso el autor ha ejecutado un hecho moral ó material que sin él, el delito no habría existido; en el segun-

BIBLIOTECA CENTRAL

do, el cómplice concurre por algún acto coadyuvante moral ó material, anterior ó simultáneo, pero sin el cual podía haber existido el delito; tal es la línea divisoria que separa al autor, del cómplice; por lo tanto, esta diversidad en la acción, nos lleva á concluir que las penas deben ser distintas entre ambos grados, porque el mal producido por el autor, es mayor que el efectuado por el cómplice á quien se aplica un castigo menor. Fundado en estos principios el Código penal mexicano, castiga con la mitad de la pena del autor del delito al cómplice, atendidas las circuustancias atenuantes y agravantes que en él concurran.

En efecto, da el carácter de cómplices:

I. A los que ayudan á los autores de un delito en los preparativos de éste, proporcionándole los instrumentos, armas ú otros medios adecuados para cometerlo, ó dándole instrucciones para este fin ó facilitando de cualquiera otro modo la preparación ó la ejecución, si saben el uso que va á hacerse de las unas y de los otros:

II. A los que sin valerse de los medios expresados, emplean la persuación, ó excitan las pasiones para provocar á otro á cometer un delito, si esa provocación es una de las causas determinantes de éste, pero no la única:

III. A los que en la ejecución de un delito toman parte de una manera indirecta ó accesoria:

IV. A los que ocultan cosas robadas, dan asilo á delincuentes, les proporcionan la fuga, ó protegen de cualquiera manera la impunidad, si lo hacen en virtud de pacto anterior al delito: