

RESPONSABILIDAD ASOCIADA O DISOCIADA EN EL CONCURSO DE AGENTES. LA POSICIÓN DE LOS "MODERNOS"

SUMARIO: I. *La concepción tradicional del concursus delinquentium.*
II. *Los intentos de los llamados "modernos" por disociar el concurso.*
III. *Las ideas de Foinitzky.* IV. *Las ideas de Nicoladoni.* V. *Crítica.*
VI. *El criterio unificador de Getz.* VII. *Crítica.*

I. LA CONCEPCIÓN TRADICIONAL DEL CONCURSUS DELINQUENTIUM

La regulación del concurso eventual de personas a un hecho punible, exhibe en el Código Penal para el Distrito Federal características peculiares. Se contiene en ella, especialmente a raíz de la reforma de 1984, una descripción más o menos minuciosa de diversas formas de intervenir en el hecho, sin que éstas se mencionen expresamente, sin embargo, entre los criterios generales dados al juez por los artículos 51 y 52 para individualizar la pena. A esa distinción conceptual no corresponde, pues, una formal distinción valorativa. No hay en el Código, en seguida, regla expresa alguna tocante específicamente a la accesoriidad, sea ésta cualitativa o cuantitativa, y también falta en él cualquier mención clara a modalidades fácticas de ejecución referidas expresamente a formas participativas, como acontece en otros códigos modernos que no han seguido líneas ortodoxas en el disciplinamiento del concurso.

Todo esto incita a indagar sobre la naturaleza del concurso en el derecho penal mexicano, máxime si en un debate tanto antiguo como reciente se han perfilado concepciones sobre el instituto que son distintas de la tradicional. En esta primera contribución a ese esclarecimiento, empezamos por hacernos cargo críticamente de los materiales teóricos aportados en esta materia por los llamados "modernos" —protagonistas, paradójicamente, del debate más antiguo— y reservamos para artículos posteriores tanto el análisis de las nuevas posiciones teóricas como la ponderación de la medida en que algunos códigos penales, y entre ellos, acaso, el mexicano, les han dado acogida.

Digamos preliminarmente, para despejar el blanco sobre el que abren fuego los "modernos", que el *concursum delinquentium* ha sido tradicionalmente concebido como *concursum plurium ad delictum*, esto es, como una obra colectiva en que el autor del hecho es la figura central

entorno de la que se agrupan las de los partícipes, vale decir, en términos generales, las del instigador y del auxiliador, y que las cohesionan en un solo haz. Al autor, que "da el tono", están conceptual, valorativa y estructuralmente subordinados los partícipes, cuyas acciones extraen del acto de aquél su contenido delictivo.

Nótese, pues, que esta concepción apareja, desde luego, una duplicidad de planos: el plano del autor y el plano del instigador y del auxiliador, que son los partícipes propiamente dichos. Pero también comporta otra cosa. Ya terminológicamente, el que instiga o el que auxilia, instiga o auxilia a algo. Ese "algo" al que las conductas de los partícipes aparecen referidas, es el hecho del autor. Tal referencia o relación es tradicionalmente concebida como una relación de subordinación, o más bien, de accesoriedad.

La accesoriedad es accesoriedad al acto típico y antijurídico del autor (*accesoriedad cualitativa*). Y lo es en términos de que el partícipe no puede ser castigado si el autor no ha llegado en la ejecución del hecho al menos al grado de tentativa (*accesoriedad cuantitativa*). Desde el punto de vista de esta accesoriedad cuantitativa, poco interesa, pues, que antes de iniciarse la acción de ejecución por el autor, el instigador o el auxiliador hayan "consumado" su propia acción de instigar o auxiliar. Ellos serán sólo castigados si se da ese principio de ejecución, y, además, sólo en grado de tentativa si el autor no ha ido más allá, aunque aquéllos hayan "completado" por su parte la correspondiente acción participativa. Tanto la accesoriedad cualitativa como la cuantitativa son a veces formuladas *expressis verbis* por las legislaciones, y otras veces se llega a ellas por vía de interpretación, a partir de la naturaleza de *concursum plurimum ad delictum* que cree reconocerse en el concurso de agentes.

No hay duda de que esta concepción, presentada por ahora con acentuado esquematismo, genera problemas técnicos de diversa índole, que irán dejándose ver a través de la reseña del pensamiento de los propios "modernos".

II. LOS INTENTOS DE LOS LLAMADOS "MODERNOS" POR DISOCIAR EL CONCURSO

Una vía simple de eludir muchos de esos problemas parecería ser la renuncia legislativa a la regulación del concurso como un haz que cohesionan los diversos actos. Esos intentos, propugnados por alguna doctrina de fines de siglo y recogidos con diversos alcances y variada fortuna por algunas legislaciones, responden a motivos de política criminal

y a requerimientos de orden técnico. Al acogerlos la ley, surgiría por añadidura la simplificación de los problemas dogmáticos que presenta el concurso de sujetos a un hecho punible.

Premisa común a esas tentativas parece haber sido el principio de que no debe castigarse el hecho, sino a su agente, y que, por lo que hace al *concursum delinquentium*, el enjuiciamiento y castigo de los diversos sujetos no debe tener por punto de partida el delito a que todos han concurrido, sino lo que ha hecho y querido cada concurrente singular. La responsabilidad de cada individuo y la independencia de su propio acto deben reemplazar a la responsabilidad resultante de subordinar el acto del partícipe al acto del autor. Los diversos colaboradores no deben ser ya concebidos como *coculpables* de un delito, sino como autores singulares de la acción misma que cada cual ha realizado.¹

Esa premisa, sin embargo, conduce a diversos modos de proscripción del sistema ortodoxo. Partiendo de ella, se aspira a veces a fragmentar el concurso de agentes en tantos delitos independientes cuantos sean los sujetos que han intervenido, convirtiendo a todos éstos en autores de su propio hecho y reemplazando la unidad por la pluralidad, como resulta notorio en las concepciones de *jure condendo* expuestas por Foinitzky y Nicoladoni y en la interpretación ofrecida de las normas pertinentes del Código Zanardelli por Massari. Otras veces, un pensamiento más radical postula suprimir el concepto de participación y disolverlo en una idea única de autor, según acontece en la doctrina de Getz.

III. LAS IDEAS DE FOINITZKY

Entre esos intentos teóricos debe considerarse primeramente el de Johannes Foinitzky, profesor de derecho penal en San Petersburgo, quien, a estarnos a la información sobre su obra científica ofrecida por Boris Gurwitsch,² se había consagrado a investigaciones criminológicas ya antes de la aparición del libro de Lombroso y, como jurista, concedía superlativa importancia a los factores físicos, individuales y sociales del delito.

En un artículo sobre la doctrina jurídica de la participación, publi-

¹ Birkmeyer, Karl von, "Teilnahme am Verbrechen", *Vergleichende Darstellung des deutschen und ausländischen Strafrechts*, Berlín, 1908, Allgemeiner Teil, II Band, p. 5.

² Gurwitsch, B., En la "introducción" de la versión alemana del artículo de Foinitzky, *op. cit.*, *infra*, nota 3.

cado en alemán en 1892,³ rechaza Foinitzky la que él llama doctrina dominante sobre la materia. Ésta divisa el delito como objeto de la actividad punitiva del Estado y, en materia de codeincuencia, fundamenta el grado de responsabilidad de cada uno de los concurrentes en la gravitación del delito conjuntamente cometido. Al unir estrechamente el concepto del delito al de lesión jurídica, aquella doctrina deriva la unidad del hecho criminal de la unidad del resultado que lesiona el derecho o lo expone a peligro. Concibe así diversas formas de participación a un mismo resultado, en que cada cual, por virtud de una culpabilidad conjunta, resulta plenamente responsable por el hecho total. La culpabilidad de cada uno es a la vez culpabilidad de todos. No se distingue la culpabilidad propia de la ajena. La unidad de la culpabilidad conduce a la unidad de la pena, pues cada uno es hecho responsable no sólo por lo propio, sino también por lo ajeno. El concepto de participación encierra, pues, para esa doctrina, dos características necesarias: la unidad del delito, cuya causa está en la actividad conjunta, y una culpabilidad también conjunta, condicionada a través de la unidad del dolo (pp. 57-61).

A esta doctrina formula Foinitzky, en primer término, el reproche de su escolasticismo y el de hacer uso desmedido de presunciones sin fundamento. Lejos de implicar la unidad del dolo, la participación presupone por necesidad lógica tantos dolos cuantos partícipes existan. La práctica deja ver diversidad, no sólo en los motivos de los codeincuentes, sino en el dolo mismo, que en un agente puede ser directo y en otro condicionado y que en uno puede corresponder a una decisión impulsiva y en otro derivar de concierto previo. La unidad del dolo reposa, pues, en una presunción sin base alguna. Carece también de base la presunción de que, en ausencia de la prueba del nexo causal entre la acción de cada concurrente y el resultado, tal nexo se reputa existir debido a la convergencia de intenciones, o mejor, al previo concierto. Tampoco puede presumirse que la actividad conjunta de los concurrentes se identifique con la acción punible. La muerte dada a un hombre por varios, puede ser asesinato para uno, simple homicidio para otro y meras lesiones corporales para un tercero (pp. 63-66).

La segunda censura de Foinitzky a la doctrina dominante es que ella es incapaz de regir el vasto ámbito de la codeincuencia para el cual ha pretendido formularse. En efecto, no puede regular la causación conjunta culposa de un resultado externo, ni la concurrencia de agentes con una persona inculpable, ni la participación en ciertos delitos aso-

³ Foinitzky, J., "Die strafrechtliche Doktrin der Teilnahme", *Zeitschrift für die gesamte Strafrechts wissenschaft*, Berlin, 1892, xii, pp. 53-86.

ciados al incumplimiento de deberes, como los delitos de los funcionarios (pp. 71-73).

A su juicio, las cuestiones suscitadas por la actividad común de varias personas, se resuelven de manera simple y satisfactoria si se renuncia a ver en la codeinfluencia una sola acción punible y se adopta otro punto de partida, más acorde a la naturaleza de las cosas. Consiste éste en no hacer recaer la pretensión punitiva del Estado en la acción, sino en el agente, en el hombre, cuya disposición psíquica conforma la criminalidad, no sometida a las reglas jurídicas penales, sino en cuanto esa disposición anímica se expresa en precisas manifestaciones externas. La proposición de esta doctrina puede enunciarse en la fórmula: *quot delinquentes, tot delicta*. No cabe participación responsable en la culpabilidad ajena. Ésta es independiente y subsiste por sí misma tanto en el delito individualmente cometido como en el perpetrado en concurso de agentes. En ambos casos, para poder enjuiciar la responsabilidad penal, el único criterio idóneo es el de los fundamentos generales y constantes de la relación de causalidad. No sólo en la hipótesis de un solo autor, sino también en la de la actividad conjunta de varios, se excluye toda posibilidad de imputación por ausencia del nexo causal, externo e interno, entre cada agente individual y el resultado. Para Foinitzky, esta nueva concepción responde al ocaso de la criminalidad conjunta y la responsabilidad de masas y está más en consonancia con una época en que, según la estadística criminal, prevalece la delincuencia singular o individual (pp. 74-78).

Para dar concreción técnica a estas ideas, Foinitzky toma pie en el tratamiento dado por Franz von Liszt a la relación participativa en la cuarta edición de su famoso *Lehrbuch*. Se congratula el profesor ruso de que su colega de Berlín haya reducido en alto grado el marco de referencia de los partícipes a la unidad del delito, pues, en el sistema del maestro alemán, ni el autor singular, como es evidente, ni la pluralidad de agentes, deben ser reconducidos a esa unidad. Von Liszt, en efecto, niega la relación participativa cuando el autor se ha valido de persona inimputable, de persona imputable que obra por error o privada de libertad moral, y de persona que, aunque imputable, es utilizada sin que posea la intención específica exigida por un tipo legal dado de delito, como el incendio de cosa no acompañada de la intención de cobrar el seguro. Pero también niega, Von Liszt, la necesidad de referencia a la unidad del delito en la hipótesis de pluralidad de autores que obran a sabiendas de realizar una obra delictiva común, que no es para él un caso de participación, sino de obrar independiente, justiciable y punible como tal. Con mayor razón la

rechaza en el obrar común sin dolo pero con culpa, donde es manifiesto que las diversas acciones deben ser independientes enjuiciadas, sin reconocer nexo alguno entre ellas. Sólo los partícipes en sentido estricto, ello es, el instigador y el auxiliador, pueden ser enjuiciados en relación a la obra común a que instiga o cooperan (pp. 73-81).

Foinitzky quiere ir más allá y postula tener también al instigador y al auxiliador como autores de su propia acción de instigar y auxiliar.

Por lo que hace al instigador, Von Liszt se inclinaba a reconocer en él al motor (*Urheber*) del delito por el instigado; pero se rendía ante el postulado de la libertad de querer, implícito en la ley como obstáculo de principio para tener al instigado imputable como mero instrumento del inductor. Foinitzky no lo acompaña en esto. Para él es tiempo de abandonar la idea de la dependencia de la instigación y pasar a considerarla como una forma independiente de culpabilidad, consistente en la utilización de una persona imputable como intermediario. Autor e instigador difieren sólo en las particularidades del nexo causal entre su acción y el resultado, y deben ser considerados plenamente independientes del resto, según el grado de criminalidad que cada uno demuestra y conforme a los fundamentos generales de la relación causal (p. 81).

En lo que atañe al auxiliador, la conclusión debe ser la misma. Entre las diversas categorías de auxiliadores reconocidas por la doctrina y la legislación está, en primer término, la de aquellos cuya actuación material o moral en el hecho difiere sólo cuantitativamente de la de los autores, y que, en consecuencia, deberían ser tenidos por tales. Hállase, en seguida, la de quienes obran antes de la aparición del resultado delictivo, sin participar ni inmediata ni mediatamente en la acción de ejecución. Su actuación contribuye en muy pequeña medida a producir el resultado, y más allá de ella nada puede imputársele. Es falso, pues, confundir su dolo con el del autor y decir que ambos han querido una y la misma acción punible. Aunque en último término hayan tenido en mente la misma violación de la ley que el autor, su dolo no se dirigía a la producción de la acción punible ajena, sino a la de la propia actuación. Sus actos deberían ser previstos como *delicta sui generis*. Se da, por último, la categoría de los auxiliadores cuya acción se despliega con posterioridad al delito, pero en razón de promesa previa. Foinitzky niega rotundamente su referencia causal al resultado y postula su punibilidad como figura independiente de favorecimiento (pp. 81-83).

Sólo esta divisibilidad e independencia de la culpabilidad de cada

“partícipe”, concluye Foinitzky, hacen posible hallar solución a la cuestión relativa al contenido de la responsabilidad criminal (p. 85).

IV. LAS IDEAS DE NICOLADONI

Otro epígono de la tendencia contraria al sistema ortodoxo es Alexander Nicoladoni, jurista austriaco, autor de un parecer sobre la influencia de las nuevas concepciones jurídicopenales en el tratamiento legislativo de la tentativa y la participación, emitido en el seno de la Unión Internacional de Derecho Penal, y publicado en 1895.⁴

Tras exponer el sentido en que, a su juicio, las ciencias sociales y la psicología han influido modernamente en el derecho penal (pp. 336 y 337), Nicoladoni coteja la teoría tradicional de la imputación con la nueva, basada en la moderna psicología. La diferencia clásica entre la intención (*Absicht*), comprensiva del plan y del fin de la acción, y el dolo (*Vorsatz*), que abarca la conciencia o representación del resultado y su carácter contrario a la norma, la resolución de voluntad y el impulso de voluntad, llevaba a la concepción tradicional a suponer que la resolución de voluntad y el impulso de voluntad precedían al comienzo de la acción y, por cierto, la acompañaban en su desarrollo. Plan y fin de la acción quedaban fuera del dolo, tenido por la faz psíquica del tipo del delito.

Al quedar la representación del resultado dentro del ámbito de la imputación jurídica, la voluntad recibía su carácter delictivo exclusivamente de los acontecimientos psíquicos que preceden a la acción. La moderna psicología, en cambio, concibe la voluntad delictiva como la faz psíquica de la acción, que recibe su tonalidad del carácter del agente y que, como tal, comienza al término de la lucha de motivos y simultáneamente con la faz física de la acción, es decir, con el movimiento perceptible por los sentidos. La voluntad delictiva abarca, además del carácter contrario a la norma que posee el hecho, sólo el resultado inmediato de la acción, al paso que todo lo que precede al comienzo de ésta, todo lo que yace entre el estímulo a la acción y su comienzo, el sentimiento, la representación del individuo de su situación actual, el anhelo de cambio, la representación de la nueva situación, la ponderación de los medios, la consideración de los motivos, la decisión provisional y la resolución definitiva, caen en el estadio del pensamien-

⁴ Nicoladoni, A., “Die Einfluss der neuern strafrechtlichen Anschauungen auf die gesetzgeberischen Behandlung des Versuches und der Teilnahme”, *Mitteilungen der Internationalen kriminalistischen Vereinigung*, Berlín, 1895, t. v, fasc. 2, pp. 336-347.

to y del propósito interno o íntimo, por el cual el individuo, aun en el caso de ejecución del hecho, no puede ser considerado jurídicamente responsable (pp. 338 y 339).

Más adelante, Nicoladoni caracteriza la concepción clásica de la participación de modo análogo a como lo había hecho Foinitzky. Destaca la contraposición tradicional entre autores y partícipes, la concepción de la participación en sentido estricto como coculpabilidad en el hecho del autor, la adscripción a un mismo dolo —el del autor—, de instigadores y auxiliadores, y la relación de causalidad que se supone entre el resultado perseguido por el hecho del autor y la acción del instigador y del auxiliador. Todo ello conduce, según Nicoladoni, a la falacia principal de hacer a los partícipes culpables del mismo delito que el autor. También conduce a otras falacias, como la de que la participación sólo puede ser dolosa; la de que no hay tentativa punible independiente de participación; la de que es impune la participación si no hay consumación por el autor; la de que debe hacerse responsable a los partícipes de los errores y torpezas del autor, como también de los medios empleados por éste en la ejecución del hecho y, finalmente, la de que las relaciones personales del autor tienen repercusión en el partícipe (pp. 343 y 344).

A juicio de Nicoladoni, la unidad del dolo entre autores y partícipes no se concilia con el concepto de la voluntad criminal ya expuesto a la luz de la moderna psicología, que él tiene por el único decisivo para la imputación. Conforme a éste, la voluntad es inmanente a la acción y no va más allá de ella. Las acciones del instigador y del auxiliador, son, empero, algo esencialmente diferente del hecho del autor, y aunque resultaran moralmente incluso más vituperables, no subyacería a todas ellas, ni en sentido objetivo ni subjetivo, un tipo común de delito. Existen tantos dolos como autores y partícipes. Sólo podría hablarse de la unidad del dolo del partícipe y del dolo del autor si se identificara con la voluntad criminal la co-causación consciente del hecho de otro, el conocimiento del resultado querido por otro; si se equiparara a la voluntad criminal la conciencia de la posibilidad del hecho de otro, que no se puede o no se quiere evitar; si se juzgara suficiente respecto del partícipe una clase indeterminada de dolo que no puede bastar para el motor (*Urheber*). Pero si cae la unidad del dolo cae con ella la unidad de la culpabilidad (pp. 345 y 346).

Por otra parte, no es siempre indubitable la relación de causalidad entre la acción del partícipe y el resultado del hecho. La tesis indeterminista, que es una tesis metafísica, admite la voluntad libre del ejecutor frente al posible influjo de la voluntad del inductor. Son, por

otra parte, numerosos los casos en que el acto de auxilio favorece la acción del autor en cuanto facilita la ejecución sin ser una condición de ella (p. 346).

Así pues, no puede hablarse de la unidad del hecho del autor y del partícipe a la luz de las nuevas concepciones penales, que conceden gravitación decisiva al ejercicio individualizador de la administración de la justicia penal. El partícipe ha ejecutado una acción distinta de la del autor, ha obrado con otra voluntad, ha obrado independientemente. Su punibilidad no deriva de la responsabilidad por el hecho de otro, que ha posibilitado o favorecido, sino de haber expuesto a peligro el orden jurídico a través de su acción y de su voluntad criminal individual. Esta cocausación del peligro puede haber consistido en fortalecer o aumentar los motivos favorables al delito existentes en el ejecutor o en posibilitar o activar el desenvolvimiento de las relaciones de causalidad (pp. 346 y 347).

Sentada esta tesis, caben las siguientes determinaciones:

Toda instigación dolosa a cometer un hecho punible, doloso o culposo, y todo auxilio doloso a un hecho punible, conforman un delito independiente, subordinado a todas las disposiciones legales que rigen para el delito en general. Cabe tentativa punible de este delito independiente, así como un desistimiento de la misma, que torna impune la acción. Es posible la participación punible en la participación. El hecho del autor es enteramente indiferente para establecer la tipicidad respecto del partícipe. En cambio, la naturaleza y medida de la pena aplicable al partícipe se determinan, ciertamente, por la gravedad del hecho que el partícipe ha coefectuado de acuerdo a su propio plan. En consecuencia, la pena que la ley establece para el delito del partícipe debe medirse, en lo posible, de acuerdo a márgenes más amplios en su naturaleza y extensión (p. 347).

V. CRÍTICA

Sólo esta exposición prolija del pensamiento de los llamados "modernos", imposible en una síntesis demasiado apretada, permite valorar sus fundamentos, sus críticas a la doctrina tradicional y sus conclusiones.

Es antojadizo sostener que el grado de responsabilidad de cada uno de los concurrentes se fundamenta tradicionalmente en la gravitación del delito conjuntamente cometido, y que la referencia de diversas formas de participación a un mismo resultado lleve a eliminar toda distinción entre culpabilidad propia y culpabilidad ajena. El derecho

no puede menos de empezar por fundamentar toda responsabilidad criminal en el hecho, no por su carácter indiciario o sintomático de la personalidad de quien lo perpetra, sino por la lesión que representa a un bien jurídicamente protegido. Esto, que es válido para la responsabilidad por el delito individualmente cometido, lo es también para el perpetrado por varios sujetos.

Es, en seguida, una realidad, y no un sofisma de los juristas, que en el delito cometido por más de un individuo hay un solo hecho, al cual convergen objetiva y subjetivamente las diversas acciones. Esa unidad natural no anticipa necesariamente una unidad valorativa o una unidad jurídica. Se puede discutir sobre si esa unidad está o no en la naturaleza de las cosas; pero no sobre si ya se halla, al menos implícita, en el sentido del lenguaje. La denominación de concurso o de participación denota la confluencia de acciones plurales hacia un suceso central, al cual se *concorre* o en el cual se *participa* o *toma parte*. El artificio proviene de los modernos y estriba, precisamente, en no aceptar la realidad sino en negarla, y en tratar de sustituirla por la ficción de una pluralidad de conductas arbitrariamente disgregadas del centro a que confluyen y que las cohesionan en un solo haz.

La doctrina tradicional no ha presumido, como dice textualmente, por ejemplo, Foinitzky, la unidad del dolo, sino la voluntad de participar, la convergencia intencional, que es cosa muy diversa. Cada partícipe, por cierto, realiza su propia obra a través del modo de concurrir objetivamente a la empresa común; pero confluye también subjetivamente, con su propia voluntad de obrar así, al hecho cometido. En consecuencia, el dolo de cada uno, desde el plano en que concurre al delito, es *su propio dolo*. Sólo en ese sentido podría hablarse de que cada codelincuente es autor de su propio hecho, sin que por ello, apresurémonos a reiterarlo, podamos vernos movidos a disgregar la constelación en que se integran los diversos actos participativos. Si esto es así, de poco sirve el intento de Nicoladoni de mostrar que la vieja diferencia entre intención y dolo es inconciliable con la que él llama unidad del dolo entre autores y partícipes. Es verdadero, por lo tanto, que existen tantos dolos como autores y partícipes; pero es falso que esta negación de la unidad del dolo dé al traste con la culpabilidad. Si a sabiendas se auxilia a que se mate a otro, sólo se es responsable de haber auxiliado a un homicidio, al paso que responsable de haberlo ejecutado es el autor. El derecho, pues, no obra a espaldas de la realidad, y como ella, reconoce la diversidad, no sólo en los motivos de los delincuentes, sino en el dolo mismo, y acepta, sin disociar los diversos actos de participación, que el dolo pueda ser directo en un agente y condicio-

nado en otro, o corresponda a una decisión impulsiva en uno y en otro derive, en cambio, de previo concierto.

La doctrina tradicional tampoco ha presumido al nexo de causalidad, cuando no hay prueba de su presencia, echando mano del concierto previo. Es ocurrencia ordinaria de la vida que el resultado sobreviniente a la acción común de varios, que se hallaban previamente concertados, sea efecto precisamente de esa acción. Esta constatación empírica no ha conducido, sin embargo, al enunciado formal de presunciones.

Se ha afirmado antes que la unidad del hecho en que se participa es una unidad natural, que no importa, por consiguiente, identificar la acción de cada concurrente con la calificación jurídica que merezca la acción punible realizada por quien perpetra el hecho. Y si el delito de éste no guarda relación o conformidad alguna con el hecho a que los partícipes concurren objetivamente, y entendieron concurrir subjetivamente, no hay *concursum delinquentium*, sino acciones delictivas singulares e independientes.

Entre las censuras a la llamada concepción tradicional no parece ser la más consistente la de que ella no puede abarcar la causación conjunta culposa de un resultado externo, ni la concurrencia de agentes con persona inculpable, ni la participación en ciertos delitos asociados al incumplimiento de específicos deberes, como los delitos de los funcionarios. Trátase de un prurito de perfección sistemática que no puede llevarse a extremos, si se recuerda que el derecho no es sólo un sistema de valores, sino un orden normativo históricamente conformado y destinado concretamente a regir en la sociedad. De ese modo, conceptos surgidos históricamente en el reducido ámbito de ciertos delitos, como la omisión, la legítima defensa o la tentativa acabada e inacabada, fueron ampliando progresivamente la esfera de su aplicación y encontrando ubicación sistemática en la parte general del derecho penal, aunque no todo delito puede cometerse por omisión o en legítima defensa, o permita la distinción entre tentativa acabada e inacabada. Del mismo modo, el hecho de que la causación conjunta culposa escape, por su misma estructura, a las normas reguladoras del *concursum delinquentium*, no impide teóricamente que éstas integren el sistema general del derecho penal.

No es efectivo, por otra parte, que el *concursum delinquentium* desaparezca cuando envuelve a un sujeto inculpable. Aun cuando este sujeto inculpable sea precisamente el perpetrador del hecho, el concurso subsiste en virtud del carácter injusto de ese hecho. A esa antijuridicidad se ligan las conductas culpables y plenamente punibles de los de-

más concurrentes. Así pues, ya en esta hipótesis la llamada concepción tradicional, que reconoce al concurso naturaleza accesoria, adjudica adecuadamente las responsabilidades. Esto ocurre *a fortiori* cuando no se trata ya de la concurrencia de culpables e inocentes, sino sólo de culpables que, habiendo intervenido en el hecho de distintos modos, aparecen con diverso grado de responsabilidad por razones subjetivas propias y privativas de cada uno de ellos. Desde este punto de vista, la concepción de juristas como Foinitzky y Nicoladoni resulta, además de artificiosa, inútil, pues su propósito de independizar al partícipe de la penalidad del autor principal, a fin de castigarlo, según dicen ellos reiteradamente, por la culpa propia y no por la ajena, no hace necesaria una nueva concepción teórica del concurso. Se ha visto, en efecto, que la penalidad de cada concurrente se determina por la gravedad del delito objetivamente cometido y por la forma o modo de participar en él; pero también por el carácter de los motivos, la naturaleza del dolo y demás condiciones o modalidades subjetivas propias de cada uno de los codelincuentes. Esto puede conducir, incluso, a que el auxiliar llegue, en concreto, a recibir pena superior a la del ejecutor. En consecuencia, nada obsta en la concepción tradicional para que tenga cabida el sentido individualizador de la proposición *quot delinquentes, tot delicta*.

Por lo que concierne a la participación en los delitos de los funcionarios, en los delitos *in re militari* y en los demás configurados entorno del incumplimiento de específicos deberes, parecería que más que en ningún otro ámbito surgieran en éste los excesos de fijar la responsabilidad de los demás concurrentes en función del acto cometido por el ejecutor. "Así, el cómplice extraño que ayuda a un hijo a matar a su padre, recuerdan Vidal y Magnol, invocando el ejemplo originario y clásico, es culpable de parricidio, y a la inversa, el hijo que no es sino cómplice en el homicidio de su padre, no es culpable de parricidio."⁵ Contra esto, como es sabido, se sublevaba ya Carrara, proclamando que todo hombre responde *del hecho propio*. "El hecho del llamado autor principal —expresaba— es el *evento violador del derecho*, que se pone a cargo del llamado cómplice, porque también es *consecuencia* de su hecho."⁶ Concluía insistiendo en que "cada uno responde del hecho propio según lo que ha *querido* y según el *efecto* que ha producido, teniendo en consideración el nexo ideológico y on-

⁵ Vidal-Magnol, *Cours de Droit Criminel et de Science Pénitentiaire*, 9a. ed., París, 1949, t. 1, pp. 562-563.

⁶ Carrara, F., *Programma del Corso di Diritto Criminale dettato nella Reale Università di Pisa*, 5a. ed. Pisa, 1149, nota 1.

tológico entre su hecho y el hecho violador del derecho". Esta última afirmación, olvidada por los maestros franceses que invocan al gran maestro italiano, indica los límites en que debe situarse la responsabilidad del partícipe accesorio al hecho del ejecutor, cuando a éste incumben deberes específicos que no recaen sobre aquél. En principio, tal deber no se comunica, a menos que la ley prescriba pena mayor para quien obra conociendo el deber que pesa sobre el ejecutor en cuyo acto participa accesoriamente. No es, pues, exacto que las reglas sobre el *concursum delinquentium* no tengan aplicación a este caso. Antes bien, logra vigencia aquí el principio de diversidad del concurso, en perfecta coherencia lógica con el de unidad del hecho.

Al enjuiciar, por último, las soluciones alternativas ofrecidas por Foinitzky y Nicoladoni al concurso de sujetos, parece adecuado afirmar, con Birkmeyer, que a través de ellas, "las dificultades de la regulación legal de la teoría de la participación no resultan disminuidas en manera alguna".⁷ Desde luego, la solución de Foinitzky es menos osada que la de Nicoladoni. El primero tiene a instigadores y auxiliadores por autores de su propia acción de instigar o auxiliar, es decir, por autores de *delicta sui generis*; el segundo, no por autores de especiales delitos de instigación o auxilio, sino de un delito independiente de participación, que es un *delictum sui generis*. La diferencia residiría en que mientras Foinitzky concibe un delito de instigación y un delito de auxilio, Nicoladoni abraza toda forma de participación en sentido estricto —instigación o auxilio— como contenido del delito del partícipe. Ya se verá que el sistema de Getz, el "moderno" más radical de todos, significa la completa eliminación de la idea de participación. Pero hecha aquella diferencia, y puesto el autor en lugar del partícipe de antes, ¿de qué delito es, en verdad, autor éste? Foinitzky, como se ha visto, no ha logrado desprender del todo a los partícipes del delito de cuyo resultado quería prescindir, y por mucho que Nicoladoni quiera escapar a él, su *delictum sui generis* termina por quedar conformado en función de un delito en que se ha participado, y no puede concebirse sin él. Todo ello sin considerar el problema de la punibilidad, que no se sabe si determinar independientemente o hacer derivar del delito principal.

VI. EL CRITERIO UNIFICADOR DE GETZ

Queda por examinar una segunda tendencia, orientada a disolver los actos de participación en los actos de autor, de modo de hacer sub-

⁷ Birkmeyer, *op. cit. supra*, nota 1, p. 6.

sistir el concepto de autor como concepto único, en reemplazo del de *concursum delinquentium*.

Procesos legislativos de diversos Estados alemanes conocieron intentos fallidos de esa especie ya en la primera mitad del siglo pasado.⁸ En el plano doctrinal, también en Alemania, Von Buri mismo, unos cuantos años más tarde, manifestó escepticismo ante el sistema ortodoxo. Razones de orden técnico lo llevaron en 1877, esto es, varios años antes de manifestarse las reseñadas doctrinas de Foinitzky y Nicoladoni, a estimar superfluas y caducas las diversas formas de participación culpable y a preguntarse si no era preferible derivar la punibilidad de cada sujeto sólo de su propia obra y de su propia culpa y no de la obra y de la culpa ajena.⁹ Birkmeyer, su famoso adversario científico, cree que no le alcanzó el coraje para sentar la conclusión debida y que tiene razón Getz al afirmar que el mantenimiento por Von Buri de la complicidad dentro de la participación y junto a la condición o calidad de autor, por aplicación de la teoría subjetiva del interés, estrechaba notablemente el terreno de la participación y dejaba subsistir, sin embargo, "algunas ruinas del gran edificio".¹⁰

La faena de demolición de estas últimas ruinas había sido ya iniciada por el jurista noruego Bernhard Getz, a quien, cronológicamente antes que a Von Buri y a Foinitzky y Nicoladoni, parece incumbir el mérito de haber intentado por primera vez el desmantelamiento sistemático del concurso de delincuentes. Por representar, sin embargo, un pensamiento más radical que el de aquellos juristas, corresponde exponerlo después que el de ellos.

En un artículo publicado en lengua danesa y reeditado en 1875 en Cristianía como parte de un volumen de opúsculos varios, Getz desarrolla las ideas que años después debía reiterar en el seno de la Unión Internacional de Derecho Penal y en la introducción al proyecto de Código Penal noruego, cuya comisión redactora integró, y que, como ley vigente desde el 1º de enero de 1902, había de dar cabida a buena parte de sus ideas. Para dar cuenta de ellas recurrimos al parecer emitido en lengua alemana en el seno de la Unión, sobre la influencia de las nuevas concepciones en el tratamiento legislativo de la tentativa y la participación.¹¹

Getz comienza por observar que, según la opinión dominante, las

⁸ *Idem*, p. 8.

⁹ *Idem*, p. 5.

¹⁰ *Ibidem*.

¹¹ Getz, B., "Die Einfluss der neuern strafrechtlichen Anschauungen auf die gesetzgeberischen Behandlung des Versuches und der Teilnahme", *Mitteilungen der Internationalen kriminalistischen Vereinigung*, Berlín, 1895, t. v., fasc. 2, pp. 348-363.

disposiciones especiales sobre participación se aplican sólo si el partícipe, pero sobre todo el ejecutor, han obrado dolosamente. Todos los demás casos dignos de castigo se rigen por las disposiciones comunes. Quien induce a otro a una acción imprudente que causa la muerte de un hombre o le alcanza para ello un fusil que éste cree erróneamente descargado, es castigado como autor mediato de homicidio. Lo propio acontece si el agente ejecutor se halla favorecido por otras causas subjetivas de exclusión de la pena (menor edad, privación de razón, coacción) (pp. 349 y 350). ¿Por qué —se pregunta Getz— no resolver del mismo modo los casos en que se induce o auxilia a quien ejecuta dolosamente el hecho? La teoría tradicional responde que la libre resolución de voluntad del ejecutor ha interrumpido en ese caso la relación de causalidad entre inducción o auxilio y acto de ejecución. Esto, dice Getz, significa hacer depender la participación de la libertad de querer, es decir, de una concepción metafísica de la voluntad humana. A su juicio, no es menester en manera alguna que la acción haya producido necesariamente el resultado para que se la tenga con poder causal en el sentido del derecho penal; basta sólo con que aparezca favoreciéndolo. Los propios partidarios del libre albedrío admiten que la voluntad humana no está sustraída a la influencia de razones o motivos. Si así no fuera, ¿por qué habría de castigarse al partícipe, si no ha podido contribuir en nada al delito? (p. 350). Ante esto no cabe sostener que el partícipe es también autor, en el sentido corriente de esta palabra, cuando su intención se orienta efectivamente hacia el delito mismo cometido por el ejecutor. Ese, en efecto, no es siempre el caso, arguye Getz, pues el auxilio prestado con anterioridad al hecho puede provenir, por ejemplo, no del interés en el delito, sino del precio o recompensa prometidos (p. 351).

Poca duda puede haber, continúa Getz, de que debe considerarse autor a quien a sabiendas suministra al loco el medio para cometer el delito. Mas, lo que basta en este caso para extender la responsabilidad, debe bastar también para castigar cuando existe un ejecutor responsable (p. 352).

Getz sostiene en seguida que, además de innecesaria, la complementación de la punibilidad que quiere obtenerse por las disposiciones sobre participación puede conducir a soluciones jurídicas artificiales y reñidas con la justicia. Si el ejecutor directo no es responsable, las acciones de cada sujeto son juzgadas por sí mismas. Para cada agente, las acciones de los demás interesan sólo en cuanto pueden converger, como las fuerzas naturales, con la propia acción, y ser, en consecuencia, tenidas en cuenta. El propio hecho es, para cada agente, su delito.

Quien deja el frasco de veneno en el velador del enfermo con la esperanza de que la enfermera, por inadvertencia, se lo administre a éste en lugar de la medicina, se ha hecho tan culpable de un delito como si hubiera actuado con la intención de que el enfermo mismo lo equivocase con la medicina. Lo mismo podría concluirse, siguiendo los principios generales, si la propia enfermera, en estado de perturbación mental o sin haber alcanzado la edad requerida por la ley, administra dolosamente el veneno. Sólo si ella propina dolosamente el que otro ha dejado allí, cambia la situación, pues la acción previa de poner el frasco al alcance de ella se degrada a la condición de una acción de auxilio al delito (p. 353).

Esta concepción de la acción del partícipe como un mero apéndice de la acción del ejecutor, argumenta Getz, conduce a consecuencias peregrinas, particularmente cuando los preceptos de la parte especial disponen de modo expreso que autor de determinados delitos no puede ser cualquiera, sino sólo quien posee ciertas cualidades especiales o se encuentra en determinadas situaciones. El que no posee las primeras ni se halla en las segundas no puede valerse de quien tiene las unas o se encuentra en las otras como instrumento para cometer un delito. No puede ser autor de un delito el no funcionario que induce a un funcionario a cometer de buena fe un delito ministerial a causa de error, sobre todo si en caso de obrar doloso del funcionario el inductor sería sólo partícipe. Si se parte de que el partícipe lo es en hecho ajeno, sería más lógico proclamar tal a quien concurre al hecho aunque no pueda ser autor de él (p. 354).

Es todo esto, afirma Getz, lo que ha movido, en muchos códigos modernos, a suprimir toda diferencia conceptual entre autores y partícipes y a incluir a éstos entre aquéllos. Cuando la diferencia se mantiene, es erróneo exagerar la importancia de la forma de intervención objetiva en el hecho, pues una acción principal y ejecutiva puede ser debida a presión o amenaza, y una acción secundaria de auxilio puede originarse, por ejemplo, en motivos de lucro vil. Es por eso que Getz recomienda la regla del proyecto noruego, más tarde promulgado como código, que autoriza la disminución de pena para quienes concurren desde una posición dependiente o intervienen de manera insignificante (p. 356).

Por último, refuta Getz la función reconocida a una fórmula general de *concursum* como indicadora de que la conminación penal debe entenderse dirigida a todo el que de algún modo ha contribuido al resultado, sin consideración al tenor literal de cada precepto especial. Tampoco este fundamento le parece satisfactorio. Quien induce a otro a

sustraer una cosa haciéndole creer que es propia, debe ser tenido por autor y no por partícipe, aunque el precepto especial del hurto haga sólo mención del que toma la cosa. Por lo tanto, en ese aspecto es inservible la completación por un precepto general sobre participación. Más serviría uno que tuviera por autores a todos los que mediata o inmediatamente han ejecutado el hecho y que lo han causado, por obra o consejo, también mediata o inmediatamente. La falta de ese precepto amplio determina que a veces sea menester torcer la letra de la ley para reconocerlo existente. Así ocurre, por ejemplo, en el delito de bigamia, respecto de quien ha forjado un certificado de defunción de la primera esposa del contrayente (pp. 357 y 358).

Lo correcto es, pues, lo que hace el proyecto noruego, vigente como ley desde 1902, y que consiste en señalar en cada precepto penal singular la punibilidad de todos los concurrentes, salvo disposición expresa restrictiva. Esto último ocurre, con diversas modalidades, en los delitos de los funcionarios, en el incumplimiento de contratos de suministro en tiempo de guerra, en los fraudes a los acreedores, en algunos delitos contra las buenas costumbres, en la mayoría de los delitos relativos a la navegación y en la gran mayoría de las contravenciones. El mismo sistema, esto es, el de dar la solución en cada precepto especial, se sigue en cuanto al problema de la punibilidad de los concurrentes que no poseen las calidades especiales o no están en las situaciones determinadas requeridas por la ley respecto del agente de ciertos delitos (pp. 358-361).

Admite Getz que puede ser controvertible el alcance dado en el proyecto noruego a la punibilidad de los concurrentes en cada delito o grupo de delitos; pero está cierto de que ha seguido el único camino conducente a soluciones correctas (p. 360).

VII. CRÍTICA

Si las concepciones pluralistas han merecido censuras, más graves y numerosas son las objeciones al criterio unificador. El sistema de Getz, como los de Foinitzky y Nicoladoni, arranca menos de apremios técnicos que de razones de política criminal y, por explícita declaración de su autor, también descansa en la premisa de los llamados "modernos", vale decir, en que no debe castigarse el hecho, sino a su agente. Parece discutible, por tanto, afirmar que el concepto indiferenciado de causador (*Urheber*) del hecho presupone la renuncia por el legislador al tratamiento individualizado de la personalidad del agente, lo que resultaría por lo menos extemporáneo ante los esfuerzos político-crimina-

les por adaptar la sanción, no al hecho, sino al autor.¹² La verdad es que Getz postula la individualización allende las diferencias personales en la forma de contribuir al hecho, y propone una fórmula de mitigación aplicable, llegado el caso, a todos los concurrentes al delito, que no deriva de las modalidades de su intervención en el hecho, sino de la medida menor de la culpabilidad.

Censura de real monta es la que se expresa en el aserto de que cometer el hecho no es lo mismo que causar su resultado, y obrar, algo diferente del mero causar.¹³ A la luz de esa afirmación, la tesis de Getz surge como el claro reflejo de un periodo de naturalismo jurídico ampliamente superado, y absolutamente extemporáneo ante el moderno pensamiento dogmático, que se niega a conceder valor excesivo al proceso causal implicado en la acción humana para realizar otras cualidades que mejor contribuyen a establecer su carácter.¹⁴

Aparte de esta notoria insuficiencia de principio, el concepto unitario de autor ofrece serios inconvenientes prácticos.

Fracasa, en efecto, ante los casos por demás corrientes de delitos perpetrables por mano propia y ante los que requieren especiales cualidades, objetivas o subjetivas, en la persona del autor, y donde la calificación de tal está sólo reservada a quien emprende el delito por sí mismo o a quien exhibe las antedichas cualidades. Cierto es que Getz previene en este punto acerca de la imposibilidad de castigar como autor a aquel en quien esa cualidad personal no se da; pero si de algún modo debe ser castigado, la punición no provendrá de una condición de autor que no le alcanza, sino de su participación en el hecho de éste, con lo cual se niega la premisa niveladora de que se había partido.¹⁵

En seguida, desde el instante en que todos los sujetos son estimados autores, se llega derechamente a la indeseable consecuencia de tornar siempre punible la tentativa de participación, admitida con cautela en unos pocos códigos y repudiada con energía por el pensamiento moderno.¹⁶ La consecuencia no podría evitarse sin hacerse mención expresa, por su propio nombre, del instigador y el auxiliador, cuya tentativa

¹² Bockelmann, P., "Die moderne Entwicklung der Begriffe Täterschaft und Teilnahme" *Strafrechtliche Untersuchungen*, Göttingen, 1957, p. 109.

¹³ Gallas, W., "Täterschaft und Teilnahme", *Materialien zur Strafrechtsreform, I Band, Gutachten der Strafrechtslehrer*, 1954, pp. 143-144.

¹⁴ *Ibidem*; también Bockelmann, *op. cit.*, *supra* nota 12.

¹⁵ Dietz, W., *Täterschaft und Teilnahme im ausländischen Strafrecht*, Bonn, 1957, pp. 108-110; véase también Engisch, *ZStW*, 66, p. 383; Jescheck Sch., *ZSt*, 1956, pp. 226 y ss., y Dreher, *ZSt*, 67, pp. 456-457 y 573-574.

¹⁶ *Ibidem*.

se decide declarar impune, esto es, sin revivir las propias abstracciones conceptuales que se ha tendido a disolver en la idea de autor.¹⁷

La crítica al sistema unificador debe recordar, sin embargo, que él no pretende inferir de la parificación conceptual de los concurrentes una responsabilidad idéntica; antes bien, al eliminar el distingo general de las varias formas de participar y la abstracta gradación consiguiente de su castigo, aspira a valorar las diferencias que cabe hacer, desde un punto de vista concreto, en las responsabilidades. Este afán de conceder valor preeminente a la culpabilidad, adjudicado a mérito de Getz por la crítica moderna, genera, empero, algunas dificultades. ¿Cuál es el padrón a que ha de recurrir el juez para obtener la magnitud de la culpabilidad? Hallarlo en el carácter del reo comportaría los riesgos de una concepción sintomática del delito y, con ello, del derecho penal: reconocerlo en la forma, medida y naturaleza de la intervención en el hecho de cada concurrente obligaría al juez a hacer aquello de que el legislador se ha abstenido deliberadamente.¹⁸

Resta todavía una impugnación de orden político, que no falta en ningún análisis del concepto unitario de autor. Desconocer que la diferencia entre autor y partícipe no está entregada al arbitrio del legislador, sino que yace en la naturaleza de las cosas o resulta, al menos, de la experiencia de la vida, envuelve transferir al juez el problema de la determinación de la pena sin norma directriz alguna emanada de la ley. Tal actitud contradice ostensiblemente la idea del Estado de derecho.

Hasta aquí la reseña y una primera crítica general de las proposiciones de los "modernos". A ellas deberá seguir la consideración de otros materiales teóricos y legislativos más recientes en que se cree vislumbrar un disciplinamiento nuevo del concurso que supere los problemas planteados por una concepción ortodoxa. Unas y otras, reiteramos, contribuirán tal vez al esclarecimiento de la naturaleza del *concursum delinquentium* en la regulación que de él ofrece el Código Penal mexicano.

Alvaro BUNSTER

¹⁷ Gallas, *op. cit.*, *supra* nota 13.

¹⁸ Dietz, *op. cit.*, *supra* nota 15.