

4034483

Derecho Penal

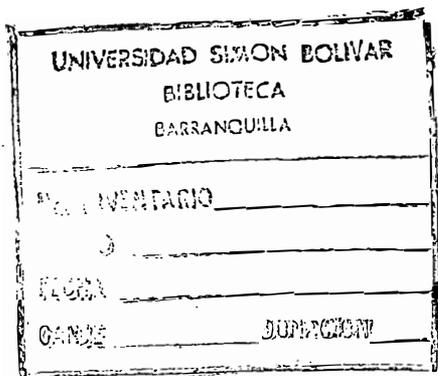
094A

UNIVERSIDAD SIMON BOLIVAR
BIBLIOTECA
SARRANQUILLA

UNIVERSIDAD SIMON BOLIVAR
BIBLIOTECA
SARRANQUILLA

UNIVERSIDAD SIMON BOLIVAR
BIBLIOTECA
SARRANQUILLA

T
345.03
H.558



DE LA AUTORIA INTELECTUAL

ANGEL MARIA HERNANDEZ CANO

CORPORACION EDUCATIVA MAYOR DEL DESARROLLO

SIMON BOLIVAR

FACULTAD DE DERECHO

BARRANQUILLA, NOVIEMBRE DE 1.986

DE LA AUTORIA INTELECTUAL

ANGEL MARIA HERNANDEZ CANO

Trabajo de Grado presentado
como requisito para optar
al título de ABOGADO.

Directora: DOCTORA SONIA
MARIA SANCHEZ PEREZ.-

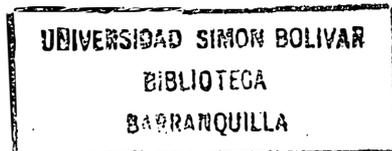
CORPORACION EDUCATIVO MAYOR DEL DESARROLLO

SIMON BOLIVAR

FACULTAD DE DERECHO

BARRANQUILLA,

1.986



NOTA DE ACEPTACION

Presidente del Jurado

Jurado

Jurado

Barranquilla, Noviembre de 1.986

RECTOR.....DOCTOR JOSE CONSUEGRA HIGGINS

DECANO.....DOCTOR CARLOS DANIEL LLANOS

SANCHEZ.-

SECRETARIA ACADEMICA..DOCTORA BLANCA FRANCO DE

CASTRO.-

SECRETARIO GENERAL... DOCTOR RAFAEL BOLAÑO MOVILLA

DIRECTOR CONSULTORIO

JURIDICO..... DOCTOR ANTONIO SPIRKO CORTES

PRESIDENTE DE TESIS. DOCTORA SONIA MARIA SANCHEZ

PEREZ.-

TABLA DE CONTENIDO

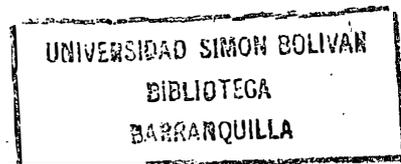
I	INTRODUCCION.....	6
	DEDICATORIA.....	
	AGRADECIMIENTOS.....	
1	BREVE RESEÑA HISTORICA.....	8
1.1	Legislación Italiana.....	9
1.1.1	Diversas Teorías.....	11
1.1.1.1	Teoria Monista o Unitaria.....	11
1.1.1.2	Teoría Pluralista.....	12
1.1.1.3	Teoría de la Asociación.....	13
1.1.2	Formas del Concurso delictivo...	14
1.1.2.1	Distinción Tradicional.....	14
1.1.2.1.1	Autor en sentido estricto.....	15
1.1.2.1.2	Simple partícipe.....	15
1.1.2.2	En épocas préteritas segun Birk Meyer.....	16
1.1.2.3	Diferencias desde el punto de vis ta subjetivo.....	16

1.1.2.3.1	Doctrina de mayor acogimiento...	17
1.1.2.3.2	Diferencias según F. Antolisei..	17
1.1.2.3.3	Autor y Partícipes.....	18
1.1.3	Requisitos del Concurso.....	20
1.1.3.1	Pluraridad de Agentes.....	20
1.1.3.2	La realización del elemento obje tivo de un delito	22
1.1.3.3	Contribución causal a la verifi- cación del hecho.....	24
1.1.3.4	La voluntad de cooperar al deli- to.....	27
1.1.4	La interdependencia de los parti- cipantes. Efectos	30
1.1.4.1	Título del Delito.....	30
1.1.4.2	Causas de la exclusión de la pena	33
1.1.4.3	Circunstancias del delito.....	34
1.1.4.4	Arrepentimiento de un participan- te.....	36
1.1.5	Variantes individuales al plan común.....	38
1.1.6	La cooperación en los delitos cul- posos.....	41

1.1.7	El concurso necesario.....	45
1.2	Legislación Colombiana.....	47
1.2.1	Código de 1.980.....	47
1.2.2	Código de 1.936.....	47
2	DEFINICION DE AUTOR INTELECTUAL O DETERMINADOR.....	51
3	ANTECEDENTES EN NUESTRA LEGISLA CION.....	58
4	MECANISMOS CONFORME A LA DOCTRÍ NA.....	64
4.1	Mandato.....	66
4.2	Consejo.....	66
4.3	Coacción.....	67
4.3.1	Física.....	69
4.3.2	Síquica o moral.....	70
4.4	Orden.....	70
4.5	Sociedad o convenio.....	72
5	COMUNICABILIDAD DE LAS CIRCUNS TANCIAS DEFINICION LEGAL.....	82

5.1	Personales.....	85
5.1.1	Atenuantes.....	85
5.1.2	Agravantes.....	87
5.2	Materiales.....	87
5.2.2	Agravantes.....	88
6	ARREPENTIMIENTO DEL DETERMI NADOR.....	92
6.1	Eficaz= Excluyente de pena.	95
6.2	Ineficaz o inocuo = respon sabilidad.....	96
7	RELACION O NEXO CAUSAL EN LA CONDUCTA DEL DETERMINA DOR Y DETERMINADO.....	98
7.1	La teoría de la equivalen cia.....	104
7.2	La teoría de la causa ade cuada.....	105
7.3	La teoría de la condición más próxima.....	109

8	EL AUTOR INTELECTUAL O DETERMINADOR FRENTE A LA TENTATIVA COMO DISPOSITIVO AMPLIFICADOR DEL TIPO.....	110
9	GRADOS DE CULPABILIDAD DEL DETERMINADOR.....	116
9.1	A título de dolo.....	117
9.2	A título de preterintención	123
	BIBLIOGRAFIA.....	124



D E D I C A T O R I A

A mi Padre JUAN PABLO HERNANDEZ MONTAÑO, pues haciendo más sus palabras debo decir que este triunfo también es suyo, en razón de su invaluable apoyo moral y material.

A mi Madre CARMEN CANO DE HERNANDEZ, por su constante apoyo, se lo dedico con todo el corazón.

A mis hermanos YADIRA, MARITZA, JUAN y JUAN PABLO.

A SANDRA, compañera de insignes valores.

A N G E L

AGRADECIMIENTOS

El autor expresa sus más profundos agradecimientos:

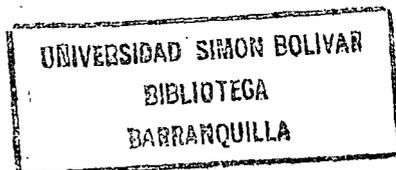
A los Doctores en Derecho : HERNANDO RODRIGUEZ CARDO
NA, FRANKLIN DAUTT MARTELO, JOSEFINA RETAMOZO DE FU
QUENE, DOLLY AGUIRRE DE CAPARROSO, RAFAEL FIERRO MEN
DEZ, GILBERTO RAMIREZ VILLANUEVA, como también a FAN
NY BELEÑO, por que de una u otra manera son partíci
pes en el logro de esta meta.

" EL ABOGADO ES EL DERECHO EN PIE DE GUERRA "

CANABELLAS

Y AGREGARIA:

" ES UN SOLDADO DE LA LIBERTAD



INTRODUCCION

La decisión de escribir mi tesis de grado sobre el fenómeno de la DETERMINACION, contemplado en la parte general de nuestro Estatuto Punitivo no es casual. Un notorio y publicitado proceso acelerado recientemente en esta ciudad influyó en mi ánimo para escoger este espinoso tema,. El trabajo que trataré en paginas siguientes está contemplado en nuestra ley sustantiva represora como uno de los dispositivos amplificadores del tipo penal y más concretamente en su artículo 23.

No pretendo vanidosamente exponer tesis originales, ni sostener que voy a innovar porque sería pueril. Eso sí, el tema que presento a consideración de mi Universidad ha sido estudiado honestamente, con desvelos y mi propósito sincero es el de profundizarlo en los tiempos por venir.

El citado artículo 23 contiene el régimen punitivo común para tres categorías: Autores, Coautores, y Determinadores.

Autor es quien realiza la conducta expresada en el verbo rector del tipo penal. verbigracia, el que se apodere, el que constriña, el que imputa falsamente, el que causa daño a otro en la salud, el que matare.

Coautor es el que hace la obra con otros u otros, que para el inolado REYES ECHANDIA la coautoría puede ser propia o impropia y nos trae como ejemplo la primera: Cuando Pedro y Juan matan a Diego de sendos disparos de revolver y como ejemplo de la segunda: Cuando Pedro, Juan y Diego deciden robar un almacén y lo hacen de tal manera que el primero distrae al vigilante, el segundo rompe la cerradura de las puertas y el tercero se apodera de la mercancía.

Para el maestro y guía de juventudes LUIS CARLOS PEREZ, de terminador es que hace nacer en otro la voluntad delictiva es que carga de energía esa potencia psicológica, el que se impone a otro para que cometa la infracción en calidad de autor.

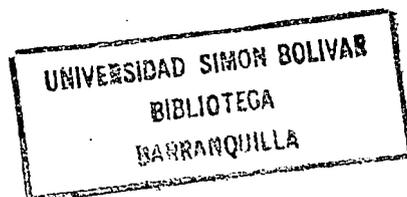
Esta categoría del determinador es el objeto de mi tesis de grado que a continuación expondré con toda honradez mental.

1. BREVE RESEÑA HISTORICA

La historia de este tema se remonta, al Derecho Romano, por ello es ineludible beber en su fuente, estudiando de una manera global sus inicios y su posterior desarrollo ; es decir la manera de realizarse un delito por obra de una sola o de varias personas, ésta última manifestándose como lo llamaban los prácticos medievales societas sceleris y que, después se denominara generalmente participación en el delito o participación criminal o como fuera designada en el Código Italiano concurso de personas en el delito.

La participación criminal, como dijera BETTIOL citado por ANTOLESEI: " Es sin duda una de las más espinosas materias del Derecho Penal".¹ Sigue siendo, muy a pesar de los ingentes esfuerzos de autores connotados nacionales o extranjeros, un escabroso tema.

(1) ANTOLESEI. FRANCESCO, Manual de Derecho Penal, Parte General Americana Unión tipográfica, utemma, Argentina - Buenos Aires, pag 392.-



Ahora bien, dentro de la multiplicidad de partícipes o socios, como también se les denomina, se hace necesario distinguir dos formas: aquellos delitos que por su naturaleza intrínseca solo pueden ejecutarse por dos o más personas, ergo, el adulterio, el duelo o la conspiración política, siendo de suyo la pluralidad de agentes. En contraposición al anterior existen la mayoría de las figuras delictivas que en abstracto pueden llevarse a cabo bien por uno solo o por varios individuos asociados, verbigracia, el homicidio, el robo, el incendio.

Es de anotar que la cooperación de varias personas puede darse en la fase de la ideación o bien en la de ejecución del delito, reforzando en la primera el propósito de cometerlo; en la segunda, realizándolo total o parcialmente, bien sea auxiliando de cualquier manera la acción misma. Siendo la aportación de los diversos participantes de diferentes especies y entidades.

1.1 Legislación Italiana

La doctrina tradicional del Código de Zanardelli distinguía la participación en: primaria y secundaria y, además, en fí

sica (o material) y psíquica (o moral). La participación primaria en el concurso físico era denominada "coautoría"; la secundaria, "complicidad". Generalmente se daba el nombre de "instigación" al concurso psíquico ². Lo anterior quiere decir que el llamado autor intelectual en nuestra época, en aquella se le ubicaba dentro de los cánones de la complicidad.

Posteriormente el Código de 1.889 distinguía entre partícipes primarios y partícipes secundarios: " establecía un tratamiento penal distinto para unos y para otros. Los primeros eran sancionados normalmente con la pena establecida para el delito cometido; disfrutaban los segundos de una pena más favorable, excepto en el caso de que sin su concurso el delito no se hubiera cometido (la denominada complicidad necesaria)".³

Siguiendo el sondeo de la historia de la participación criminal en la legislación Italiana vemos cómo el Código actual abandona las distinciones entre partícipes primarios y secundarios para establecer como criterio general el de la misma responsabilidad para todo sujeto que de cualquier manera ha

(2) ANTOLISEI F., ob cit. pag 392

ya participado en el delito, así dispuso el Legislador el artículo 110: " Cuando varias personas concurren en el mismo delito, cada una de ellas es sancionada con la pena establecida para él", pero se implantaron algunas atenuaciones que se concretan en ciertas "circunstancias" que agravan o atenúan la pena para algunos de los participantes ⁴.

1.1.1 Diversas Teorias

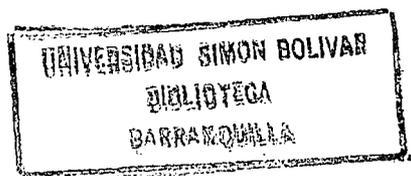
Existen diversidad de teorías respecto a que si el hecho delictual llevado a cabo con el concurso de varias personas debe tenerse como un solo delito o si por el contrario se está frente a una pluralidad de delitos.

1.1.1.1 Teoria Monista o Unitaria

Es aquella que preceptua la unidad de delito con pluralidad de agentes, por lo que el delito permanece único e indivisible, a pesar de que en el hayan participado varias personas

(3) ANTOLISEI FRANCESCO, Manual de Derecho Penal, ob cit, pag 392.-

(4) Ibidem.



1.1.1.2 Teoría Pluralista

Se antepone a la anterior por cuanto diversos autores sostienen que a la multiplicidad de agentes se les debe asignar su real y propio concurso en sus diferentes acciones, por lo que no debe hablarse de concurso en el delito sino delito de concurso.

Ello implica una individualización en las conductas desarrolladas por cada uno de los partícipes, siendo que las mismas convergen en un todo en una acción única, por cuanto el resultado es uno sólo derivado de esas actuaciones.

En lo relacionado no hay problema alguno conforme a lo esperado por el maestro ANTOLISEI cuando dice: " Realmente, el Código intitula el artículo 110 "concurso de personas en el delito" y en dicha disposición puede leerse: " Cuando varias personas concurren en el mismo delito..." por otra parte el examen de las normas que disciplinan la participación delictiva demuestra que las acciones de los diversos participantes no se consideran independientes una de otra, sino como partes de una única operación, aun cuando en algunos casos y por ciertas consideraciones reciban una valoración

distinta.

1.1.1.3 Teoría de la Asociación

Ella aparece de manifiesto si logramos hacer un parangón entre una actividad socialmente aceptada (Empresa de Textiles) y una empresa con objeto ilícito, habida cuenta que en la primera para lograr la consecución de un fin benéfico a sus intereses, como sería la de impulsar la productividad, deben estar racionalmente distribuidas las actividades de sus trabajadores de tal manera que sin ésta sería inútil el éxito buscado.

Así en la segunda debe también primar la distribución en el "trabajo" para el logro de sus fines malévolos, es decir, se integran las distintas acciones unas con otras formando un todo.

En el derecho Italiano dice ANTOLISEI: " Las distintas acciones de los partícipes no pueden ser valoradas aisladamente, en cuanto no son más que partes de una operación única; si

(5) ANTOLISEI, ob.cit., pág 394.

dichas acciones no pertenecen sólo a aquellos que inmediatamente las han realizado, sino a todos y cada uno de ellos, debe deducirse que no sólo quien ejecuta la acción que parece principal sino todo socius sceleris es autor de delito⁶

Todo lo anterior nos hace precisar que los Romanos adoptaron tal figura en su Código, concretamente en el artículo 110 y en armonía con el derecho positivo, consideraron a todos los participantes como autores estableciendo para cada uno de ellos la pena prefijada en el reato realizado mediante el esfuerzo común.

1.1.2 Formas del Concurso Delictivo

El instituto del concurso en el derecho Italiano no está encaminado a saber la graduación de la pena que les cabría a los partícipes de un hecho criminoso, sino más bien a viabilizar el estudio y comprensión del mismo.

1.1.2.1 Distinción Tradicional

(6) ANTOLISEI, ob cit. Pág 397

V. BETTIOL citado por ANTOLISEI, sostiene que a pesar de que ésta infirma el principio de que cada persona que actúa en una asociación criminal es autor de él y así está considerado en el derecho vigente de Italia, hace la distinción tradicional en la ciencia jurídica, la cual es admitida desde tiempo inmemorial por casi todos los penalistas, cual es de autor en sentido estricto y simple partícipe (participante)⁷.

1.1.2.1.1 Autor en sentido estricto

Se le denomina así al agente que ejercita la acción descrita en la ley, como por ejemplo: al que suscita el propósito de matar (determinador) en otro, por lo que éste último sería el que llevó a efecto la descripción típica.

1.1.2.1.2 Simple Partícipe

Son todos aquellos que de una u otra forma contribuyen o proporcionan el medio para cometer el delito, ejemplo de

(7) ANTOLISEI, Ob citi pag 398

este sería el determinador de un homicidio, " el campanero" que deja la puerta abierta para que otros individuos entren sin ningún contratiempo y se apropien de objetos de gran valía (robo).

1.1.2.2. En Epocas Preteritas según Birkmeyer

Desde antaño han pululado varios criterios para distinguir los autores y partícipes , así BIRKMEYER "sostuvo que el autor pone la causa del resultado, mientras que el participante realiza una condición de él.⁸

1.1.2.3 Diferencias desde el punto de vista subjetivo

Acentuando las diferenciaciones entre autor y partícipe RAMIERI, citado por ANTOLISEI, considera autor al participante que opera con voluntad autónoma (se ha dicho también con dolo de autor) o por interés o finalidad propia⁹. Es decir la diferencia la ubica en el terreno subjetivo.

(8) ANTOLISEI ob cit pag 398

(9) Ibidem

1.1.2.3.1 Doctrina de mayor Acogimiento

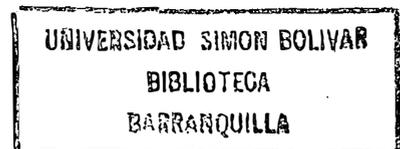
Atendiendo que las anteriores tesis son insuficientes para su aplicación práctica surge la que considera " autor al participante que ejecutia la acción descrita en el tipo legal: la denominada acción típica. Participante sería aquel que no realiza tal acción"¹⁰.

Sin duda alguna ésta última doctrina goza de un acogimiento entre los tratadistas nacionales entre los cuales contamos al insigne LUIS CARLOS PEREZ, más adelante se expondrá de qué forma nuestro derecho positivo prohija estos postulados , pues no figuran de manera totalitaria.

1.1.2.3.2. Diferencias según F. ANTOLISEI

Dando por sentado el criterio que adoptó el artículo 110 del Código Penal Italiano de que todas las personas que en una u otra forma prestan su acción a la realización de un delito se reputan autores, dice el maestro en cita que

(10) ANTOLISEI ob cit pag 398.-



" No debe decirse que es autor quien practica una acción, que, considerada en si misma, es conforme con la descrita en el modelo abstracto del delito. En consecuencia, es partícipe el individuo que realiza una acción que por sí sola no realiza el tipo penal. Así, es partícipe y no autor, por ejemplo, el mandante de un homicidio, ya que su acción, considerada independientemente de la sucesiva del mandatario, no corresponde a la figura del delito.¹¹

1.12.3.3. Autor y Partícipes

En este orden de ideas corresponde hacer las diferencias entre autor y partícipe y las divisiones de éste.

Así tenemos que debe necesariamente insertarse la figura del cóautor, definiendo el mismo en aquella persona que concurre en forma conjunta con otros ejecutando total o parcialmente la acción típica, por ejemplo: varios individuos deciden, previo acuerdo, disparar simultáneamente sobre una persona o cuando varios ladrones sustraen de consuno en un ban

(11) ANTONLISEI, ob cit pag 399.

co la pesada Caja fuerte.

Ya en el ámbito de los simples participantes existe una distinción y es la que sigue: participación psíquica (o moral) y participación física (o material). La primera de las mentadas (tema central de este trabajo) se da en la fase ideativa del delito y ésta a su vez se subdivide en dos: la del que suscita, hace surgir, hace nacer en otros un designio delictivo que antes no existía y la del participante que se limita a reforzar en otro individuo un propósito pre-existente. Al primero, se le denomina "determinador"; "instigador" al segundo.

Ahora bien, lo material o físico se verifica en la fase de la ejecución, también en esta se dan una gama de matices, por cuanto en el auxilio, en la preparación y en la ejecución del delito se pueden dar diferentes formas de las interminables modalidades de los hechos.

Entre las anteriores ocurría una cantidad de dificultades en las praxis, ya que habían operadores inmediatos, cómplices, entre cómplices necesarios y no necesarios, por lo que en el código vigente en Italia fueron suprimidas dándosele el calificativo genérico de auxiliador o cómplice.

1.1.3 Requisitos del concurso

Hablandose, como se ha venido haciendo, del concurso delin cuencial se hace necesario establecer sus diferentes presu puestos, ello lógicamente en el contexto del derecho penal Italiano.

1.1.3.1 Pluraridad de Agentes

Sabido es que la intervención de dos o más personas en una tarea delictiva es de la esencia misma de este instituto.

En la codificación italiana se plasmó que todo los coopera dores en la comisión de un ilícito son participes; desaten diendo lo que múltiples actores han considerado de si una persona con alienaciones mentales puede ser imputable o bien a quien constreñido ejecuta la acción ilícita, o cuando lo comete por error provocada por el engaño ajeno, o mediante violencia física o moral.

Se ha dicho que en las situaciones anteriores responde penal mente el que ha constreñido, el que ha violentado, por lo que es considerado autor mediato, mientras el agente material de be ser llamado instrumento : instrumento pasivo, si es un in capaz e instrumento doloso en los demas eventos.

Pero, según la disposición condensada en el artículo 112 dispone en su último párrafo que las agravaciones se aplicarán "si alguno de los participantes en el hecho no es imputable o no es punible" por lo que considera concurrentes a las personas que se encuentran en la falta de dolo.

ANTOLISEI, sentando su punto de vista expresa: "rechazando por las razones expuestas la teoría del autor mediato, no pretendemos afirmar en absoluto, que en las hipótesis anteriormente referidas exista siempre participación delictiva por el contrario, debe excluirse en ellas normalmente dicho concurso, porque, en general, falta el requisito de la voluntad de cooperar a la comisión del delito, que, como seguidamente veremos, es indispensable para que pueda hablarse de concurso delictivo. Cuando, sin embargo, concurra este y los demás requisitos que el concurso reclama, no vemos como y porque debería negarse la aplicación de las normas de la participación delictiva que, por tanto, puede también verificarse con un solo responsable"¹²

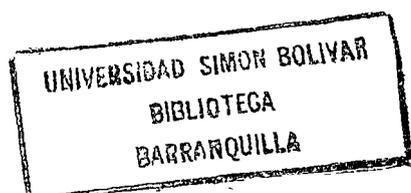
(12) ANTOLISEI, ob cit, pag 398

1.1.3.2 La realización del elemento objetivo de un delito

También éste es requisito sine quoniam del concurso en el delito. para que exista la participación delictiva es necesario que, al menos algunos de los agentes, realice el acto material descrito en la figura; además no puede hablarse solamente de ilícito consumado, por que también es punible la tentativa.

Allá en el estatuto penal Italiano se dice elemento objetivo del delito y no de hecho punible, por que, como se ha plasmado en paginas anteriores, ellos consideran: " concurrentes" a las personas que no actuen con dolo o sean inimputables, o bien por una circunstancia excluyente de pena. Se da por realizado el concurso cuando el autor en sentido estricto haya realizado una acción punible, solo con llevar a cabo el acto material descrito en el tipo.

Se trasluce de lo anterior que la punibilidad de los simples participantes (Determinador, instigador, complice) se encuentra ligada a sí el autor en sentido estricto realice el ilícito, o, al menos, un hecho que sería sancionable si no faltara un requisito subjetivo, es decir, que es suficiente



que el autor realice un hecho que no es punible exclusivamente por causas subjetivas, para que nazca el concurso de lincuencial.

Así las cosas, la codificación en comento dispone que no da aplicación a la pena en dos casos: a) Cuando dos o más personas se propongan llevar a efecto un delito y este no se realice y b') cuando se instigue a otro a cometer un reato que no se realizó tanto en el caso que esta sea acogida o no en consideración a que el puro acuerdo y la mera instigación para cometer un delito no entran en la órbita del código sancionador, por cuanto está muy por debajo de la tentativa, ello solo se da en el evento de que sean delitos autónomos la instigación y el acuerdo para salvaguardar intereses de suma importancia (delitos contra la seguridad del Estado). De todas maneras siempre que el acuerdo y la instigación por sí solo no son sancionables, pero si deja entrever la peligrosidad de los mismos, por lo tanto el artículo 115 inciso segundo y cuarto le dan la facultad al juez de aplicar la medida de seguridad de la libertad vigilada siempre que se trate de delito y no de contravención.

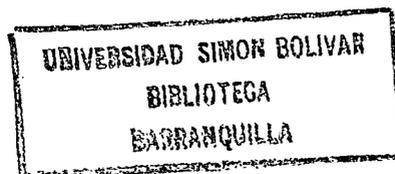
Debemos concluir entonces que, no predicen la teoría del he

cho punible sino del elemento objetivo del concurso, por que ello implicaría estudiar la culpabilidad que entraña el dolo, culpa, cuestión que, como ya vimos la niegan solo analizan que el autor en sentido estricto realice la tipicidad o que inicie la ejecución de éste y no lo culminen por causas ajenas a su voluntad. (tentativa). Llevado a cabo el comportamiento también le cabe la responsabilidad a los partícipes en sentido simple (Determinadores, instigadores, cómplices).

1.1.3.3. Contribución causal a la verificación del hecho

Como los anteriores requisitos este también se requiere para que se pueda hablar de participantes criminales. La contribución causal a la verificación de un resultado dañoso debe ser idónea, pero si por ejemplo: " X" le presta a "Y" una ganzúa, pero ésta es inapropiada, pero en fin de cuentas " y" fuerza la puerta de otra manera para cometer un hurto, podríamos señalar que esta conducta de "X" no tiene relevancia jurídica.

Han dichos muchos autores que la acción del participante debe ser conditio sine quonam del hecho punible de manera que no sería eficaz aquella acción que no puede ser eliminada



mentalmente sin que desaparezca al tiempo el resultado.

También se dice que el criterio anterior es muy reducido ya que no se podría excluir de responsabilidad a quien solamente ha realizado una labor facilitadora de otra concurrente.

Debe entonces tenerse en cuenta no solo el resultado sino el conjunto de las acciones que lo han determinado, , por vía de ejemplo no puede negarse que haya aportado una contribución a la realización de un delito la persona que se asocia con otros para un robo y desarrolla un papel de vigilancia y dar la voz de alarma cuando se acerque personas diferentes a ellos o agentes de policía, sin su concurso, los demás asociados se habrían distribuido sus tareas en forma diferente.

De la manera como se realiza la participación psíquica o moral ésta se lleva a cabo en la fase ideativa del ilícito, la forma es indiferente, bien a través de mandato, orden, amenaza, etc.,

En tiempos pasados se discutía si era suficiente la mera indicación o si era preciso alguna cosa más, como que se proporcionaran instrucciones o indicaciones sobre lo necesario para realizar el delito, Al respecto el simple consejo

y hasta la superflua disuación es suficiente, siempre que haya reforzado el propósito de delinquir en una persona.

No existiría concurso en el caso que el individuo que recibe el consejo o la exhortación se hallaba definitivamente resuelto a cometer el delito (omnimodo facturus).

De otra parte, sabemos que se delinque, bien sea por acción o bien por omisión, en este último cuando el celador de una heredad, previo acuerdo, con los ladrones, deja abierta la puerta o la ventana para facilitar el hurto. Pero para que esa conducta homicida entre la orbita sancionadora debe violar un deber jurídico.

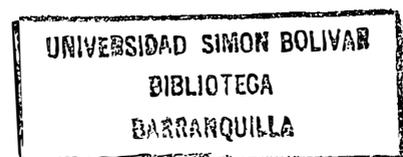
A contrario de lo anterior está la simple connivencia, ella se presentan cuando una persona asiste pasivamente a la perpetración de un delito que podría impedir. Esta conducta no es punible porque el intervenir en ese caso correspondería los funcionarios de policía, a quienes si les cabría responsabilidad penal, ya que los particulares solo tienen la facultad de cooperar a los fines de la policía, claro está, el agente de policía, que actúe con dolo omisivo le tocaría responder por su conducta.

Es necesario precisar que la contribución causal al delito no debe ser posterior a la consumación de éste, a menos que haya sido prometida anteriormente y haya reforzado el propósito de delinquir como cuando Juan mata a una persona después que Pedro le asegura que ocultará el cadáver, pero si la aportación sucesiva no ha influido en la determinación criminal, no sería participante dando lugar a un encubrimiento o a la receptación.

1.1.3.4 La voluntad de cooperar al delito

En reiteradas doctrinas y jurisprudencia se ha considerado que para que pueda pregonarse la participación delictiva, amén de los requisitos estudiados anteriormente, es indispensable un factor psicológico, pero reinando una gran confusión sobre la transcendencia de éste.

Fuera de esa discusión se halla que para que se dé el concurso delinquentium no es necesario que se hayan puesto de acuerdo con antelación los sujetos para realizar el delito. Antes los clásicos decían que el "concierto previo" era de la esencia para que se diera el concurso, pero, actualmente existe también el caso de un acuerdo improvisado para la ejecución de un delito.



También el requisito psíquico del concurso delincencial debe tener dos elementos: 1.- Que exista el conocimiento o la representación de las acciones que han desplegado, despliegan o desplegarán otras personas para la realización del hecho que se pretende; 2.- Voluntad de contribuir con la propia actuación a la verificación del hecho mismo.

Lo anterior, debe entonces entenderse como que un sujeto está consciente de la concurrencia de otro, por cuanto si los distintos sujetos operan con el desconocimiento de otro sus acciones carecen de todo ligamen, por lo tanto no puede nacer la participación criminal, no puede hablarse de ese complejo unitario, así tenemos que la mujer y su amante que, cada uno por su propia iniciativa y sin enterar al otro, suministran una sustancia venenosa al marido, no hay concurso por la falta de concurrencia.

La doctrina dominante en Italia admite la participación criminal en el evento que un sujeto tenga conocimiento de la aportación del otro y éste no. La lógica y la justicia exigen que se dé la participación, en el verdadero sentido del término y para todos los efectos legales, sólo a quien está consciente de la participación ajena.

Aunado a lo expresado está la voluntad de contribuir con la propia actuación a la realización de un hecho, porque de otra manera no se daría la convergencia hacia un único resultado, que nos permita arribar a la conclusión de que cada uno de ellos han dado origen al delito.

Esta voluntad de concurrir debe darse en cualesquiera de las formas: Mediante una acción; a través de una omisión; en el concurso físico y en el concurso psíquico.

Mediante una acción, el sujeto debe haber querido realizar un acto necesario para hacer viable o facilitar, por lo menos, el resultado. A través de una omisión debe haber querido eliminar un obstáculo con su comportamiento negativo. En la participación física debe haber querido llevar a efecto una de las acciones que hacen parte de la ejecución del delito. Y en el concurso psíquico debe haber querido nacer o consolidar en otros la determinación de cometer un ilícito. En ésta última forma debe señalarse que no es suficiente el mero hecho de excitar las inclinaciones criminales; es preciso que se persiga un delito determinado. Por su parte el Instigador, además, debe orientarse hacia un determinado sujeto o por lo menos hacia un círculo de personas.

1.1.4 La Interdependencia de los Participantes, Efectos

Siguiendo las directrices trazadas en la participación delictiva como es la unidad del delito, es menester precisar la interdependencia de los socios, que normalmente sufren un tratamiento común, la cual se manifiesta en los siguientes efectos:

1.1.4.1 Título del Delito

Podemos decir que existen muchos delitos que por su naturaleza el sujeto-agente debe tener determinada posición, es decir se requiere que sea calificado.

En el derecho que hemos venido estudiando hay diversos tipos penales como la malversación, el cual exige que sea funcionario público, o en la omisión de denuncia que sólo puede llevarse a cabo por quien es funcionario de la sanidad.

Salta a la vista si en la ejecución de estos delitos algunos de los que concurren no posee esa calidad, debe responder por él?

Si debe responder por él cuando quien no es funcionario público o de la sanidad está enterado de la calidad del otro, aquí se denomina la participación plena y perfecta, no hay por ende duda alguna en que el extraño es responsable en el que incurre el sujeto cualificado; por vía de ejemplo tenemos que en el delito de desertión el no militar que preste ayuda a alguno para que deserte, a sabiendas que éste tiene deberes para con el ejército.

Pero , podríamos afirmar lo mismo en el evento que el extraño ignore la calidad del sujeto que participa con él?

Debemos responder afirmativamente, por cuanto existe un efecto extensivo de la participación criminal, quiere ello decir, que las personas que concurren con un sujeto calificado a la comisión de un delito propio, responden de él aun cuando no hayan tenido conocimiento de la cualificación del sujeto. Así mismo, la codificación italiana señala que ese efecto extensivo no se verifica siempre, más bien cuando respecto a los diversos participantes se produce una variación del título del delito; si la persona no posee la cualidad requerida para el delito propio deben concurrir los extremos de otro delito:

por ejemplo, los extremos de la apropiación indebida, en tanto que para el funcionario público el hecho constituye malversación.

De lo anterior colegimos que si la acción llevada a cabo por el individuo que no tiene esa calidad exigida para el delito propio, no hay delito de por sí, no es punible el extranjero que incite a otra persona a llevar las armas contra el estado, cuando ignore que se trata de un ciudadano italiano.

También se plasma que la penalidad para los participantes, que no posean las calidades o condiciones mencionadas, pueden el juez disminuirla, quiere decir, que no es imperativo, sino al libre albedrío del juzgador.

De todo lo anterior concluimos que existe la participación propia cuando los concurrentes son sabedores de las calidades del agente en un delito que lo requiera, pero si no están enterados, hay lo que ellos denominan el efecto extensivo, que significa, que si traman un hecho punible de apropiación indebida, el cual no requiere de calidades especiales, y en los socios hay un funcionario público, deben responder entonces por el

el delito de malversación, siendo víctima, claro está, El Estado. Empero, si llevan a cabo un ilícito propio ignorando las calidades y esa acción no está erigida en delito no podemos decir que existe tal.

1.1.4.2 Causas de la Exclusión de la Pena

Este es otro de los efectos de la interdependencia de los asociados; se podría afirmar que existen dos causas: la primera las circunstancias subjetivas que la excluyen y la segunda las objetivas.

En primer término, tenemos que las subjetivas son tenidas en cuenta solo para quien las posee y podemos mencionar la ausencia de dolo y de imputabilidad y las inmunidades de cargos públicos (Senadores, Representantes, etc.) etc.

En el segundo están las objetivas excluyentes de penalización, las cuales son tenidas en cuenta para todos los que hayan concurrido en el delito, así ignoren la presencia de la eximente, entre las cuales podemos señalar el ejercicio de un derecho, legítima defensa, etc.

Si por ejemplo uno de los concurrentes sufre de paranoia, probada ésta, debe ser eximido de sanción, pero los demás deben ser declarados responsables de su acción, es decir, está excluyente es personalísima, no se comunica.

Caso contrario uno de los agentes está dentro de los parámetros de la legítima defensa, los demás concurrentes, según lo o no, lógico está probada esta, son beneficiados con esta eximente, o sea, por mandato legal se comunican las circunstancias objetivas.

1.1.4.3 Circunstancias del delito

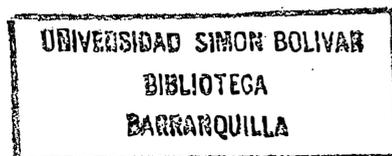
Ahora, tenemos que las circunstancias del reato, en sentido técnico, son más difíciles, distinguiendo las circunstancias en objetivas y subjetivas.

Las circunstancias objetivas son las concernientes a la naturaleza, la especie, los medios, el objeto, el tiempo, el lugar y cualquier otra modalidad de la acción, la gravosidad del daño o del peligro y las condiciones o cualidades del ofendido.

Circunstancias subjetivas son aquellas que se refieren a la intensidad del dolo o al grado de la culpa, las cualidades personales del responsable o las relaciones entre éste y la víctima.

Pues bien, ateniendonos a lo establecido en el Código Italiano se concluye que las circunstancias objetivas, ya sean agravantes o atenuantes, se tienen en cuenta a favor o en contra de los concurrentes, aunque fuere ignoradas por los mismos. Si el caso reviste agravantes o alguna levedad, cualquiera de ellos, según el evento, se extienden a todos los partícipes.

Si el caso contrario, me refiero a las circunstancias subjetivas como la premeditación y la provocación no se comunican es decir, solo tiene efecto con relación al poseedor de la misma. Excepcionalmente esta última regla admite que las circunstancias de agravación subjetiva cuando la misma haya servido a la facilitación ejecutiva del delito, por vía de ilustración está el abuso de relaciones domésticas previstas en el artículo 61 , numeral 11, se comunican a todos los asociados, así no la sepan, como sucede en las circunstancias objetivas. Y por último el caso de la reincidencia no se extiende a los demás sujetos partícipes.



1.1.4.4. Arrepentimiento de un participante

Ya se ha dicho que el concurso delincuencial supone un cúmulo de actividades que le son inherentes a todos y a cada uno de los partícipes. Siguiendo este delineamiento atinamos a decir que sí uno de los sujetos participantes se arrepiente pero éste queda solamente en la idea, no se da a conocer, simple y llanamente quedó en sus pensamientos, no es de recibo y por tanto es ineficaz, teniéndosele por consiguiente en autor en sentido estricto o en simple participante según el caso cabiéndole la sanción que con base en la discrecionalidad del juez le correspondería.

De esto último podemos sintetizar dos eventos: el primero la participación psíquica o moral, que se traduce en la fase ideativa del reato, si se arrepiente de haber ideado o instigado la verificación de un delito, no basta que así lo haya pensado, se requiere que haya desplegado una actividad seria a revocar el mandato, el consejo, etc., a objeto que la acción criminosa de los demás partícipes no se realice, no se ejecute, no se lleve a cabo, si logra que el resultado no se dé estaremos frente al desistimiento activo y le cabe entonces la exclusión de la pena.

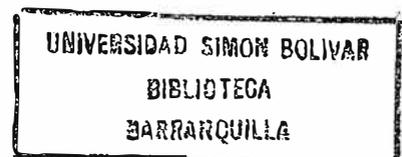
El segundo caso corresponde a los demás concurrentes que obviamente también deberán desplegar una actividad nueva, deben valerse de cualesquiera de los medios a su alcance para que se interrumpa la actividad ejecutiva del ilícito.

En ambos eventos los beneficios de exclusión de la pena son de una entidad estrictamente personal, por cuanto el arrepentido acierta a impedir el resultado dañoso.

Pero cabría preguntarnos que responsabilidad les cabe a los demás sujetos participantes?

Ello, tiene su respuesta en el dispositivo amplificador del tipo penal como es la Tentativa, ya que su voluntad criminal no se realizó por un acontecimiento extraño a sus querer, como fue el impedimento logrado por el arrepentido, luego a éstos les compete una sanción a título de reato tentado.

De otra parte, si existe el plan criminal, apenas en la idea ni siquiera se ha dado el primer paso tendiente a la verificación del delito y cualquiera de los participantes se arrepiente pone el caso en manos de las autoridades de policía y son aprehendidos todos los demás concurrentes tendríase que estudiar minuciosamente los inicios de la fase ejecuti



va a fin de precisar si están dados los extremos de la tentativa, porque si aún no se dio ni siquiera el primer paso a la consecución de lo planeado, estaríamos asistiendo a un caso eminentemente atípico, ya que como se dijo anteriormente la mera instigación o el puro acuerdo no resultan punibles.

1.1.5 Variantes individuales al plan común

Si algunos de los concurrentes por iniciativa propia ejecuta un delito distinto al realizar la parte que le corresponde o le fuere asignada al plan común como cuando se recibe la orden de golpear a una persona y le da muerte, que ocurriría?

La legislación italiana es sumamente gravosa cuando en el artículo 116 lo preceptúa: " Cuando el delito cometido es distinto del querido por alguno de los participantes, estos responden de él, si el resultado es consecuencia de su acción u omisión. Si el delito cometido es más grave que el querido, la pena se disminuye a quien quiso el delito menos grave.

Quiere ello decir, que en el ejemplo propuesto quien dió la orden de golpear es reponsable del delito de homicidio.

A lo anterior algunos escritores para atenuar esa drástica han acudido a la previsibilidad, afirmando que el partícipe no responde del delito diverso, cuando usando la máxima previsibilidad, la suma diligencia, no podía prever la verificación del mismo.

Doctrinaria y jurisprudencialmente se ha dicho que el criterio anterior no es de acogida por expresa prohibición del artículo en comento, en cuanto se fija la responsabilidad en el criterio de la existencia del nexo causalidad.

Pero también el inciso segundo del artículo 41 del Código Italiano, interpretándose al decir de ANTOLISEI, debe ser mitigada esa forma que constituye indudablemente un supuesto de responsabilidad objetiva, en que para la existencia de relación de causalidad, en Derecho, no basta que la acción u omisión haya sido condición del resultado, sino observándose que éste no se haya dado por la intervención de factores excepcionales, debe entonces estudiarse caso por caso para saber si la conducta desarrollada respecto de los demás concurrentes tiene el carácter de excepcional, si no la tiene, todos son responsables de ese delito diverso, si por el contrario el delito diverso es de naturaleza excepcional, no podrá entonces a

tribuirsele a los demás partícipes, por cuanto falta la relación de causalidad.

A manera de ilustración vemos si acuerdan llevar a efecto un delito de ejercicio arbitrario de las propias razones, mediante la violencia sobre las cosas y es usada la violencia sobre las personas; o cuando se proyecta un delito de hurto y se comete un robo. En los dos, el delito consumado, no es un desarrollo diferente al que se estableció de común acuerdo, en cierto sentido, y, por lo tanto no se puede decir que es un acontecimiento excepcional.

A contrario sensum, deberá excluirse de pena por el delito distinto en estos eventos:

- a) FREDY instiga a CARLOS a abofetear a una persona y CARLOS la mata deliberadamente.
- b) Dos personas de común acuerdo para cometer un hurto, mientras el uno vigila, el otro penetra en la casa, donde, encontrando una joven la viola.

Normalmente ocurre que en un robo desencadena en un homicidio, deberá considerarse si la muerte fue el resultado de una

Resistencia imprevisible de la víctima, en caso afirmativo estaremos frente a la excepcionalidad, solo en el caso que sea una cuestión negativa, los participantes que no quisieron el homicidio responderán de él.

La disposición del artículo 116 del Estatuto citado establece que si por ejemplo se ha conferido un mandato para matar y el mandatario se limita intencionalmente a herir, deberá disminuirse con respecto al que quiso el delito menos grave o viceversa; esta atenuación es de carácter obligatoria para el juzgador a diferencia de lo que pasa en la variación del título del delito.

En tratándose de un caso de homicidio acaecido en forma preterintencional, no se dan los presupuestos antedichos, si todos los concurrentes quisieron lesionar.

1.1.6 La cooperación de los Delitos Culposos

Bien sabido es que el concurso delincencial tiene su plena vigencia en la intncionalidad de los agentes, vale decir, existe la participación en aquellos delitos dolosos.

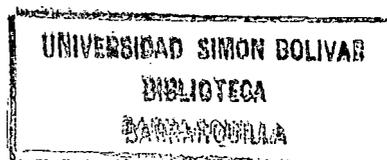
Pero en la legislación que ha venido estudiando existe el siguiente artículo: " Artículo 113.- En el delito culposo, cuando el resultado ha sido causado por la cooperación de varias personas, cada una de ellas es punible conforme a lo establecido para el delito mismo"

No preguntaremos, acaso puede haber participación en un ilícito a título de culpa, cuando es de la esencia de ésta que no se quiere el resultado?

Indudablemente muchos autores han considerado que se puede dar una cierta cooperación, nótese que se habla de cooperación y no de concurso e ilustran su postura con los siguientes ejemplos: Cuando el propietario de un vehículo incita al conductor para que apriete el acelerador, imprimiéndole por lo tanto una velocidad excesiva en un sitio concurrido y de la misma se produzca un accidente.

O en el caso del incendio provocado por dos personas, en la que una prepara la leña y la otra enciende el fuego, con el común propósito de calentarse.

De acuerdo a lo dicho, se hace imperativo analizar que la



cooperación se circunscribe a la conducta exterior sin afectar nunca el resultado, es decir, la convergencia de voluntades se limita a una parte del hecho que constituye el ilícito.

Atendiendo lo manifestado vemos que una verdadera participación criminal no puede darse en los delitos culposos, porque como ya vimos anteriormente no se dan los requisitos del concurso - dolo más voluntad de contribuir con la propia actividad a la realización del delito - pero haciendo la claridad que se trata de un concurso muy especial, sui generis, o como también le llaman concurso impropio, ya que está tipificado en el artículo transcrito y además en los siguientes aparece la dosimetría como cuando el que incita lo hace determinando a un inimputable, o a un menor de 18 años, a quien está bajo su autoridad, dirección, vigilancia; en estos eventos la pena se le aumenta.

Hay quienes distinguen el concurso de hechos culposos diferentes, por vía de ejemplo tenemos: cuando dos automovilistas que chocan por haber infringido ambos los reglamentos de tránsito; en el caso de quien por distracción deja sobre una mesa

un arma cargada, que al ser manejada por otro, causa, sin quererlo, una lesión a otra persona.

Como quiera que en los casos expresados no hay conexión psicológica entre los distintos sujetos, resuelven este problema dándole un nacimiento a la figura de varios delitos, una pluralidad de ilícitos, por consiguiente los agentes les cabe responsabilidades distintas, desechando la participación o cooperación en sus actos culposos.

Se pregona si existe la cooperación cuando dos sujetos actúan el uno con dolo y el otro con culpa.

Como cuando HECTOR instiga a JAIME para que imprima velocidad a su automotor en cercanías de una curva peligrosa, con la esperanza de que sea atropellada una persona que va en bicicleta y a la cual odia.

Los diferentes autores que tratan la materia responden con un rotundo no, en razón de que la falta de voluntades de el determinador o incitador y el conductor determinado excluye la participación y porque además se estaría frente a dos delitos bien diferentes: el doloso y el culposos.

También estudian si una persona al desplegar una actividad culposa puede darse la posibilidad de ser cooperadora de un delito inminentemente doloso, verbigracia: un Farmaceuta de ja abandonado por descuido un veneno que un tercero sustrae para matar una persona; las mismas razones antes dichas son de recibo en este caso.

1.1.7 El Concurso Necesario

Es preciso anotar que en esta clase de concurso para la existencia se requiere ineludiblemente la concurrencia de varias personas.

A contrario del concurso eventual ya estudiado, podemos decir que la pluralidad de agentes es un elemento constitutivo de la figura típica descrita en el tipo penal.

En anteriores épocas a esta clase de ilícitos se les conocía con el nombre de "colectivos" para diferenciarlos de los "individuales", pero GRISPINI propuso que les denominara delitos plurisubjetivos, encontrando eco en la doctrina.

Dentro del grupo mencionado - plurisubjetivo - se dan las si

güentes distinciones: 1.- Toda acción u omisión regularmente conlleva para la existencia del delito que todas esas conductas sean punibles, quienes suelen denominarlos "delitos plurisubjetivos en sentido estricto" y analizándolo solo éste se adapta claramente a esta nomenclatura y 2.- Aquellos sujetos que realizan una acción, una omisión para que se verifique el delito y éstas no son punibles en su integridad, sino solo una o unas, a manera de ejemplo nos trae el artículo 530 Corrupción de Menores; el artículo 534 El Rufianismo y el artículo 644 La Usura, en los cuales sólo son sancionados el Corruptor, el Rufián y el Usurero.

Desde otro ángulo el delito plurisubjetivo es posible que también se dé en el concurso eventual, que naturalmente, solo puede realizarse por parte de personas distintas de los sujetos esenciales, vale decir, diferentes de los concurrentes necesarios y siempre que el delito se halle íntegro en todos y cada una de sus elementos.

Para la ilustración de lo antes dicho, puede existir el concurso eventual en un delito plurisubjetivo como el Adulterio, así la persona que viabiliza el delito, permitiendo el encuen

tro de los amantes se escenifique en su habitación; en el duelo, cuando se instiga a un amigo a resolver un problema a través de las armas.

1.2.LEGISLACION COLOMBIANA

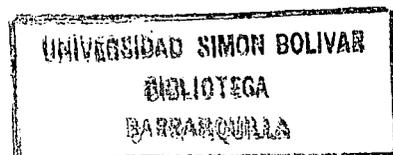
1.2.1 Código de 1890

El tratadista Alfonso Gomez Méndez hace el siguiente apunte " El código penal de 1.890 - aumentaba la pena para el homicidio cuando los "agresores" lo cometían "en virtud de dones o promesas" que se les haya hecho previamente para que maten o hieran a aquella persona o a otra en cuyo lugar se haya tenido a la asesinada (artículo 586, numeral lo.).

1.2.2. Código de 1.936

El código de 1.936 agravaba igualmente el homicidio cuando se cometía "por precio o promesa remuneratoria". Esta circunstancia -igual en el código actual- se fundamenta en el hecho de que el autor tome la supresión de una vida humana como medio para la obtención de un beneficio, que es casi siempre de carácter económico".¹³

(13) GOMEZ MENDEZ, Alfonso, Delitos Contra la Vida y la Integridad Personal, 1982, Universidad Externado de Colombia, página 118



1.2.2. CODIGO PENAL DE 1.936

La doctrina colombiana sobre la complicidad demarcadas en los artículos 19 a 22 del Código de 1.936 descansan en una naturaleza mixta, ya que sin perder de vista la individualidad de las circunstancias personales, atienden a lo realizado por cada concursante. " No se guían según las obras ni según la maldad, sino que combinan estos dos elementos .--- Instituciones como la complicidad se entienden mejor interpretándolas de acuerdo a la sistematización clásica . la peligrosidad de los concursantes no cuenta sino parcialmente para una labor secundaria como es la de medir la pena.

Pues bien, el artículo 19 reza: " El que tome parte en la ejecución del hecho, o preste al autor o autores un auxilio o cooperación sin los cuales no habría podido cometerse, que dará sometido a la sanción establecida para el delito en la misma incurrirá el que determina a otro a cometerlo " (el subrayado es mío).

Según el inciso 2o del artículo 19 en cita la determinación delictiva debe ser en forma directa, vale decir que debe exis

tir una relación personal entre instigador e instigado, si no la hay, el delito no se atribuye o se le imputa a ambos, sino al ejecutor material.

Comoquiera que el determinador y el determinado son dos partes su actuación implica dos responsabilidades pero es bien diferente que tengan igual pena. La unidad del delito no absorbe nunca la diversidad del mundo ético de los concursantes.--- Por lo tanto, un sujeto no puede ser autor material y al mismo tiempo autor intelectual, ya que nadie puede ser instigador de sí mismo.

Existe también la instigación específica consagrada en el artículo 209 tanto esta, como la genérica (inc 2 del art 19 coautoría intelectual) requieren el dolo como elemento necesario y ambas exigen que la acción de instigar sea directa.

Determinar es precisar los actos, distinguirlos, discernir los definirlos en todos sus aspectos y consecuencias, es decir realizar una operación mental plena, contraria a los vacíos por falta de previsión propios de la culpa. Determinar

nar es como incitar, instigar, hacer hacer en otro la resolución criminal, prepararlo mentalmente para el acto ilícito.

Nuestro ordenamiento penal sustantivo de 1936 adoptó entonces los lineamientos de la teoría clásica la cual hacía la distinción entre autores y cómplices en lo que los primeros son la causa eficiente de la infracción y los segundos los que han desempeñado un papel secundario y por ende el quantum de la pena es menor.

Para esta teoría los autores materiales son los que realmente llevan a efectos de delito, intelectuales, ideadores, del delito lo hacen ejecutar por otro, determinando la conducta del material a través de promesas dádivas, amenazas, abuso de autoridad o maniobras engañosas.

A los autores materiales, también se les denomina instigadores o motores criminales asimilándose su responsabilidad a la de los cómplices necesarios, es decir, a los que sin realizar la acción, entrañan un papel importante en su resultado.

Por ello a los autores materiales e intelectuales, así como a los cómplices se les llaman coautores.

2. DEFINICION DE AUTOR INTELECTUAL O DETERMINADOR

Con respecto a la variedad de definiciones existe una serie de discrepancias, unos apoyan el criterio que es inexacto decir autor intelectual sino determinador de un hecho punible y otros hablan de instigadores; hay quienes desde mucho tiempo hablan de partícipe psíquico o moral.

EN nuestro derecho se ha impuesto el criterio de llamar indistintamente autor intelectual o determinador.

Con relación a esto último el profesor LUIS CARLOS PEREZ ha dicho: Quien determina a otro para que cometa un delito no es autor, aunque se le agregue el adjetivo de intelectual". De la misma manera no es coautor, a pesar de concurrir otro u otros sujetos en la actividad criminal. Tampoco es cómplice necesario ni contingente. Es simplemente, eso, determinador, título que en otras legislaciones se conoce como "inducción necesaria". Sin embargo, los estudiosos de derecho penal en Colombia, tanto como la jurisprudencia, no han

fijado las distancias ni valorado las diferencias entre estas clases de agentes culpables. Se ha cultivado la idea de que el inciso segundo del artículo 19 habla de autor intelectual, lo que es ostensiblemente inexacto¹³.

En otros países distinguen el determinador del instigador y en otros lo hacen para mencionar lo mismo.

En resulta determinador o autor intelectual es el que hace nacer en otro la voluntad delictiva, el que carga de energía esa potencia psicológica, el que se impone a otro para que cometa el delito en calidad de autor.

Instigador es el que apenas fomenta o complementa esa energía volitiva ya iniciada para el maleficio.

El artículo 19 de nuestro Código punitivo se refiere concretamente al determinador (Código de 1.936)

Autor intelectual al decir del profesor JUAN FERNANDEZ CARRASQUILLA, " no es, como cree el vulgo, el que determina a otro a cometer el delito, el que hace nacer en otro la resolución criminosa , que tal es el instigador, sino el que planea y di

rige la ejecución pluripersonal de un determinado delito, sin tomar parte en su ejecución material generalmente, Es el cerebro de una operación criminal, el "jefe" de instrucciones y repartos de trabajo, el coordinador de las diversas acciones, su integrador ideológico¹⁴.

Según FEDERICO ESTRADA VELEZ, " el determinador, impropia mente llamado autor intelectual, es el que crea en la mente de otro sujeto la idea criminal, el propósito de ejecutar un hecho delictuoso, perfectamente estructurado, pero ni lógicamente ni jurídicamente podría denominarse autor del delito. Como muy bien lo dice GRAFZUDONNA " en la vida nunca se dice de quién ha determinado a otro a ejecutar un hecho, que el ha cometido; nadie llama autoría a la mera ayuda". Y nadie diría, agregamos nosotros, que el autor de un vestido es quien lo ha mandado a confeccionar, ni el autor de un edificio es el dueño del mismo que paga el arquitecto para que lo construya¹⁵

Como ya quedó sentado en la institución del concurso en el derecho italiano ellos adoptaron la denominación de

(13) LUIS CARLOS PEREZ., "práctica Jurídico Penal", estudios sobre casos concretos, cuarta edición, tomo II temis 1.981.

(14) FERNANDEZ CARRASQUILLA, Juan. " Derecho Penal Fundamental" temis, .1982 pagina 534.-

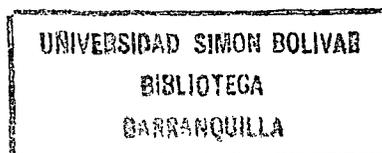
partícipe o simple participante entre los cuales estaba in
cito el psíquico o moral.

No sobraría traer a colación algunos conceptos sobre este
tópico de versados autores extranjeros.

CARLOS FONTAN BALESTRA, autor Argentino citado por LUIS CAR
LOS PEREZ, preceptua: " El instigador no es autor por que
no ejecuta la acción típica. No es autor mediato porque no
se vale de un inimputable o de un inculpable para que ejecu
te el delito. No es autor directo o simplemente autor, por
que el instigado ejecuta una acción típica. En las dos úl
timas hipótesis los ejecutores materiales no son punibles
por ausencia de acción, los segundos por ausencia de culpa
bilidad, en tanto que en la instigación ambos son culpables
instigador o instigado.----- La falta de culpabilidad del
ejecutor transforma el instigador en autor mediato. Quien
convence a un loco o a un menor de que cometa un delito, po
dría decirse que lo ha instigado psicológicamente, pero juri
dicamente , para el derecho es autor mediato."¹⁶

(15) FEDERICO ESTRADA VELEZ, Derecho Penal Parte General
Edit libreria del profesional. 1981 pag 159.

(16) PEREZ LUIS CARLOS, Práctica Jurídico Penalestudios so
bre casos concretos, cuarta edición tomo II, temis
1981, pag 9.



SEBASTIAN SOLER, en cita por LUIS CARLOS PEREZ afirma:

"Para que haya instigador es necesario que en el hecho, con curra otro sujeto al cual pueda calificarse de autor, en consecuencia, la instigación es una forma accesoria de participación y a ella son aplicables los principios generales enunciados con relación a la participación propiamente dicha. El instigador quiere el hecho, pero lo quiere producido por otro, quiere causar ese hecho a través de la siquis de otro, determinando en este la resolución de ejecutarlo¹⁷

Así también glosa ENRIQUE BACIGALUPO en cita por el maestro LUIS CARLOS PEREZ: " La punibilidad se extiende no solo al autor o autores sino también a los que han prestado ayuda para la realización del delito (cómplices) (....) "Cuando uno solo de los partícipes ha tenido el dominio del hecho y las características especiales del autor, será el autor y los restantes serán cómplices o instigadores¹⁸

En otras legislaciones distinguen el determinante del determinado o sea, del instigador y del instigado, pero sin admitir que el delito puede adjudicárseles a uno de los dos en

(17) PEREZ LUIS CARLOS, ob citi pag 11.-

(18) Ibidem.

forma exclusiva, dejando al otro en el espacio de la inocencia, así se expresan algunos autores:

REIHNART MAURACH "Toda instigación requiere un destinatario, sin que sea necesario que el que la formula conozca personalmente a quien señala como autor material... Al igual que para todas las formas de participación también para la instigación es esencial la coordinación de las dos acciones dolosas¹⁹

EDMUNDO MEZGER: " El que se sirve de otro para la ejecución del hecho queda excluido del círculo de las personas que pueden ser castigadas como autores". En otra obra más reciente dice: " El instigador representa la causa remota del hecho, es el causante intelectual del mismo pero no se convierte en autor mediato, dado que no quiere el hecho como propio, esto es, no tiene ninguna voluntad de autor."²⁰

En fin tanto para tratadistas extranjeros de renombre como autores nacionales de prestancia ha sido tarea ardua adoptar un calificativo único en esta materia. En lo que si se ase

(19) PEREZ LUIS CARLOS, ob cit pag 9

(20) PEREZ LUIS CARLOS, ob cit pag 10

mejor es en no pregonar que autor intelectual, instigador, determinador es el que lleva a cabo la acción tipificada en la ley como delito y en considerar que tampoco son autores mediatos, por cuanto estos son los que válidos de un inimpunito, menor de edad, llevan a cabo un ilícito que no es por ninguno caso propio.

3. ANTECEDENTES EN NUESTRA LEGISLACION

Ya en el capítulo dedicado a que teoría se acogía nuestro derecho positivo dijimos que tenía sus asentaderas en la teoría clásica, en donde se distinguían los autores y cómplices entre los primeros estaban los autores materiales y los intelectuales o motores criminales, asemejándose estos más bien a la categoría de los cómplices necesarios.

Así fueron asimilados los autores intelectuales en los inicios del instituto de la participación - cómplices necesarios

La ley nuestra al erigir los diferentes grados de la code lincuencia, no habla sino de autores, coautores, partícipes contingentes y la calidad de determinador la reglaba el inciso final del artículo 19 del código de 1.936.

Tuvo inspiración esta normatividad en el artículo 63 del Código de Zanardelli, la cual fuera también de acogida en el Estatuto de Argentina, artículo 45.

Peró a diferencia del Italiano nuestra legislación ha sostenido que en la concurrencia de varios sujetos a la realización de un crimen es autor solo el que lleva a efecto el tipo penal descrito en el verbo rector, esto hay un solo delito verificado por el material y los demás debían encuadrarse según sus actos a la complicidad necesaria, o no necesaria, a determinador de ese reato.

También podríamos señalar la similitud del Código Italiano con el nuestro en cuanto a la peligrosidad del infractor (Código de 1.936) su tratamiento era por lo que había hecho y no por lo que hizo, es decir, su reincidencia, su habitualidad en el plano criminal, esto último para la dosimetría de la sanción.

En cuanto a la participación en los delitos culposos no se da en nuestra ordenación penal, ya que la culpa se edifica en el resultado y no en los actos iniciales, y, siendo el resultado imprevisto mal podría decirse que hubo acuerdo para la consecución del mismo. Ya vimos cómo en la legislación romana si consagran esta figura.

De lo anterior se colige que siempre la conducta del agente

determinador debe estar cargada de dolo, es inminente que lo sea, dado que para un inimputable existe una causa excluyente de responsabilidad penal, quiere decir no es punible su actuar, debe entonces someterse a las llamadas medidas de seguridad, que como está plasmado en nuestras normas no equivale a una sanción, pues ésta tiene por función la de resocializar al delincuente, readaptarlo para que sea una persona de bien y en cambio las otras cumplen una directriz rehabilitadora del enfermo. Estos criterios son apenas teóricos, pues en Colombia no se adopta una verdadera política criminal a objeto de que se cumplan los preceptos anotados.

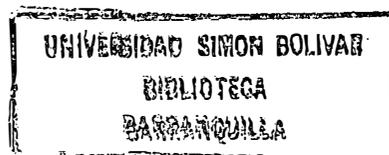
Ciertamente el trasegar ha sido duro para el replanteamiento del concepto "cómplice necesario" como figura autónoma en nuestro derecho hoy día vigente (decreto 100 de 1.980).

Dicha figura engendraba de por sí tremendas dificultades en la praxis, como por ejemplo: quienes en decidida labor de apoderarse de objetos que estaban en un apartamento ubicado en un segundo piso, el uno prestaba la escalera y el otro la escalaba y penetraba en el inmueble apoderándose de los mismos, tendría se al que prestaba la escalera como cómplice necesario, ya que sin la ayuda suministrada por él, no se hubiera consumado el

hurto, pero, sí esta actividad equivalía, a una de las múltiples formas de llevar a cabo un delito, es decir, no existiendo la escalera, valiéndose de una ganzúa o rompiendo la puerta principal de la edificación lograba entrar al apartamento y se apoderaba de los objetos que habían en él, en dónde queda entonces lo necesario de la escalera y por ende la complicidad en ese mismo género? lógicamente que entrañaba muchas dificultades en los casos concretos.

Como ya anoté en el prefacio de este trabajo la parte general del Estatuto Penal actual trae en su artículo 23 lo concerniente a la autoría del delito: " El que realice el hecho punible o determine otro a realizarlo, incurrirá en la pena previstas para la infracción" (el subrayado es mío) seguidamente designa la otra categoría en la participación criminosa el cómplice, abandonando la vieja nomenclatura de necesario o necesarios. A mi modo de ver el cómplice necesario quedó implícito en el artículo precedente.

También además de lo anterior vemos que se ha seguido con la instigación a delinquir (específica) o mejor, concierto para delinquir condensada en el artículo 186 del Código Penal vigente, cuyo bien jurídico tutelado es la seguridad Pública.



El estatuto penal de 1.936 estaba basado en una inspiración mixta, ya que responsabilizaba a cada uno de los partícipes según sus actos, pero sin abandonar las condiciones personales de las circunstancias materiales agravantes o atenuantes.

La figura de la participación estaba condensada de los artículos 19 a 22 de la obra en cita y las clasificaba así: autor,, autores, coautores, y los cómplices primarios , es decir a aquellos que prestaban un auxilio decisivo, los determinadores, conocidos también como "autores intelectuales" y los cómplices accesorios o no necesarios cuya tarea era cooperar de cualquier modo a la ejecución del ilícito, cumpliendo promesas anteriores .

En el catálogo de normas punitivas vigente, está descrito en su artículo 23 quien es autor o autores de un hecho punible el cual se basó en el acta numero 66 (sesión del 17 de agosto de 1.973), la cual reza: " Primera, por muy importante que sea la contribución de un cómplice a la conducta del autor, nunca podrá ser considerada como tal, porque solamente el autor realiza la conducta prevista en el tipo. El cómplice ejecuta una labor de coadyuvancia más o menos importante. pero siempre de colaboración a la conducta del autor, de ma

nera, que su comportamiento debe considerarse como accesorio, con relación al del autor. Desde este punto de vista resulta injusto equiparar punitivamente la conducta de uno y otro. Segunda, la experiencia muestra que existen dificultades prácticas y de orden probatorio para diferenciar precisa e inequívocamente en todos los casos la conducta del cómplice necesario, de la del no necesario o secundario 21

Sobre esta filosofía se adoptó la redacción del artículo 23 en vigencia, clasificando así la participación criminal: Autor (coautores,) determinador (autor intelectual) y cómplices.

Entonces, tenemos que tanto en el artículo 19 del Código de 1936 y el de 1980, artículo 23 deducen responsabilidad penal a quien "determine a otro" a realizar el hecho punible por lo que debe haber una máxima correspondencia entre el autor intelectual y el autor material en un hecho delictivo concreto que el primero quiere llevar a cabo a través del segundo. Ésta correspondencia debe ser previa o puede ser coetánea, nunca se da a posteriori, el dolo del determinador debe surgir antes o al mismo momento de la ejecución de la infracción.

(21) PEREZ LUIS CARLOS, ob cit pag 33

4. MECANISMOS CONFORME A LA DOCTRINA

Ha sido de creación netamente doctrinaria las formas más comunes en que opera el determinador o Autor intelectual para el maestro de Pisa, FRANCESCO CARRARA, el concurso de voluntad sin concurso de acción se daba a través de un MANDATO CRIMINAL, COACCION, ORDEN, CONSEJO, SOCIEDAD y además la pro vocación, que a continuación nos ocuparemos de ellos.

4.1 MANDATO

Hablar del contrato de mandato nos hace recordar el regulado por las normas civiles que nos regentan, esto es, ampliamente aceptado esta forma de acuerdo de voluntades para conseguir un propósito o un fin benéfico para los contratantes exigiéndose por un fin un objeto lícito, con base en la moral y las buenas costumbres, siendo muy usual celebrar un contrato de mandato entre un ciudadano y un abogado, para que este lo represente en un proceso judicial.

Empero, el que nos ocupa se define así: consiste en el encargo del agente a otra persona para que ejecute el hecho

por cuenta y utilidad exclusiva de aquel.

Sus características son la proposición, su aceptación y ejecución.

Segun REYES ECHANDIA, mandato es el contrato entre dos o mas personas, en virtud del cual una de las partes el mandatario ejecuta la prestación que otra- el mandante le ha confiado, en beneficio exclusivo de ésta.²²

De conformidad con ANTONIO VICENTE ARENAS, el mandato criminal puede ser oneroso o gratuito, o por medio de abusos de poder o de incentivos de diversa índole, siendo estos últimos de diferente forma al referido mandato, considerandolos como una mera accidentalidad, por cuanto lo que predomina en la determinación es el concurso puramente intelectual.²³

Así mismo plantea que el impulso moral eficiente, o sea la determinación (...), debe referirse necesariamente a un delito, es decir, a una acción humana, típica, antijurídica y culpable. Por reunir esas tres características, la comi

(22) REYES ECHANDIA, Alfonso. Derecho Penal Parte General novena edición, 1984, Universidad externado de Colombia, pag. 176.

(23) ARENAS ANTONIO, Vicente. Comentarios al Código Penal tomo I pags 119 y 120

si3n del delito acarrea la misma sanc3n para quien lo realiza (autor material) que para quien determina su realizaci3n (autor intelectual)²³

De lo expresado podemos afirmar que el mandante de un homicidio (objetoilicito) debe proponer al mandatario (determinado) y 3ste aceptarlo bajo precio o cualquier d3diva o bien gratuitamente y ejecutarlo en la persona se3alada especificamente por el determinador.

Realmente estos conceptos te3ricos son de una importancia 3nica, el problema se torna oscuro a nivel probatorio, por que para fulminar sentencia condenatoria es imperativo que est3 plenamente probado, demostrado el mandato criminoso, por cualquiera de las pruebas que est3n legalmente producidas, bien sea a trav3s de testimonios ora de indicios, ect.

4.2 CONSEJO

Es otra de las formas de determinar a otro a que realice una conducta criminal.

(24) PEREZ LUIS CARLOS, Derecho Penal tomo I partes General y especial temis 1981, pag 391.-

La definición de ésta nos la trae el profesor LUIS CARLOS PEREZ así: " es el proceso mental tendiente a convencer a alguien de la necesidad d conveniencia de realizar determinada conducta punible²⁵

Quien tambien define el consejo esel inmolado REYES ECHANDIA "es la instigación dirigida a otro con el fin de inducirlo a realizar conducta de acción u omisión que se supone lo be neficiará²⁶.

Como por ejemplo quien sabedor que su vecino sale con el fin de semana a pasear con su familia y mediante consejos determina a otro sujeto que penetre en la casa de aquellos para que se apodere de varios enseres de alguna valía, el aconsejador viene a tener la calidad de autor intelectual y el aconsejado es el verdadero autor pues fue quien realizó la conducta desarrollada en el verbo rector del hurto, fue quien se apoderó, ambos les cabe la misma responsabilidad conforme a las voces del artículo 23 de nuestro Estatuto punitivo.

4.3. COACCION

Mediante coacción puede darse un delito y el maestro LUIS

(25) REYES ALFONSO, ob cit pag 176

(26) PEREZ LUIS CARLOS, ob cit pag 390

CARLOS PEREZ plasma de la siguiente manera su punto de vista en este delicado tema: " La coacción, o sea la violencia física o moral, sobre otros para que éste realice el hecho. El coaccionado no es inculminable, ateniendonos a las excepcionales circunstancias de su acción según el numeral 2do del artículo 40". Y afirma el jurista: " EL QUE COACCIONA ES LA VERDADERA CAUSA DEL HECHO"²⁷

A la vez el extinto ALFONSO REYES ECHANDIA, de otra manera pero significando lo mismo explica que hay dos formas de coacción, una a nivel material o física y la otra moral o psíquica y dice: " Coacción es la violencia física o moral que una persona emplea sobre otra para coartar su voluntad y lograr de esa manera que actúe conforme a sus deseos." ²⁸

Se podría ensayar acaso una definiciones diferentes a éstas? yo no lo creo.

(27) PEREZ LUIS,C. Ob cit pag 390.

(28) REYES ECHANDIA ALFONSO, Ob cit pag 176

4.3.1 Física

Ya quedó sentado en el acápite anterior que la coacción se puede llevar a efecto de dos maneras: Física o Material y Síquica o Moral.

La primera de las citadas a modo de ejemplo podríamos decir que el médico siendo constreñido, en forma insuperable, ya que lo golpean hasta tanto no le realice a su mujer prácticas abortivas, por cuanto el coaccionador no desea que ésta tenga ese hijo. Aquí tenemos a dos personas coaccionadas por el determinador de un hecho punible de ABORTO, o sea, la mujer y el galeno que en otras circunstancias no hubiese hecho tal ilícito.

Conclusión: Se ha llevado a cabo un hecho típico, pero no podríamos endigarle al médico y la señora embarazada tal conducta, pues falta el dolo, están amparados por una causal exculpativa de responsabilidad penal, quien debe entonces responder es el determinador como fue quien obligó mediante la fuerza a dichas personas para que se diera el aborto, castigado en nuestro Estatuto Penal.

4.3.2 Síquica o Moral

Ahora bien, la violencia síquica o moral la puede ejercer el determinador de múltiples formas, bien sea en contra de una persona o en contra de su familia más allegada y a manera de ilustración está el caso del vigilante de una fábrica a quien se le coacciona o le amenaza con darle muerte a su único hijo si él no permite o viabiliza la entrada de él o ellos a la fábrica, concretamente dejando la puerta principal sin las debidas seguridades, lógicamente saben dónde vive el celador con su mujer y su hijo, la hora de entrada y salida del niño a clases, etc., todo con el fin de perpetrar un hurto, es decir, hacen que el vigilante omita una de las más elementales obligaciones inherentes a su cargo bajo tremenda coacción moral insuperable.

Por ello, así como en la violencia material, ésta también tiene eximente de responsabilidad penal conforme a lo preceptuado en el artículo 40 numeral 2o. del Código de la Penas.

4.4 Orden

Dice el insigne LUIS CARLOS PEREZ: "La orden, que es un man

dato impuesto por el superior, con abuso de autoridad. Se diferencia del mandato en que quien imparte la orden ejerce dominio jerárquico sobre el que debe cumplirla".³¹

Así define la orden ALFONSO REYES ECHANDIA: "Es la imperativa manifestación de voluntad que un superior jerárquico dirige a su inferior para que realice determinado comportamiento con comportamiento positivo o negativo"³²

Ejemplo de esta modalidad podrá ser el gerente de una compañía que le ordena a su inferior - mensajero - que consigne en su cuenta particular dineros de propiedad de la empresa a la cual pertenecen, con el único propósito de adueñarse de esa suma de dinero, luego no hay participación, ya que el determinado no cumplió una orden emanada de su más alto superior jerárquico.

En este evento hay que probarle al gerente de la compañía; pero con relación al mensajero demostrada la orden superior no le cabe responsabilidad al estar amparado por una circunstancia exculpativa.

(31) PEREZ, Luis Carlos, Derecho Penal, T.I. Parte General y Especial, Temis, 1981 pág. 390.

(32) REYES ECHANDIA, Alfonso, Derecho Penal, Parte General, 9a. edición 1984, página 176

4.5. Sociedad o Convenio

Necesariamente debemos seguir citando a los mismos tratadistas nacionales en cuanto a la definición de cada uno de los mecanismos con que actúa el autor intelectual para que el material lleve a cabo el designio criminal, pues son ellos dos (PERES Y REYES) quienes en una forma amplia y comprensible desarrollan este tema.

Así discurre el maestro LUIS CARLOS PEREZ: "La sociedad, que es el acuerdo celebrado entre varias personas para que una o unas de ellas realicen el hecho y se repartan los beneficios entre todas"³³.

El profesor REYES ECHANDIA (Q.E.P.D.) preceptuó: "Convenio o asociación es el concierto de voluntades entre dos o más personas para hacer o dejar de hacer algo en beneficio común"³⁴.

Ahora resta decir que tanto en el mandato, coacción, orden el beneficio es para el autor intelectual como para el ejecutor material, siempre y cuando estén movidos con acuerdo de voluntades.

(33) REYES ECHANDIA, Alfonso, Parte general, 9a. edición 1984 Universidad Externado de Colombia, página 176

(34) PEREZ Luis Carlos, Derecho Penal y Especial, Temis 1981, página 391

En cuanto a la provocación, se da cuando se determina a otros para que realicen una empresa criminal, con el propósito de sorprenderlos in flagranti y de esa manera tan infame misión. En este caso la utilidad es para el provocador y los determinados. En la sociedad el beneficio es para todos los socios.

Los motivos que impulsan al provocador son distintos de los que realizan los ejecutores, mientras el primero lo incita a veces un interés lícito, en otras inmorales, en cambio a los determinados los mueven intereses contrarios a la ley.

Con respecto a este tema puntualiza ANTONIO VICENTE ARENAS:

" El agente provocador no es, por regla general, partícipe del delito ni responsable de instigación a delinquir, porque su incitación no es real sino aparente, porque no quiere el delito sino que finge quererlo, porque no obra con la intención de producir un resultado dañoso o peligroso (dolo), sino con la de conocer la mayor o menor peligrosidad de una persona, descubrir a un delincuente, desenmascarar a un farsante o perder a un enemigo".

35

BETTIOL, citado por ANTONIO VICENTE ARENAS, dice: " También

(35) ARENAS, Antonio Vicente, Comentarios al Código Penal Colombiano, Tomo I, parte general, Temis, 1983, pag. 123 y 124.

BETTIOL, citado por ANTONIO VICENTE ARENAS, dice: " También el agente provocador debe ser llamado a responder de participación en el delito consumado, si el actor tiene éxito en la consumación, o en el delito tentado, si este no supera la fase de la tentativa.--- El fin que el agente provocador se proponía entregar el culpable a la justicia - no puede justificar un comportamiento que objetiva y subjetivamente ha contribuido a poner en peligro o a lesionar un bien jurídico. Los agentes de la policía judicial tienen la obligación de perseguir delitos "perpetrados", no ya de suscitar, más o menos maliciosamente, acciones delictuosas para fines considerados lícitos. Con mayor razón vale esto para el particular"³⁶

Esta actividad cada día se hace más ostensible, las cuales son utilizadas por los cuerpos represivos del Estado, a objeto de resquebrajar la delincuencia organizada cuya técnica y modo operacional se hacen más sofisticadas.

El profesor FEDERICO ESTRADA VELEZ, citando a FRANCESCO ANTOLISEI acoge los conceptos emitidos por éste acerca de la

(36) ARENAS ANTONIO VICENTE, ob. cit paginas 123 y 124

responsabilidad que le acarrearía a un agente provocador, he aquí sus planteamientos: "En cuanto a la situación jurídica de estas personas, (se trata o refiere al agente provocador) acogemos la solución que ha dado al caso la jurisprudencia italiana que sistemáticamente excluye la responsabilidad del agente provocador, basándose en la tesis de que al actuar así, lo hace en cumplimiento de un deber. Ciertamente para evitar situaciones de injustificada impunidad, lo mismo que los excesos que pueden cometerse por la autoridad de policía judicial, conviene limitar la facultad como lo hace ANTOLISEI, es decir, que si el agente provocador instiga a un sujeto que tiene ya formado el propósito criminal o presta ayuda al mismo para la realización criminosa, su conducta es impune por la razón antes dicha. Pero si la acción va más allá y crea o determina un propósito criminal que no existía..." la impunidad no tiene la mínima razón de ser, porque el agente viola gravemente los deberes de su oficio, determinando una actividad criminosa que de otra manera no se habría verificado". Para los particulares, siguiendo siempre el pensamiento de ANTOLISEI, la solución es la misma, con la advertencia de que su intervención "sea justificada por una orden de la autoridad", pues si se trata de una acción ejecutada motu proprio, el par

ticular es plenamente responsable en ambos casos"

Por otra parte, ya se ha dicho de qué formas puede el determinador o autor intelectual hacer nacer la idea criminal en otro, pero sería importante transcribir apartes de la jurisprudencia de la H. Corte Suprema en marzo 2 de 1981, con la Ponencia del Dr. DARIO VELASQUEZ GAVIRIA, y, en la que salvó el voto el Dr. REYES ECHANDIA, así se expresó; "La delincuencia organizada, y entre ella se puede contar la "Piratería Terrestre", se mueve dentro de un ambiente de valores entendidos, de la lengua convencional, de procedimientos simplificados. En ese mundo, a veces hasta un ademán una frase entre cortada, una expresión figurada, un signo, para comunicar una propuesta delictiva.----- El llamado autor intelectual conoce muy bien, por que lo selecciona, al autor material y sabe qué le debe decir y en qué forma debe decírselo.---- Por eso Cruz no tuvo dificultad en entender lo que Suárez le proponía en la frase "cómprale el viaje que resultare". Y también lo comprendió Naranjo perfectamente cuando Cruz lo hizo partícipe de la propuesta que él había recibido de Suárez. En esa forma loss indujo a éste a realizar el delito; y de manera tan eficaz que efectivamente lo cometieron y precisamente dentro de la modalidad que estaba sobreentendida en la expresión que empleó aquel".

38

(37) ESTRADA VELEZ, Federico, Derecho Penal, Parte General, Ediciones Librería del Profesional, 1981, pag. 175

(38) LOPEZ MORALES, Jairo, Código Penal Col. Tomo I, pag. 145

El extinto Magistrado de la H. Corte Suprema de Justicia Dr. ALFONSO REYES ECHANDIA, con respecto al fallo anteriormente transcrito fijó su criterio: "La coautoría (intelectual o material) surge cuando, al menos dos personas realizan como propio un mismo hecho punible, ya sea que ambas lo ejecuten materialmente e inmediatamente, o que la una determine a la otra a cometerlo, en esta última hipótesis, el determinador ha de influir de tal manera sobre la otra persona, que haga nacer en ella la voluntad criminosa o refuerce una incipiente violación. La doctrina reconocer que el instigador puede lograr su propósito mediante orden, coacción, mandato, consejo, o convenio, cuyo destinatario es el eventual autor material; pero cualquiera que sea el medio de que se valga para lograr la intervención del ejecutor, es indispensable que tenga el propósito de realizar un hecho punible determinado, que no pueda ni quiera ejecutarlo por sí mismo, que se valga de otra persona -loga manus- para lograr su ilícita pretensión y que esta ejecute el mismo hecho hacia el cual lo determinó aquel. (...). La instigación o determinación que ejerce el autor intelectual sobre el material ha de referirse, entonces, a una acción u omisión concreta que esté descrita en la ley como delito o contravención; la vaga mención que una persona haga a otra de un hecho eventualmente ilícito no

compromete al primero en el delito que el otro posteriormente realice, no es jurídicamente posible determinar a otro a que ejecute un hecho indeterminado. Cuando el código Penal de 1.936 (Art 19) y el de 1.980 (art. 23) deducen responsabilidad penal a quien "determine a otro" a cometer el hecho punible, están exigiendo que entre autor intelectual, y material haya identidad respecto del hecho concreto delictivo o contravencional que aquel quiere realizar valiéndose de éste, esto no significa identidad nomen juris, sino de acción u omisión punibles, el uno puede entender, en efecto, que instiga a cometer un rapto desaparecido hoy como tipo penal y el otro pensar que va a secuestrar sin que se destruya la coparticipación siempre que ambos sean conscientes de que privan de la libertad a una persona..."³⁹

Planteadas como están las formas en que se puede determinar a otro, es saludable traer a este trabajo los puntos de vista de MANZINI, citado por LUIS CARLOS PEREZ, "una larga e insistente obra de persuasión, una mirada o un signo expresivo, una palabra convencional, una clara proposición, un discurso de doble sentido, un sorteo consensual o una designación autoritaria, como en las sociedades secretas, y así

(39) LOPEZ MORALES JAIRO, Código Penal Colombiano, tomo I (Arts., lo al 228) 1.985 pagina 146.

sucesivamente, son todos ellos medios con los cuales se puede determinar a otro al delito, y asumir consecuentemente su responsabilidad, cuando en realidad se haya conseguido formar en el ánimo ajeno el propósito de cometer un delito" (....)" No importa, por consiguiente, que la producción de la determinación sea directa o indirecta, esto es, que al ejecutor tenga conciencia de obrar por impulso del instigador o no la tenga; que el determinador haya impuesto directamente la propia voluntad y que la haya hecho triunfar mediante una hábil sugestión, excitando pasiones, suscitando emociones, representando ventajas: con tal que el juez consiga convencerse de que el ejecutor no habría formado el propósito criminoso sin la intervención del otro" ⁴⁰ (lo subrayado es mío)

De todo lo transcrito podemos sintetizar que hay dos corrientes, la una prescribe que las formas o mecanismos en que se puede determinar a otro para que realice un delito son mediante un mandato, coacción, consejo, orden, sociedad (planteamientos clásicos) y muy pocos los que pregonan que puede darse la determinación por medio de palabras de doble sen

(40) PEREZ LUIS CARLOS, Derecho Penal, paginas 391 y 392;

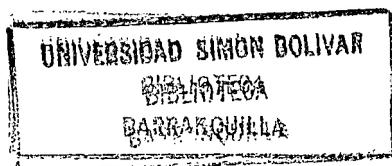
tido, señas, las cuales son plenamente entendidas en las organizaciones delincuenciales.

Para ello no basta que se den insinuaciones sutiles, ni miradas "cargadas de dolo" es necesario que se empleen mecanismos tal y como lo señalan los tratadistas clásicos, debe haber como dijo REYES en su salvamento de voto plena concreción en el delito; en la acción a desarrollar.

Con relación a ésta temática el profesor PEREZ, expetó,: Estas ideas (se refiere al concepto de MANZINI) encierran una peligrosa vaguedad y, además son inaceptables para interpretar la determinación de acuerdo con el artículo 23 que se examina. La determinación indirecta puede afectar la divulgación del pensamiento. Cualquier libro podría considerarse como determinante de estas u otras pasiones. Una obra de arte puede inspirar propósitos criminosos e inducir a la realización. Una conferencia científica podría tomarse como base, para experiencias punibles. ---- Lo que interesa es el determinante se proponga subyugar a otro y ese fin solo aparece inequívoco cuando se procura directamente. El determinador quiere un resultado preciso y lo obtiene por conducto de otra persona.⁴¹

Si se aceptara lo sostenido por MANZINI, esas peligrosas va-
guedades, qué podríamos decir nosotros en relación a lo pro-
yectado en el cine moderno, qué a la postre vendrían a paten-
tizar la apología del delito?

(41) y (42) PERES, Luis Carlos, Derecho Penal, Tomo I, Partes
General y Especial, Temis, Tomo I, 1.981, páginas 391 y 392



5. COMUNICABILIDAD DE LAS CIRCUNSTANCIAS. DEFINICION LEGAL

Conviene antes de entrar en materia diferenciar lo que es un elemento integrador del hecho punible de las circunstancias materiales o personales que lo acompañen. Podemos afirmar que los primeros son aquellos para que subsista un tipo penal deben estar presentes en la tipicidad, porque en el dado caso que éste no aparezca, estaríamos frente a una conducta atípica, como por ejemplo, en el delito de incesto debe ser el sujeto padre de la víctima, para que se configure este reato, puesto que si se da el ayuntamiento sexual sin el consentimiento de la ofendida y el agente no tiene vínculos de consanguinidad con ella (requisito sine qua non) no hay delito de incesto, entonces se entraría a estudiar los elementos constitutivos de otro ilícito cuyo bien jurídico tutelado es la Libertad y el Pudor Sexuales. Así las cosas vemos cómo son elementos esenciales que no pueden separarse o suprimirse, porque se variaría el nomen juris de la infrac

ción o se desintegraría el tipo penal, la conducta no se adecuaría a lo plasmado en la figura descrita en la infracción. En cambio las circunstancias son los accidentes de modo, tiempo y lugar que en veces están aparejados a la conducta delictuosa pero que no se requieren para su tipificación legal, quiere ello decir, que las circunstancias son accidentales, pueden darse o no con el delito, sin que por ello podamos afirmar que desaparece la figura. En fin los elementos constitutivos de un delito, reales o personales son circunstancias típicas, en tanto que las otras son circunstancias genéricas, sin ellas o con ellas está latente el reato.

Nuestro Estatuto Represor en vigencia define en el artículo 25 este tema así: " Las circunstancias personales del autor que agravan la punibilidad y las materiales del hecho se comunicarán al partícipe que las hubiere conocido.---- Las personales que disminuyan o excluyan la punibilidad solo se tendrán en cuenta respecto del copartícipe en quien concurren, o del que hubiere actuado determinado por estas mismas circunstancias".

El código de 1.936 regulaba esta materia en dos artículos: el 21 que trataba la comunicabilidad de las circunstancias

materiales.

Sustancialmente se mantuvo el mismo criterio en el código actual, variando únicamente en las circunstancias atenuantes o eximentes, las cuales antes sólo se tenían en cuenta "respecto del autor o de cómplice en quien cocurran". En el vigente dispone que también éstas se tendrán en cuenta con relación a quien "hubiere actuado determinado por estas mismas circunstancias".

Con respecto a esto último el profesor REYES ECHANDIA señaló: "La norma que comentamos (se refiere al artículo 25 del nuevo Código Penal) es sustancialmente idéntica a la de la codificación precedente, excepto en cuanto a la parte final del inciso segundo, cuyo agregado suscita perplejidad. En efecto, si se entendiera en el sentido de que se comunica al cómplice aquella circunstancia personal del auto que disminuya su punibilidad o excluya su responsabilidad por el solo hecho de conocerla y de haber actuado en virtud de tal conocimiento, se estaría rompiendo peligrosamente el principio de incomunicabilidad de esta clase de circunstancias que, como ya se dijo, son por esencia intransferibles, si en cambio, la expresión "determinado por estas mismas circunstnacias" se entien

de en el sentido de que ellas lo han penetrado y compelido a colaborar con el autor, entonces es porque realmente en él concurren, con lo que resultaría superflua la agregación "43 nos inclinamos por esta última interpretación

5.1 PERSONALES

5.1.1 Atenuantes

Son aquellas que se refieren a condiciones, cualidades o características del agente, que por esencia son a título personalísimo, esto es, son intransferibles, pero como ya vimos en el aparte anterior excepcionalmente pueden comunicarse - cuando se actúa " determinado por estas mismas circunstancias "

ALFONSO REYES cita a pie de página al Ex-Magistrado del Honorable Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla Sala Penal Dr. Esteban Paez Polo, con respecto a la denominación que debiera dársele a las "circunstancias personales" del autor de un ilícito, así preceptuo: 196. PAEZ POLO, Esteban , sugiere reemplazar la expresión "circunstancias personales" por la de "cualidades personales del sujeto activo"⁴⁴

(43) REYES ECHANDIA, Alfonso, Ob cit pag 182

(44) Ibidem, pag 181

Así tenemos que son dos los eventos de las circunstancias personales: Cuando disminuyen la pena y cuando excluyen ésta como ejemplo de la primera podríamos decir que se comunican estas circunstancias personal atenuante en el caso que Antonio y José le causen lesiones a Pedro debido a la reacción anímica que tuvieron (En estado de ira) ante la grave e injusta ofensa de él recibida, los dos lesionadores están cobijados con la atenuante establecida en el artículo 60 del Código Penal, y como ilustración de la segunda (excluyente) cuando un detenido a quien ya se le dio la libertad y el Director de la Cárcel se niega a cumplir esa orden, lo cual hace que el detenido se tome la libertad violentamente, en tales circunstancias no hay delito, porque actuó ante una agresión actual y por ende legítima la defensa privada, incurriendo el Director del centro carcelario en Prevaricato por omisión.

Los anteriores ejemplos son muestras claras y concretas de como se da en el autor, el ejecutor material de un delito, las circunstancias atenuativas de la responsabilidad o la exclusión de ella.

A mi modo de ver esta circunstancia personal atenuante en el autor intelectual, instigador o determinador de un hecho

punible no se da, pues mirándose desde todas las ópticas es muy improbable que alguien instigue a otro para que lo defienda de una agresión actual e inminente, sabiéndose que uno de los requisitos de la legítima defensa es que se produce en forma abrupta, y de que manera el autor intelectual haría nacer en otro la voluntad de que lo defienda? en mi sentir no se reúnen los presupuestos de una instigación, no se da ese ligamen tan necesario para que pueda pregonarse que el resultado obtenido por X, fue en razón de las consejas, órden, que le imprimió Y.

5.1.2. PERSONALES AGRAVANTES

Estas indefectiblemente por mandato legal que se comunican a los partícipes de un delito que las hubiere conocido, como cuando JUAN determina a PEDRO a que mate a su cónyuge y sabedor del vínculo de ellos es repónsable junto con el autor intelectual de uxoricidio, caso contrario, si Pedro no tenía conocimiento de la relación de paréntesco de su mandante con la víctima, el uno será responsable de homicidio simple y si actuo por precio será agravado por esta causa y no por el parentesco.

Tambien tendríamos el caso del homicidio con sevicia el agra

vante será para todos los partícipes si era conocidas por ellos, en caso contrario, solo se le aplicará a la persona en quien concurrió.

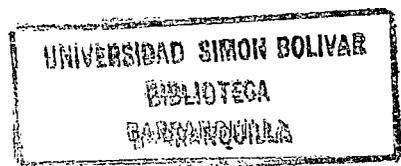
Ello se desprende del conocimiento que tienen los participantes de cual es la naturaleza del hecho en el que determinó, colaboró y quiso hacerlo.

5.2. MATERIALES

5.2.1 Materiales Atenuantes

De fuerza es predicar que éstas se comunican a los copartícipes que las hubieran conocido, sino se aplicarán solo en quien concurra, a modo de guisa, tenemos al determinador o autor intelectual después de haber determinado a otro a cometer un delito de hurto y procurar voluntariamente, después de haberse realizado el hecho, anular o disminuir sus consecuencias, bien sea devolviendo parte de lo hurtado y que le hubiese correspondido en la repartición o cuando resarcen los daños y perjuicios antes de que se dicte sentencia de primera instancia.

5.2.2 MATERIALES AGRAVANTES



Como los anteriores se hacen merecedores a las circunstancias materiales, que agravan la punibilidad si ellas son de pleno conocimiento de los partícipes, llámense determinadores, auxiliares o cómplices.

Es responsable quien determina a otro a matar a una persona con envenenamiento o cualquier otra forma que ponga a la víctima en estado de indefensión, son por tanto ambos responsables de homicidio agravado y no de simple, quien maquina a otro sujeto para que se apodere de cosa mueble ajena colocando a la víctima en estado de indefensión amordazándola responderán: determinador= determinado de Hurto Calificado y no simple, pues se le comunican estas circunstancias agravantes, habida cuenta de que así en forma específica se realizó la determinación.

Ahora bien, dicho lo anterior, tocaría preguntarnos si en aquellos delitos que para su existencia se requiere que el sujeto activo sea un funcionario público, no puede ser partícipe a título de cómplice, determinador o instigador, o tras personas que no tengan esa calidad?

Realmente tenemos que acudir a lo expresado por el Dr., RE

YES ECHANDIA sobre este t6pico: " La cuesti6n ha sido di
versamente resuelta por la doctrina SOLER, por ejemplo, nie
ga la posibilidad de coparticipaci6n porque cree que el c6m
plice debe tener la misma calidad personal del autor mate
rial" (...) MANZINI, por su parte, distingue seg6n que el he
cho realizado por el c6mplice est6 o no previsto como delito
diverso del que ejecuta con su ayuda el autor material que
posea la cualidad exigida en el respectivo tipo legal (...) Finalmente, ANTOLISEI y BETTIOL reconocen la posibilidad
del concurso siempre que 6ste reuna las caracter6sitas pro
prias de la complicidad y que el complice conozca la calidad
de autor al cual presta ayuda.--- Nos inclinamos por la 6lti
ma tesis " 45

Ciertamente, s6 en nuestro Cat6logo de Derecho Penal se tie
ne que ser funcionario p6blico para que se de el Peculado,
pero como autor es el que realiza la conducta descrita en
el verbo rector y existen los dispositivos amplificadores
del tipo penal como son los c6mplices, determinadores, en
estos solamente se requiere el conocimiento de la calidad
de empleado p6blico que ostenta el determinado, el auxiliado.

(45) REYES ECHANDIA, Alfonso., ob cit paginas 182,183.

por ello, es procedente afirmar, que el autor intelectual o instigador puede provocar en el ejecutor material un hecho punible de peculado sin tener la calidad exigida para el verdadero autor, verbigracia, Armando (particular) - mediante mandato, orden, o consejo hace nacer en Javier la idea, de que se apropie de los dineros que como Tesorero Departamental administraba, el primero responde como determinante del ilícito de peculado, y el segundo como autor del mismo reato, ya que el determinador o el cómplice actúan o contribuyen a la realización de un hecho ajeno; entonces por qué exigirle a éstos una calidad que la ley no les exige?

6. ARREPENTIMIENTO DEL DETERMINADOR

Es de manifestar que en nuestra legislación penal vigente se prevee esta situación por demás importante, cuestión que como vimos en la Legislación Italiana se da en la participación criminal, ya que puede arrepentirse el autor en sentido estricto (material) y en los simples participantes, incluidos en estos últimos la causa moral o autor intelectual como también se le denomina en nuestro medio jurídico.

Sabemos pues, que una vez se concierte un hecho punible es dable que cualesquiera de los partícipes se retrotaiga en su pensar delictual, por lo que se debe entonces estudiar la situación del arrepentido acerca de su responsabilidad.

Para lo anterior, me permito transcribir apartes del criterio bien fundamentado del Doctor JOSE IRRUETA GOYENA, cuando se refiere a esta problemática mandante- mandatario, así discurrió; " Concluido el pacto y cuando el mandatario está en vías de ejecutarlo, el mandante se arrepiente, pero no

obstante eso, el delito se comete, cuál es la responsabilidad del mandatario y cuál la del mandante? la solución impone un distingo: el mandante puede haber hecho llegar o no su arrepentimiento hasta el sicario, En este último caso es decir, cuando la modificación de la resolución del mandante no ha llegado al conocimiento antes de la ejecución del mismo, la responsabilidad subsiste íntegra en el mandante. Cuando el sicario ha tenido conocimiento de esa revocación de resolución, entonces, según la doctrina más generalizada, hay que distinguir nuevamente entre el mandato propiamente dicho y el Consejo. Cuando hay mandato, es decir, cuando se ha concertado el asesinato, entonces la revocación elimina la responsabilidad del mandante. Si el mandatario continúa obrando después que recibió la orden de detenerse, obra por cuenta propia y por consiguiente ya no hay ni mandato ni mandante, ni responsabilidad pluripersonal.... Con el Consejo (agrego, otra forma o mecanismo de origen doctrinario que utiliza el determinador hacia el determinado) o con la sugestión no pasa lo mismo. En este caso el consejero que no ha conseguido hacer cesar en el sicario la voluntad de cometer un homicidio, queda responsable de sus consecuencias. Está jurídicamente en las mismas condiciones del sujeto que

para cometer un delito se sirve de un medio, el cual pues una vez puesto en acción escapa a sus facultades, ultrapasa los límites de lo que él puede realizar para detener sus efectos. Está en las mismas condiciones del que se sirve del fuego para cometer un homicidio. Si consigue apagar el fuego, no será responsable, pero sino lo consigue por más esfuerzos que haga, tendrá que responder penalmente de las consecuencias."⁴⁶

Así las cosas vemos que existen dos vertientes en la Legislación Uruguaya =, si se trata de un contrato de mandato criminal y si el mandante (instigador, determinador) revoca su resolución criminal y el mandatario persiste y ejecuta el crimen, responde penalmente éste y al autor intelectual o a la causa moral no le cabe ninguna responsabilidad. Empero, si el mandante muy a pesar de querer revocar su mandato no logra notificárselo al sicario, entonces a los dos les cabe la penalización correspondiente como determinador y como ejecutor material respectivamente.

(46) IRRUETA GOYENA JOSE, Obras completas, II, El delito de Homicidio, biblioteca jurídica 2a edición corregida, pagina 231 y 232.

No sucede lo mismo en la legislación en comento si se trata de un consejo necesariamente se tiene que hacer desistir al aconsejado de que no lleva adelante la empresa aconsejada, porque si ello no ocurre, tanto al aconsejador como al autor material les cabe la responsabilidad penal pertinente. Es decir, no basta que el determinador se arrepienta, debe conseguir que no se realice el hecho punible, para que estén exento de sanción.

En cuanto a cómo se resuelve este tema en la legislación Italiana ya vimos que no hay distinción para dirimir esta problemática si el instigador actuó mediante mandato, consejo, orden solamente se tiene en cuenta que el determinador realice actos enteramente activos para que no se lleve a efecto el fin ilícito encomendado y que éste no se de ni aun en grado de tentativa para que puedan ser amparados por una exclusión de pena.

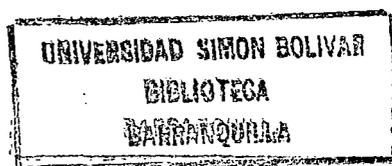
6.1 EFICAZ-EXCLUYENTE DE PENA

En nuestra jurisdicción esta temática se plantea según sea el determinador o la causa moral el arrepentido porque si se tratare del arrepentimiento del determinado, ofrece variantes así: Si quien se arrepiente es el autor intelectual para que

sea amparado con una eximente de penalidad debe actuar de tal manera que entere y revoque el mandato, la orden, el consejo esto es, haciendola saber, comunicandosela, decirle que no lleve adelante el homicidio, el hurto, la falsedad, debe ser eficaz esa contra orden antes de que se de inició a la fase ejecutiva del hecho punible y si a pesar de todo el autor el sicario el ejecutor material lo realiza, solo a él le cabría la responsabilidad , ya que el instigador destruyó su aporte sicocausal, ejecutándose el hecho criminoso por cuenta y riesgo exclusivo del autor. Si quien se arrepiente es el autor antes de iniciar la fase ejecutiva, responde el autor intelectual como instigador específico, por ser este un delito de mera conducta descrito en el artículo 186 denominado concierto para delinquir si se tratare de cualquier delito, pero si se instigó para realizar un sedición, una asonada, se responderá por el delito de Conspiración (art 130 C.P.C.)

6.2. INEFICAZ O INOCUO=RESPONSABILIDAD

En lo que concierne a nuestra normatividad penal se acoge la tesis de que sí el autor intelectual se arrepiente de su plan



"maquiavélico" más sin embargo permanece en estado de inercia, sin actividad alguna tendiente a que no se ejecute la acción delictual, o si desarrollando alguna actividad intensa o no. si no logra, si no revoca, si no comunica su arrepentimiento al mandatario, al aconsejado, el ordenado y se da el delito programado, estaríamos frente a una responsabilidad pluripersonal, tanto al autor intelectual o causa moral y al determinado o verdadero autor les cabe según nuestra codificación responsabilidad penal por el delito querido y consumado, al igual que sucede en las legislaciones punitiva Italiana y la Uruguay.

7 RELACION O NEXO CAUSAL

Siguiendo con el desarrollo de esta temática es menester a bordar el estudio de la causalidad. Nuestra codificación sustantiva penal no trae diseñado el artículo 21 , cuyo tenor es el siguiente: " Nadie podrá ser condenado por un hecho punible, si el resultado del cual depende la existencia de éste, no es consecuencia de su acción u omisión.--- Cuando se tiene el deber jurídico de impedir el resultado no evitarlo, pudiendo hacerlo, equivale a producirlo".

Este tema tan árido por sus diferentes teorías hizo que la primera comisión redactora del nuevo código en su acta número 16 recomendara que no se adoptara un criterio causal y que se dejara a la doctrina su solución con base a criterios jurídico-prácticos y también a la jurisprudencia tal y como lo han hecho otras legislaciones, con muy pocas excepciones

Empero, el problema de la causalidad, tema tan complejo, fue resuelto en el Código Penal Vigente, donde este fenómeno

aparece claramente definido, constituyendo como lo advirtió la Comisión Asesora, en su exposición de motivos,, " una innovación importante (...) tanto para los hechos de acción como para los de omisión.

Así que para que un hecho punible tenga existencia debe ser como consecuencia de la acción u omisión de un sujeto, de no existir esa relación causal el ilícito no se hubiese producido.

RELACION DE LAS DOS CONDUCTAS DETERMINADOR- DETERMINADO

Siguendo los derroteros trazados en este trabajo para la obtención de grado se hace imperativo precisar las interrelaciones del autor intelectual o causa moral y el ejecutor material o determinado para que pueda decirse que hay coparticipación criminal. ellos son:

- a.- Que el autor intelectual quiera realizar un delito, decida perpetrarlo y se sirva de otra persona para que lo lleve a cabo materialmente.
- b.- Que el determinado sea persona consciente, responsable de sus actos, capaz de decidir por sí misma el hecho pu

nible sin necesidad de impulso moral ajeno;

c.- Que el delito a que la determinación se refiere, se haya jurídicamente consumando, o haya tenido al menos principios ejecutivos (tentativa)

d.- Que entre la actividad intelectual del uno y la acción física del otro exista relación de causa o efecto. Si el ejecutor material obra por motivos propios y toma la resolución de cometer el reato no hay coparticipación criminal por no existir el nexo de causalidad.

Por último debemos decir que el juez competente por el factor territorial es el del lugar donde el delito se consuma o se intente, así la determinación haya surgido en habitat distinto.

Debemos también precisar que es posible la presencia en una empresa criminal de co-determinadores, es decir, de una pluralidad de sujetos con la función de provocar en otros la realización de un mismo comportamiento típico.

Pero, dadas las características desarrolladas por el agente

o verdadero autor podría decirse que existen múltiples variaciones con respecto a la punibilidad tanto del instigador como del determinado, veamos en que radican:

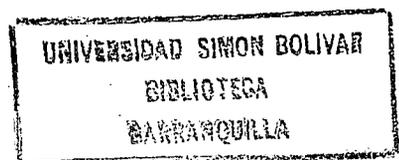
El ya desaparecido Dr., ALFONSO REYES ECHANDIA señala: "El autor material realizó el delito previsto, en esta hipótesis puede dar lugar a los siguientes casos: 1.- El delito fue ejecutado en la forma acordada por lo que ambos responden del mismo en igualdad de condiciones. 2.- El delito fue realizado con defecto, como cuando se había acordado matar y el autor material apenas ocasionó lesiones en este caso habrá que distinguir si el autor material voluntariamente modificó su inicial propósito criminal, responderá de tentativa, desistida de homicidio, pero si con la intención de matar apenas logró herir, entonces habrá cometido tentativa acabada de homicidio, el autor intelectual en ambos casos responderá de una tentativa acabada de homicidio porque la no consumación de este ilícito tuvo como causa una circunstancia independiente de su voluntad. 3.- El delito fue realizado en exceso, como cuando se había decidido herir y se causó la muerte, aquí también conviene hacer una distinción si el autor material decide motu proprio dar muerte a quien solo debe lesionar, será responsable del homicidio perpetrado, en tanto que el instigador

habrá de responder de homicidio preterintencional en cuanto al resultado muerto era susceptible de preverse, pero si el autor material queriendo herir, mató uno y otro estarían frente a un homicidio preterintencional ya que la muerte fue una consecuencia directa de las lesiones por ambas queridas y realmente causadas⁴⁷

También sostiene el mismo autor que en el evento de que el determinado ejecutó delito diverso del previsto bien sea por error o accidente y por voluntad propia, en el primer caso se resuelve la figura de la aberratio delicti la cual si está edificada en un error irrelevante no suprime la culpabilidad en ambos el segundo como quiera que se ha roto el nexo causal entre autor intelectual - autor material, la responsabilidad solo recaerá en el ejecutor o verdadero autor mientras que el instigado solo le cabría la responsabilidad por el delito de instigación que es un delito de mera conducta.

Como bien es sabido en la codificación actual desapareció las diferentes clases de tentativa, por lo que en el capítulo inherente a esta nos ocuparemos de los preceptos que

(47) REYES ALFONSO ECHANDIA, ob cit pag 233.



gobiernan este dispositivo amplificador del tipo penal.

Lo importantes es que entre la actividad ideativa y la realización material del hecho punible confluya un nexo de causalidad tal y como lo exige el artículo 21 de nuestro Estatuto Penal Vigente.

Algunos autores pregonan que si se determinó a la realización de un delito de hurto en las dependencias de el Banco X con la expresa condición de no matar a nadie y sobreadvertiéndoles que antes de matar a alguien los autores deben retirarse así no hubiesen cumplido su cometido, alguno comete un homicidio, solo es responsable, por haberse roto el nexo causal entre determinador-determinado. EN otro ejemplo basándose en el criterio de la previsibilidad y dadas la naturaleza, circunstancias propuestas y las modalidades de la ejecución los excesos se cargan tanto el instigador como a los autores como cuando se va a cometer un hurto y se emplea violencia sobre la caja de caudales para sustraer los objetos que allí están contenidos , pues es previsible la rotura de dicha caja. Pero si estos, excesos se refieren a otro delito no vinculado por ninguna de las circunstancias solo se le imputará al que lo cometió, como cuando se determina para la rea

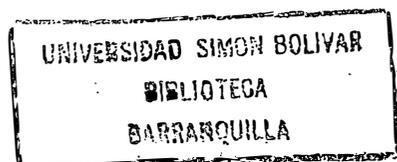
lización de un delito de hurto y uno de los autores comete un ilícito de violencia carnal, es decir, no concordan entre el proyecto planeado o propuesto y el realmente ejecutado. Otro caso sería el de existir acuerdo para perpetrar un delito de falsedad y el autor roba. No hay relación o nexo de causalidad entre la causa y el efecto.

ESPECIES DE CAUSALIDADES

Ahora nos ocuparemos de las diversas tesis que informan esta problemática,=claro está hablándose solo de las jurídico filosóficas, porque en sentido naturalístico, estaríamos dándole plena vigencia a lo que en nuestros ordenamientos ha sido rechazado como el imperiosabilidad objetiva.

7.1 LA TEORIA DE LA EQUIVALENCIA

Esta teoría expuesta por VON BURI, citado por LUIS CARLOS PEREZ, dice: "según la cual todas las causas productoras, positivas y negativas, directas e indirectas, tienen el mismo significado teoría, que, en términos distintos iguala el valor de las causas, concausas, condiciones y ocasiones para compro



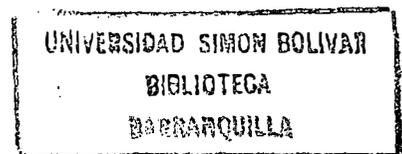
meter penalmente a quien las propuso o movilizó. Sin embargo se agrega, la condición no puede partarse del resultado y de allí el que se incremine como homicida al autor de la lesión dolosa en virtud de la cual se internó a la víctima, en el hospital, si este establecimiento se incendia y el herido muere allí, " Entonces, agrega el profesor PEREZ, Teoría insostenible, pues autorizaría responsabilizar al fabricante del arma, o como anotaba graciosamente BINDIG, al carpintero que construyó la cama donde se consumó el adulterio"⁴⁸

7.2 LA TEORIA DE LA CAUSA ADECUADA

Esta teoría se atribuye a VON BAR, en esta la causa eficiente de STOPPATO y la " eficacia preponderante" de BIRKMEYER, así son sus fundamentos " se enuncia diciendo que lo decisivo en cada caso es la causa normalmente adecuada para el efecto concretamente ocurrido. De manera que si sobreviene alguno anómalo se rompe el nexo, jurídico, antes que natural o lógico, como cuando la persona a quien otro hiere fallece por accidente del vehículo que lo conducía al puesto de salud. El autor de la lesión no responde por la muerte"⁴⁹

(48) PEREZ LUIS CARLOS, ob cit pag 126

(49) Ibidem



Esta teoría la adopta el profesor LUIS CARLOS PEREZ como la que más se acerca al criterio expuesto en el artículo 21 de nuestra legislación penal, por cuanto ha desaparecido la anterior tesis de la concausa, que siguiendo las directrices de la peligrosidad, responsabilizaba al que en algún grado fuere peligroso en el caso del que propinó unas lesiones a quien saberlo padecía de homofilia, es decir no tiene coagulación y por ende se desangra y muere; así plantea el insigne maestro PEREZ el anterior escrito, "... parece aproximarse a la teoría de la causa adecuada, pero en el fondo no adopta ninguna de las posiciones de que se ha venido hablando. Y eso es correcto porque en derecho penal a diferencia de otras materias, especialmente las estudiadas por las ciencias físicas, no hay ordinariamente una causa única sino concurrencia de causas y condiciones. --- El nexos causal a que se refiere la norma es el jurídico y no al naturalístico o el que dice responder a inquietudes filosóficas que, en definitiva remiten a una primera causa, origen de fenómenos o de nociones múltiples y sucesivas⁵⁰.

Y sigue diciendo que en el caso del herido levemente y que muere en forma accidental al transportarse al hospital, la causa del fallecimiento es diferente a los actos del heridor luego no puede atribuírsele un homicidio, pero naturalísticamente no hubiera ocurrido la muerte en el camino hacia el

hospital sin contar con el autor de la herida. O en el caso del herido a quien un segundo sujeto lo ultima en su lecho, cuando se está reponiendo de las lesiones que le propinara el primer agente. O en el evento del que le sobreviene la muerte a consecuencia de un mal servicio hospitalario.

Todo lo anterior para sostener que el problema de la causalidad es eminentemente jurídico, esto es, que las leyes de causalidad en la sociedad son objetivas, pero en el derecho punitivo devienen psicológicas, porque el criminal como todos los hombres, se propone fines pues no obra exclusivamente estimulado por la causa, es decir, que el derecho necesita un ambiente causal propio, pues los que se desarrollan en este ámbito son bien diferentes de los que se desarrollan en este ámbito son bien diferentes de los que pasan en otras latitudes por así decirlo, agrega que lo indicado es dejar al juez la valoración de la causa en el caso concreto, y, en presencia de varias causas, reconocerle cierta amplitud para precisar cual de ellas fue de decisiva ante la norma penal, teniendo en cuenta la fuerza con que se vinculan al resultado. En fin plantea que antes de averiguar cual es la causa del resultado debe indagarse quien es el autor del resultado, pues este hecho punible no se puede endilgar a un

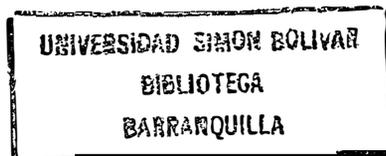
sujeto sino es consecuencia de su acción u omisión, de conformidad a las voces del artículo 21.

7.3 LA TEORIA DE LA CAUSA EFICIENTE

Expuesta por BIRKMEYER en la que se afirma que en la producción de un resultado todos y cada una de las condiciones son necesarias pero hay algunas que son más eficaces que las otras, asignándole el valor de causa a la condición que más eficazmente haya contribuido a la consecución de un resultado dañoso.

DIAZ PALOS en cita por FEDERICO ESTRADA VELEZ, dice al respecto: " El aspecto cuantitativo, casi matemático (...) se pone de manifiesto en el mismo ejemplo que su autor propone si el resultado es por ejemplo, igual a 12 y las condiciones equivalen a 7,3,2 la condición 7 es la prevalente, la más eficaz la causa en definitiva.⁵¹ La crítica a esta teoría dice ESTRADA VELEZ radica en la inconsistencia, pues

(51) ESTRADA VELEZ FEDERICO, Derecho Penal, parte general, ediciones librería del profesional, 1981, pag 124



pues individualizar en cada caso concreto la cantidad de causa que aporta cada condición a la producción del evento es casi imposible.

7.4 LA TEORIA DE LA CONDICION MAS PROXIMA

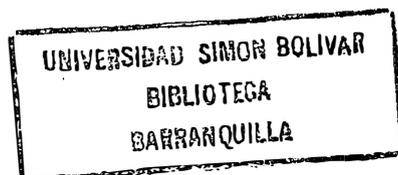
Esta esboza que según la cual causa es la condición más próxima al resultado siempre que haya sido previsible. Tampoco en el edecir de diferentes exponentes del derecho resuelve el problema ya que subsiste saber cual es la condición más próxima y directa al evento. Esta teoría no puede por tanto resolver el interrogante que se formula FRANCESCO ANTOLISE: realiza la última condición el que para matar a su adversario arma la mano de un demente?

8. EL AUTOR INTELECTUAL O DETERMINADOR FRENTE ;
A LA TENTATIVA COMO DISPOSITIVO AMPLIFICADOR
DEL TIPO

En la legislación del año de 1.936 se establecía varias clases de tentativa, la desistida, la imposible acabada y la inacabada.

En el estatuto Penal vigente se abandonó tanto las clases de tentativa como la diferenciación entre delito tentado y delito frustrado, en consideración a las serias dificultades que surgían en la práctica esta serie de concepciones.

El legislador del nuevo Código atendiendo a varios tratados entre los que se cuenta el extinto REYES ECHANDIA, consideró que tanto la tentativa desistida, la imposible no podían erigirse como dispositivos amplificadores de un tipo penal, por cuanto la conducta ejercitada por una persona en estas condiciones entraban ni siquiera en principio a vulnerar el



bien jurídico tutelado, esto es, la conducta desarrollada por este agente deviene totalmente atípica.

En cambio decidió subsumir en una sola figura las modalidades de tentativa acabada e inacabada normada en el artículo 22 del Código penal así: " El que iniciare la ejecución del hecho punible, mediante actos idóneos e inequívocos dirigidos a su consumación y ésta no se produjera por circunstancias ajenas a su voluntad incurrirá ..."

De lo anterior podemos decir que para se de tal dispositivo ; es necesario que se den los siguientes requisitos:

A.- Comienzo de ejecución de un hecho punible, trasluce lo anterior en que el sujeto agente debe dar impulso inicial a la conducta descrita en el verbo rector del reato o contravencional que lo describe, ergo, debe iniciar la acción de matar en el homicidio o de apoderarse de cosa mueble ajena en el hurto.

B.- Comportamiento idóneo e inequívoco, la conducta bien sea acción o de omisión, pues de ambas formas se delinque, debe ser eficaz, apta, idónea para lograr el resultado deseado, de

be estar plasmado de precisión en la producción del evento típico, y

c.- Falta involuntaria de consumación. Esta es la verdadera esencia de la figura de la tentativa en que el sujeto activo habiendo iniciado la realización del hecho típico no logra consumarlo, por cuanto no obtiene el resultado legalmente exigible para que se dé la plena estructuración. Osea, que la falla obedece a la presencia de fenómenos diferentes a su voluntad que le impidieron alcanzar la meta deseada, tales fenómenos, pueden ser porque el sujeto pasivo elude la acción del agente, de un tercero que se atravieza entre ellos dos o el de un acaecimiento de la naturaleza que interrumpe la conducta iniciada, tal por ejemplo el caso de un terremoto, tambien pueden suceder que se interrumpa el resultado dañoso por desvanecimiento de un sujeto activo y por tanto no puede continuar la acción comenzada, así como cuando para perpetrar un hurto en una residencia el sujeto para dormir a los habitantes de ésta utiliza éter en tal cantidad que el mismo cae ya en el interior de la casa bajo un tremendo letargo.

Residenciando lo anterior el evento de si un autor intelec

tual o determinante puede ser susceptible de aplicarsele esta figura afirmamos que como todos los partícipes llámense autores, coautores o cómplices les es aplicable en todos aquellos delitos de resultado que son los que admiten la tentativa no podríamos decir lo mismo en relación con los ilícitos de mera conducta como la calumnia, la injuria,

El inmolato magistrado REYES ECHANDIA, explica así este tópico pero teniendo en referencia la derogada codificación de 1.936 el autor material no realizó el delito previsto por una de las siguientes razones: 1.- Por voluntad propia en cuyo caso estaremos frente a una tentativa desistida si había dado comienzo a su ejecución cuando decidió suspender la conducta iniciada respecto del instigador reponer^s de tentativa acabada, porque la voluntaria suspensión de la conducta típica realizada por el autor material es para el una circunstancia ajena a su voluntad que impidió la consumación de un hecho criminoso " (subrayado es mío)

Pues bien, a la luz del estatuto Punitivo vigente tanto el autor material como el intelectual tendría diferente tratamiento para el autor material sería atípica la conducta pues

no alcanzó a vulnerar el bien jurídico tutelado, en cambio el autor intelectual le sería aplicable la instigación específica o instigación a delinquir demarcada en nuestro código como delito autónomo de mera conducta.

Sigue dando ejemplo el Dr., REYES 2.- Por decisión voluntaria del instigador y, entonces predicándose esa determinación también del autor material, respecto de ambos se dará la tentativa desistida.

Siguiendo las directrices impuestas en la codificación actual podemos afirmar que en dicho evento desistimiento del instigador y autor material sus conductas no se encuadrarían en ningún tipo penal, ya que como vimos faltaría un requisito esencial para la subsistencia de la tentativa como es que amén de iniciarse la fase ejecutiva, con elementos idóneos para lograr el resultado criminoso, este no selleva a cabo por circunstancias ajenas a las voluntariedad del o los agentes y en el caso examinado no se realiza la conducta dañosa por su propia iniciativa y como ya fue estudiado en páginas precedentes en el derecho Italiano como en el nuestro la sola ideativa de un plan criminoso no reviste, no tiene ninguna relevancia jurídica, o sea dichos actores escapan de

la órbita de nuestro Estatuto Penal.

Y por último dice el maestro REYES: 3.- Por circunstancias independientes de su voluntad, hipótesis que plantea una tentativa acabada o inacabada para el autor material y acabada para el intelectual porque respecto de los dos el delito dejó de consumarse por factores ajenos a su voluntad, aunque el instigador hizo todo lo necesario para lograr su propósito⁵²

Lo anterior no tiene ninguna dificultad de acuerdo con las preceptivas en vigencia, habida cuenta que para la causa moral como para el verdadero autor el resultado deseado no se cumplió, no es logrado debido a circunstancias ajenas a sus voluntades, quiere ello significar que para los dos existe delito en el grado de tentativa.

(52) REYES ECHANDIA, Alfonso., ob citi pag 232.



9 GRADOS DE CULPABILIDAD DEL DETERMINADOR

Es de pleno conocimiento que nuestro Estatuto Penal Fundamental en su artículo 35 prescribe las formas de culpabilidad y ellas son: a título de dolo, a título de culpa, y a título de preterintención, de consiguiente si al agente no les imputable una conducta típica, antijurídica en cualesquiera de esas formas de culpabilidad no podrá ser condenado, en consideración a que en nuestro país quedó proscrita toda forma de responsabilidad objetiva.

Seguidamente veremos lo atinente a la responsabilidad penal de un determinador, instigador, autor intelectual o causa moral de un hecho punible a título de dolo y/o fr preterintención ya que ciertamente un determinador no le es acarreeable un reato perpetrado con culpa, por cuanto es bien sabido que en ésta se da un resultado no querido, la imprevisión de lo imprevisible que confía imprudentemente en poder evitarlo y que manera puede un instigador mediante mandato, orden, consejo, coacción hacer unacer una idea criminosa con culpa? ello no es dable bajo ningún punto de vista.

9.1 A TITULO DE DOLO

Como ya se anotó es una forma de culpabilidad entre quienes aseguran que es la verdadera culpabilidad, esta ANTOLISEI, ya que en el quebranto de precepto jurídico, necesariamente debe analizarse esta primera forma de culpabilidad que representa el extremo de la desobediencia, la plenitud de la rebeldía y si quien produjo el resultado no tuvo la intención no puede entonces hacersele el juicio de reproche.

Dolo es según las voces del artículo 36 del Código Penal cuando el agente conoce el hecho punible y quiere su realización lo mismo cuando la acepta previendola al menos como posible.

EL profesor LUIS CARLOS PEREZ, cita al inolado REYES ECHANDIA, así preceptua: " Para que un determinado hecho pueda tener o ser tenido como doloso, es indispensable que el agente haya tenido conocimiento previo de él, en forma tal que cuando la acción o la omisión se verifican, el resultado se ha producido ya en su mente, nada importa que ese conocimiento anticipado tenga lugar antes de materializarse en acto positivo o negativo, o preceda inmediata y fugazmente a la conducta misma⁵³.



Así tenemos por vía de ejemplo el agente que se le atribuye un hurto debe saber que la cosa mueble de que se apodera es ajena y ha de estar guiado por el propósito o la intención de aprovechamiento y entender que su conducta quebranta el derecho del dueño, es decir, la antijuridicidad.

Así las cosas tenemos que son tres los elementos del dolo:

1.- El conocimiento del hecho punible, 2.- La voluntad de realizarlo y 3.- La intención, que consiste en que la voluntad esté dirigida al evento querido. A la vez en la segunda parte del artículo 36 se halla impreso el dolo eventual que consiste, en la aceptación del hecho previsto como punible.

Ahora bien, en tratándose de un agente determinador vemos sobradamente que este y más que nadie quiere el hecho, desea ese resultado dañoso pero válido de los diversos mecanismos hace que otro u otros lo lleven a efecto, realicen por él la conducta descrita en el verbo rector de un tipo penal de falsedad, o bien de matar en el homicidio ect.,

No hay duda alguna sobre tópicos en cuanto el determinador o autor intelectual siempre estará movido por la intencionali

dad del resultado querido y buscado. A manera de ejemplo: tendríamos el caso de quien desea la muerte de su padre, para de esta manera poder heredar toda su fortuna en forma inmediata, que hace, busca a unos sicarios y bajo precio los determina a matar o lo que es lo mismo a suprimir la vida de su progenitor. No es necesario según la abundante jurisprudencia de la Honorable Corte como también la doctrina que se haya dado efectivamente el precio o la paga, en forma concreta debe darse la propuesta económica, no basta la simple vaguedad y si se cumple el mandato criminal bajo esa promesa de dinero estaremos asistiendo a un homicidio bajo precio.

En el ejemplo anterior tendríamos que el autor intelectual lo sería por homicidio agravado por el vínculo de consanguinidad, los sicarios estarían procesados por homicidio agravado por la circunstancia de haber actuado por precio y se le comunicaría la otra agravación si tenían conocimiento del vínculo entre mandante -víctima.

Decimos que solamente se es imputable la agravación por precio al sicario, basándonos en lo expresado por el Dr., JOSE IRUETA GOYENA, " Finalmente, solo queda la consumación que apareja la misma responsabilidad para los actores. He dicho igual responsabilidad, pero esto no es rigurosamente exacto igual irresponsabilidad en cuanto al homicidio, pero no igual



responsabilidad en cuanto al asesinato. En efecto, el que debe ser castigado como autor de asesinato. En efecto, el que debe ser castigado como autor de asesinato con todo el rigor que prevee el inciso del artículo que estudiamos, es el sicario, no el mandante. Así resulta de los términos mismos en que está concebida la ley, que no pueden ser más explícitos. " Se aplicará la pena etc., ... si el delito fuere cometido: 2.- por precio o promesa remuneratoria. Ahora bien, el que comete el delito por precio o promesa remuneratoria"; Ahora bien, el que lo comete es el mandatario no el mandante, este se limita a suministrar el dinero o formula la promesa de darlo para que el delito se ejecute.---
(...) Las circunstancias agravantes que se extienden a todos los partícipes son las circunstancias llamadas reales, pero no las personales, es decir las que tengan su origen en una causal personal, pues esas solo agravan la situación de aquellos en quienes concurren y no la de los demás. El móvil del lucro se manifiesta en el mandatario, no en el mandante 55

De acuerdo al transcrito, en mi criterio, también le es aplicable a nuestro medio jurídico, dada la redacción que tienen

(55) IRUETA GOYENA, José., Obras completas el delito de Homicidio, biblioteca jurídica uruguaya, edición corregida,

gran similitud con la Uruguay y con consideración a que las circunstancias personales son a título personal y no se comunican.

También y ya desde otro ángulo se ha debatido en nuestro país si existía alguna contradicción cuando se de una veredicción de un jurado popular condenando al Autor Intelectual o Determinador y absolviendo de los cargos al llamado a juicio como autor material.

Es legal y también ha ahondado la jurisprudencia que cuando se tratare de una coparticipación en que uno es el autor material de un homicidio y el otro es cómplice, esa contradicción señalada arriba, es aparente, por cuanto la responsabilidad penal es unipersonal, singular, intransmisible o incommunicable, dado que cada quien responde de lo que hace y no de los que otros ejecutan.

Ello, no tiene ninguna dificultad, a mi modo de ver, porque la complicidad es una circunstancia accesoría y no principañ para que se ejecute el delito, para que se configure el ilícito, ya que es sabido que autor es el que desarrolla en verdad el verbo rector incito en el tipo penal.

El caso es verdaderamente complejo, en mi pensar, si se enrumba la encuesta criminal con el solo determinador sin haber precisado al determinado, de qué manera podría llamarsele a juicio?

Para profesir vocatorio a juicio sabemos que debe estar plenamente probado el nexo causal que hace parte del cuerpo del delito, en el cual debe según el haz probatorio quedar totalmente claro la forma en que actuó para determinar al autor material si fue por mandato o por consejo, ya que no lo es mismo la situación del sicario, ni la del socio, admeás que incentivos desplegó el determinador, cómo y cuándo se produjo la determinación, en que circunstancias el determinado aceptó el encargo, en fin nada menos que el exámen de las dos conductas: Autor intelectual- determinado.

Yo diría, modestamente, que en el evento de que se dé la condenación al autor intelectual y se absuelva al verdadero autor estaríamos compelidos a aceptar que existe una contradicción porque se ha roto de un tajo el nexo de causalidad, ya que quien verdaderamente realiza la conducta descrita, en el verbo rector es el autor material, luego entonces éste debe ser persona concreta, debe estar plenamente probado su existencia, así como su responsabilidad.

Ninguna objección se plantearía si fuese el caso contrario, es decir, se declara responsable de un delito al autor ma



terial y se absuelve al autor intelectual, pues en múltiples ocasiones hemos dicho que la conducta descrita en el verbo rector solo la lleva a cabo el material, tanto los llamados autores intelectuales como los cómplices o auxiliadores son partícipes del delito y por ende no son autores en sentido estricto.

9.2 A TITULO DE PRETERINTENCION

Es otra de las formas en que se da la culpabilidad, el artículo 38 de nuestro Estatuto Represor establece: Preterintención la conducta preterintencional cuando su resultado, siendo previsible, excede la intención del agente.

Además el mismo estatuto preceptúa que la conducta preterintencional sólo es punible en los casos expresamente señalados en la misma ley.

Así tenemos que expresamente el catálogo punitivo señala solo uno : El homicidio (art 325), pero tambien podemos decir que los artículos 338 y 348 no escapan a esta tercera forma de culpabilidad, el primero dice: lesiones seguidas de parto prematuro, o aborto. Si a causa de la lesión inferida a una mu-

jer, sobreviniere parto prematura que tenga consecuencias nocivas para la salud de la agredida o de la criatura o sobreviniere el aborto, las penas imponibles segun los artículos precedentes, se aumentarán"... y la otra norma reza" ABANDONO seguido de lesion o muerte, si del hecho descrito en los artículos anteriores (se refiere a los condensados en el capitulo cuarto bajo el epigrafe del abandono de menores y de personas desvalidad) SE SIGUIERE para el abandonado alguna lesión personal, la pena respectiva se aumentará hasta..."

En las anteriores normas es de fuerza admitir que son casos muy sui generis de preterintención por cuanto no es admisible que ellas tienen sus asentaderas en la noción de delitos calificados por el resultado, puesto como ya han dicho prestantes autores esto último constituiría una responsabilidad objetiva, que como ya se plasmó en nuestro país está totalmente abolida.

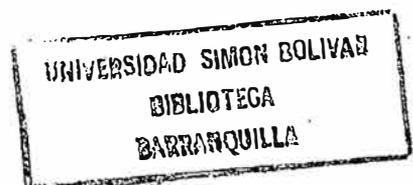
El maestro LUIS JIMENEZ DE ASUA, estudia los siguientes requisitos para que se de la preteerintneción;

1.- Un daño inicial menor emprendido con dolo, y toma la palabra daño de la ley argentina (art 38 del estatuto colombiano habla de resultado expresión más amplia que la

otra) cuando se comete culposamente el hecho menos grave, no puede darse la preterintención respecto del mayor =, pos-
trero pues se desnaturaliza, el punto de partida, que es en
efecto, la voluntad, en cuanto tiende interiormente a un
fin. Si se presentan efectos ulteriores de una actividad
culposa deben considerarse estos dentro del clásico nombre
de "delitos calificados por el resultado".

2.- Una consecuencia más grave no querida ni aceptada por
el agente si quiso el hecho, la culpabilidad es directamen-
te dolosa, si se limitó a aceptarlo, se le atribuye como
dolo eventual.

3.- El hecho más grave (ulterior o final) tiene que ser
previsible, si efectivamente fue previsto debe ser rechaza-
do con la esperanza de que no ocurrirá. Pero si no era previ-
sible ni tampoco previsto en la segunda hipótesis de cul-
pa consciente el desenlace es un auténtico caso. Y el do-
lo y el caso no pueden tener ningún ligamen, aunque etimo-
logicamente pueda decirse que hubo preterintención por cuan-
to el resultado fue más allá del querido por el agente. Así
ilustra el insigne tratadista la falta de enlace entre el do-



lo inicial y el resultado fortuito, un hombre regularmente estructurado da a otro, de iguales condiciones físicas, una simple bofetada y lo derriba, pero este al caer se rompe el craneo contra el borde de la acera, falleciendo de la lesión otra da un puñetazo con poca fuerza, pero la víctima al re tirar rápidamente la cabeza se golpea en un poste y se frac tura la base del craneo, muriendo un pco después, Un tra bajador quiere alejar a un niño inoportuno y lo maltrata co n la chaqueta de su pijama, en cuyo bolsillo guardabam sin recordarlo un pequeño destrornillador, el niño sufre una herida a consecuencia de la cual muere y,

4.- Debe existir nexo causal entre la conducta dolosa y el resultado preterintencional. Si este nexo se rompe, como cuando el hecho más grave ocurre por la intervención de un tercero, no puede atribuirsele tal consecuencia mayor, ni aun en el extremo de haberlo previsto como probable obra
54
suya

Si antonio determina a José para que realice un delito de lesiones personales en el cuerpo de Juan dnadonTe las

(54) LUIS JIMENEZ DE ASUA, Tratado de Derecho Penal Buenos Aires, editorial lozada s.a. 1962 tomo Vi paginas148

las premisas que el caso requiere así: Yo quiero que le propines una puñalada en la pierna y bajo estos parámetros se cumple el designio criminal sobreviniéndole a causa de la lesión la muerte por desangramiento, por cuanto le hirió la arteria femoral; ambos tanto autor intelectual como de terminado son responsables de homicidio preterintencional porque a pesar de que su intención fue el delito menos grave (lesiones) es previsible, que en la pierna hay una de las arterias más importantes de la circulación sanguínea, y su ruptura es fatal por la pérdida de la sangre en forma rápida.

BIBLIOGRAFIA

ANTOLISEI, Francesco, Catedrático de Derecho Penal de la Universidad de Torino (Italia), MANUAL DE DERECHO PENAL Parte General, Traducción directa del Italiano por JUAN DEL ROSAL, Catedrático de Derecho Penal de la Universidad de Valladolid y ANGEL TORIO Doctor en Derecho y Profesor adjunto de Derecho Penal en la Universidad de Valladolid, Unión tipográfica Editorial Hispanoamericana UTEMA ARGENTINA, BUENOS AIRES, Septiembre 6 de 1.960.

ARENAS, Antonio Vicente, Comentarios al Nuevo Código Penal Decreto 100 de 1.980, tomo I, Parte General, Editorial Temis, Bogotá Colombia 1.984

ESTRADA VELEZ, Federico, Derecho Penal Parte General, Ediciones Librería del profesional, 1981.

FERNANDEZ CARRASQUILLA, Juan, Derecho Penal Fundamental, Temis, 1982

GIRALDO Marín Luis Carlos, Actas del Nuevo Código Penal Colombiano, Parte Genral, Volumen I.

GOMEZ MENDEZ, Alfonso, Delito contra la Vida y la Integridad Personal, Universidad Externado de Colombia, 1982.

IRURETA GOYENA, José, Profesor de Derecho Penal en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales en Montevideo, El delito de Homicidio conferencias orales, segunda edición corregida, Montevideo " Casa A. Barreiro y Ramos S.A., 1.928.-

JIMENEZ DE ASUA, Luis, Tratado de Derecho Penal, Buenos Aires Editorial Losada S.A.1962, tomo VI.

LOPEZ MORALES, Jairo, Código Penal Colombiano, Tomo I (Arts 101 al 228) Editorial Jurídica Colombiana Ltda,1985

PEREZ, Luis Carlos, Manual de Derecho Penal, Parte General y especial, sexta edición, editorial temis, bogotá 1977

PEREZ Luis Carlos, Derecho Penal , Parte Genral y Especial, tomo I, temis 1981.

PEREZ, Luis Carlos, Práctica jurídica Penal, estudios sobre casos concretos, cuarta edición, tomo II, temis Bogotá 1.981.

REYES ECHANDIA, Alfonso, Derecho Penal, Parte General, Nove na edición 1984, Universidad Externado de Colombia.

REYES ECHANDIA, Alfonso, La tipicidad, quinta edición, 1981 Universidad Externado de Colombia.



UNIVERSIDAD SIMON BOLIVAR
BIBLIOTECA
BARRANQUILLA

UNIVERSIDAD SIMON BOLIVAR
BIBLIOTECA
BARRANQUILLA

UNIVERSIDAD SIMON BOLIVAR
BIBLIOTECA
BARRANQUILLA