

X APUNTES

PARA EL ESTUDIO

DE CODIGO PENAL

POR
X FRANCISCO PÉREZ BORJA

(Continuación)

CAPITULO II

De las personas responsables de las infracciones

Art. 11. Son responsables de las infracciones, los autores, los cómplices y los encubridores.

Participación de varias personas en la comisión de un crimen o delito. — Delincuentes principales y accesorios.

En el Capítulo I hemos estudiado las infracciones de la ley penal de un modo general, las condiciones que se necesitan para que haya infracción. En el Capítulo II vamos a considerar las personas responsables de esas infracciones; esto es, la segunda parte de la parte sintética.

Ordinariamente las infracciones de la ley penal se causan por un solo hombre, quien es el que piensa, resuelve, ejecuta y consuma, y en este caso él es el único responsable; pero sucede también que la violación del derecho no es obra de un solo individuo, sino que son varias las personas que toman parte en esa infracción.

La violación puede, pues, ser individual o colectiva.

“El delito, dice Ortolán, puede compararse a un drama al cual concurren varios actores. Lo mismo que en los dramas que se representan en el teatro, cada uno de los actores tiene su papel, pero no todos los papeles son de la misma importancia: hay unos principales y otros accesorios. Entre todos ellos se encuentran numerosas desigualdades, aunque todos ellos sirven para llegar al final del drama, no sería justo colocarlos en el mismo nivel.

“Lo mismo que en los dramas de la escena, el delito recorre faces diversas, y puede dividirse en varios actos que son: primer acto, resolución de cometer la infracción; segundo acto, preparación, y tercer acto, ejecución hasta la consumación. Puede haber quienes intervengan en todos tres actos, o en dos o en uno de ellos, pero todos son actores en el mismo delito, es menester apreciar el papel de cada uno de ellos.”

Todos los que colectivamente tienen participación en el mismo crimen o delito, o entre varios crímenes o delitos, conexos entre sí, reciben el nombre de codelincuentes, y la responsabilidad recae naturalmente en todos ellos, y en proporción a su concurrencia en la infracción realizada.

Ahora bien, de conformidad con el Capítulo II del Código Penal, estos codelincuentes pueden concurrir de tres maneras: directamente, de realización; esto es, tomando parte en lo que constituye propiamente la infracción; indirectamente, por actos anteriores o simultáneos, y, por último, indirectamente también, pero, por medio de actos posteriores a la ejecución del crimen o delito.

Los primeros, los que han tomado parte de una manera directa: delincuentes principales; los que han participado de una manera indirecta: delincuentes accesorios.

Los delincuentes principales se llaman autores; los accesorios, cómplices y encubridores.

En el artículo 12 determina la ley a quienes considera autores, y en los artículos 13 y 14 a quienes cómplices y a quienes encubridores, respectivamente.

Todos son responsables, pero los autores lo son

más que los cómplices y éstos más que los encubridores, fijándose en los artículos 16 y 18 la pena para estos últimos.

Art. 12 Se reputan autores, los que han perpetrado la infracción, sea de una manera inmediata o directa, sea aconsejando o instigando a otro para que la cometa, cuando ese consejo ha determinado la perpetración del crimen o delito; los que han impedido o procurado impedir que se evite su ejecución; los que han decidido la perpetración del hecho punible y efectuándolo valiéndose de otras personas, mediante precio, dádiva, promesa, orden o cualquier otro medio fraudulento y directo; los que han coadyuvado a la ejecución de un modo principal, practicando deliberada y maliciosamente algún acto sin el que no habría podido perpetrarse la infracción; y los que, por violencia física, abuso de autoridad, amenaza u otro medio coercitivo, obligan a otro a cometer el hecho punible, aunque no pueda calificarse como irresistible la fuerza empleada con dicho fin.

ÁREA HISTÓRICA
DEL CENTRO DE INFORMACIÓN INTEGRAL

La ley distingue tres clases de delincuentes principales: 1º *Ejecutores* o autores propiamente dichos; 2º *Motores* en los cuales están comprendidos el consejo y el mandato.— Diferencia entre consejo y mandato, y 3º *Correos*.

En el art. 12, la ley no dice: "Son autores" como en el art. 13 dice "Son cómplices" y en el art. 14 "Son encubridores" sino que emplea la expresión: "Se reputan autores" los que en seguida enumera; es decir, que la ley juzga que los individuos que toman parte en una infracción, de un modo cualquiera de los determinados en el art. 12 son autores, esto es, delincuentes principales, aun cuando no sean autores propiamente dichos, en el sentido que ordinariamente se da a estos delincuentes: ejecutores materiales de la infracción.

Pero el Código para no entrar en distinciones, propias para las obras científicas, pero no para las leyes, ha reunido en una sola denominación a las varias clases de delincuentes principales, llamándoles a todos autores.

En el artículo que estudiamos están comprendidos seis clases de delincuentes principales:

1º Los que han perpetrado la infracción de una manera inmediata o directa;

2º Los que han aconsejado o instigado a otro para que la cometa, cuando ese consejo ha determinado la perpetración del crimen o delito;

3º Los que han impedido o procurado impedir que se evite su ejecución;

4º Los que han decidido la perpetración del hecho punible y efectuándolo valiéndose de otras personas, mediante precio, dádiva, promesa, orden o cualquier otro medio fraudulento o directo;

5º Los que han coadyuvado a la ejecución de un modo principal, practicando deliberada y maliciosamente algún acto sin el que no habría podido perpetrarse la infracción; y

6º Los que por violencia física, abuso de autoridad, amenaza u otro medio coercitivo, obligan a otro a cometer el hecho punible, aunque no pueda calificarse como irresistible la fuerza empleada con dicho fin.

Estas seis clases de delincuentes principales, pueden reducirse a tres: 1º autores propiamente dichos o ejecutores; 2º motores como los llaman algunos criminalistas, o autores intelectuales como los denominan otros; y 3º los correos.

Autores los comprendidos en el Nº 1º; motores los de los Nos. 2º, 4º y 6º; correos los de los Nos. 3º y 5º.

Estudiemos separadamente cada una de estas clases, y para hacerlo con orden no sigamos el del Código, sino en primer lugar los autores, en seguida los motores, y, por último, los correos.

AUTORES.—Son autores propiamente dichos o ejecutores, los que "han perpetrado la infracción de una manera inmediata o directa", aquellos que han concurrido a la ejecución, en los actos constitutivos de la in-

fracción de que se trata: son la causa eficiente del delito.

Si se prepara un asesinato, y concurren a él varios individuos, y unos sujetan a la víctima, otros le arrojan al suelo, y otro por fin, le da una puñalada, todos han tomado parte en el asesinato de un modo inmediato y directo; son autores propiamente dichos: son responsables de la misma manera por el crimen cometido.

Pero es necesario hacer una observación general para todos los casos de codelincuencia, y es que para que exista, es necesario la voluntad de concurrir al crimen o delito, y de la manera que se determine en la ley.

No puede darse codelincuencia si no existe acuerdo de voluntades entre todos aquellos que han participado en el delito: La codelincuencia implica la participación de varias personas en las resoluciones y en los hechos constitutivos en un mismo delito o en aquellas únicamente, lo que supone que dos o más individuos quieren un mismo hecho, y hacen algo para que tengan vida en la esfera de la realidad.

Si dos personas han tomado parte en la realización de una infracción, puede suceder que una de ellas sea responsable y la otra no, como si fuere uno de ellos un menor de diez años, o un loco, o en virtud de haber obrado al influjo de una fuerza; ambos serán autores físicos, pero el responsable será solamente uno de ellos.

Es necesario también que la participación sea en la forma que determina la ley, en los artículos 12, 13 y 14.

Además, es indispensable que la participación se refiera a un acto calificado de crimen o delito por la ley. Aquel que ayuda a otro a suicidarse, no puede considerarse como codelincuente en el suicidio, porque el suicidio no es infracción según la ley; y el que facilita o proporciona los medios para el suicidio, no es coautor o cómplice del suicidio, sino que es responsable de una infracción especial, de un delito *sui generis*.

MOTORES.—Los motores son los que excitan o impulsan a los ejecutores, moviendo el ánimo de éstos, para la realización del delito.

Los motores, según el artículo 12, son de tres clases: el consejo, el mandato y la coacción.

El consejo lo encontramos en el N.º 2.º de la enumeración que hemos hecho.

El consejo no es sino la instigación de una persona a otra para que cometa el delito.

En el consejo, el aconsejador no tiene ningún interés en la comisión de la infracción, todo el interés lo tiene el aconsejado, el que ejecuta la infracción.

Pero si el aconsejador no tiene interés en el delito, ¿debemos considerarle como delincuente principal, y responsable de la misma manera que aquel que lo llevó a ejecución? Si un hombre dice a otro: te aconsejo que mates, debes matar, ¿podremos decir que ha tomado parte en el homicidio por otro cometido? Indudablemente que no, ya que una palabra pronunciada aisladamente, no puede ser considerada como la generadora de un delito.

Pero no es a esta clase de consejo al cual se refiere la ley, porque ésta dice: "cuando ese consejo ha determinado la perpetración de ese crimen o delito"; es decir, que el aconsejador será castigado cuando del consejo, y sólo por el consejo, ha resultado la comisión del crimen o delito, siguiendo la distinción que hacen los criminalistas entre consejo simple y eficaz.

Mas, cómo sabremos que un consejo ha sido de tal modo eficaz, que sólo por él se ha llegado a la realización del crimen o delito? Esta es una cuestión de hecho que ni la ciencia, ni los códigos pueden establecer reglas y determinarlas a priori.

En caso de que una infracción se haya llevado a cabo por el consejo dado por una persona al ejecutor material, tenemos dos autores: el aconsejador y el ejecutor, y la responsabilidad es la misma, sin embargo de que en el primero vemos únicamente el autor de una idea, que no hubiera pasado a la realidad si el consejo no hubiera sido admitido, y si el ejecutor no se hubiera encontrado dispuesto a aceptar la idea. En el uno encontramos la voluntad, en el otro la voluntad y la acción.

Entre los motores tenemos también el mandato, el

cual no es sino el encargo que una persona hace a otra de ejecutar un hecho punible, encargo que puede ser por precio, dádiva, promesa, etc.

En el mandato, el mandante es el que tiene interés en la comisión del crimen o delito, el mandatario no lo tiene, y si acepta el encargo es únicamente en virtud del precio o recompensa dados o prometidos por el mandante, siendo esta la diferencia entre consejo y mandato.

En el primero, el que tiene interés es el aconsejado, el ejecutor material; en el mandato, el mandatario no tiene interés en el delito mismo, sino en el precio o recompensa.

La responsabilidad de aquel que acepta el mandato, es la misma que la del mandante, pues tan criminal es quien busca una persona para que realice un crimen, como el que se presta a llevarlo a cabo por premio o la esperanza de alcanzarlo. Por esto algunas legislaciones ven en el mandatario un asociado del mandante, porque efectivamente existe un pacto entre el que ofrece y el que admite.

Pero cuando el mandato es en virtud de una orden, mandato impuesto con abuso de autoridad, puede haber casos en que toda la responsabilidad recae sobre el mandante, y el mandatario esté exento de ella, como lo veremos al estudiar las causas que eximen de responsabilidad.

Al hablar del mandato la ley dice que éste puede ser por precio, dádiva, promesa "o cualquier otro medio fraudulento y directo", comprendiéndose todos aquellos casos en los cuales una persona se vale de otra para cometer un delito, y que no lo estén en el pacto ni en la orden, por ejemplo, el engaño.

La violencia física, el abuso de autoridad, las amenazas o cualquier otro medio coercitivo, son casos que también enumera la ley, y que se refiere a la ejecución de una infracción por medio de otra persona, y especies del mandato.

La violencia, las amenazas no son sino el mandato impuesto con la perspectiva de un mal; mandato califica-

do lo mismo que la orden, y queda comprendido en el N^o 4^o.

Por lo demás, el que emplea violencias o amenazas para obligar a otra persona a la realización de un hecho criminal es autor de ese hecho, aunque el obligado puede resistir a la violencia, porque lo que tiene en cuenta la ley es que el provocador fue la causa primera del delito.

En cuanto al violentado será o no responsable, según que a la fuerza empleada haya o no podido resistir, pues si no pudo resistir su hecho será justificado en virtud del art. 21.

En cuanto al abuso de autoridad, está incluido asimismo en el N^o 4^o y no es otra cosa que la orden; mandato, como lo hemos dicho, impuesto con abuso de autoridad.

La orden implica superioridad, autoridad, facultad de mandar, por una parte, y deber de prestar obediencia, inferioridad en otra. Si esta autoridad no existe, la orden no puede ser causa del delito, y no sería sino un simple mandato o un consejo, y sólo tendrá responsabilidad el que ha ejecutado el hecho.

Lo que es preciso no perder de vista en todas estas clases de delincuentes principales, que hemos denominado motores, es que para que puedan ser considerados como autores, es indispensable que ellos hayan sido la causa primera del delito, que su excitación haya sido directa y eficaz, de tal modo que sin el consejo o mandato, en cualquiera de sus formas, no hubiera podido tener lugar la infracción, y por cuanto la provocación debe ser para cometer un crimen o delito determinado.

En el mandato se presentan algunas dificultades relativas al efecto que produce la revocación del mandato, el desistimiento del mandatario, y la extinción de la responsabilidad del mandante cuando el mandatario se ha excedido en los límites del mandato.

Si el mandante revoca el mandato, y cambia de voluntad, ¿será responsable del hecho del mandatario? Si la revocación fue expresa y conocida del mandatario, la responsabilidad del mandante no tiene lugar, porque

el mandatario obra entonces por su propia cuenta, ningún lazo existe entre ellos y la responsabilidad es únicamente del mandatario.

Mas, si el mandatario no conocía el cambio de voluntad, el desistimiento del mandante, éste es responsable, porque es la única causa del crimen, y la causa produjo su efecto,

Para que el arrepentimiento del mandante le sea provechoso, es necesario que emplee para evitar el delito, que encargó ejecutarlo, todas sus fuerzas, así como las empleó para inducir al ejecutor a llevarlo a cabo.

Más dificultad presenta la cuestión de si el desistimiento voluntario del ejecutor del hecho, aprovecha al mandante, cuando los actos ejecutados constituyen una tentativa.

Para el ejecutor material no es punible esa tentativa, porque la no completa ejecución de los actos provino de una circunstancia dependiente de su voluntad, pero, ¿lo será para el mandante?

Los comentadores de los Códigos francés y belga no están de acuerdo sobre este punto, decidiéndose unos por la afirmativa y otros por la negativa.

Los que creen que es responsable el mandante, a pesar del desistimiento voluntario del mandatario, dicen que el autor material no se hace acreedor a ninguna pena en virtud de una circunstancia personal, y que de esta circunstancia, la cual es extraña para el mandante, no puede aprovechar éste. Con respecto a este último es una circunstancia independiente de su voluntad la que ha impedido la completa ejecución del delito, y que, así como cuando el autor material queda exento de pena en virtud de una circunstancia que le exime de responsabilidad, no por eso el mandante deja de ser responsable, así también en el caso de desistimiento del ejecutor, no dejará de serlo.

Los que aceptan la irresponsabilidad del mandante se fundan en que si el mandatario ha resistido voluntariamente en la ejecución del mandato no hay crimen ni delito, y el mandante no puede ser castigado por una infracción que no existe. No hay ninguna diferencia

entre el caso en que el mandatario no haya efectuado ningún acto, o haya verificado actos que no son punibles por su voluntario desistimiento.

Conforme con las disposiciones de nuestro Código Penal, creo que debe resolverse en el sentido de que el mandante no es responsable, porque en el inciso 2º del art. 6º se dice que no será castigada la tentativa de un crimen o delito, "cuya ejecución, aunque ya empezada, se haya suspendido por desistimiento voluntario del autor", y la palabra autor se refiere al ejecutor material, al autor de los hechos de ejecución.

El mandatario puede excederse en los límites del mandato, ya en la elección de los medios, o cometiendo infracciones que no lo estaban ordenadas.

En estos casos enseñan generalmente los criminalistas que es necesario distinguir si el mandato es determinado o indeterminado.

Si el mandato es determinado, el mandante no puede ser responsable sino del crimen o delito provocado y ordenado por él; pero si es indeterminado, es responsable lo mismo que el mandatario, ya en el caso de elección de los medios, ya llevando a efecto crímenes que no le estaban ordenados, siempre que en este último caso el crimen ordenado haya sido ejecutado o recibido un comienzo de ejecución, y el mandatario ha cometido otros crímenes que no estaban comprendidos en el mandato, como sería el caso de que un individuo a quien se le ha ordenado cometer un robo, mata a la víctima para asegurar la comisión del primer delito, y el mandante es responsable también del homicidio, porque si bien no ordenó esta infracción, fue la causa, la ocasión del crimen ejecutado.

Distinto sería el caso en que el mandatario cometiere un crimen que no tenga ninguna relación con el ordenado, como si habiéndosele mandado cometer un robo, verifica una falsedad, y el mandante no sería castigado como autor del hecho punible realmente llevado a efecto, porque él no lo había provocado, ni lo sería del robo porque no fue ni consumado ni tentado.

Pero cuando el mandatario se ciñe a los límites del

mandato, el provocador es responsable de las consecuencias directas y naturales de la acción, y que podían ser previstas por uno y otro.

Si ha mandado herir a una persona, y muere a consecuencia de las heridas, sin que la muerte haya sido querida por el mandante ni por el mandatario, uno y otro serán responsables de homicidio voluntario sin intención de dar la muerte.

CORREOS.—Los correos son otra clase de delincuentes principales; aquellos que cooperan a la ejecución del hecho criminal con uno o varios actos sin los cuales no habría podido verificarse.

Los correos no concurren a los actos de consumación del hecho punible, pero verifican hechos necesarios para que se lleve a efecto el crimen o delito.

Estos, según el Código son: 1º “Los que han impedido o procurado impedir que se evite su ejecución”, y 2º “Los que han coadyuvado a la ejecución de un modo principal, practicando deliberada y maliciosamente algún acto sin el que no habría podido perpetrarse la infracción”.

De conformidad con el caso primero, sería autor aquel que, previo acuerdo con el ejecutor material, pusiere obstáculos para evitar que el crimen o delito se efectúe. Un individuo, que de acuerdo con otro, detuviere al dueño de una casa en la cual el segundo estuviere cometiendo un robo, sería también autor del robo.

Pero la ley considera autor no solamente al que ha impedido que se evite su ejecución, sino que lo tiene como tal a aquel que ha hecho lo posible para impedir que se evite la realización del hecho criminal. La mera ejecución de actos que tiendan a obstaculizar el que pueda precaverse la ejecución de un delito, es caso de codevincuencia principal, aun cuando con aquellos actos no se hubiere impedido que se evite la ejecución.

La mera posibilidad es suficiente para constituir en autor al que verifica actos de esa especie, lo cual no me parece aceptable, pues para que un individuo pueda ser tenido como autor de un hecho punible, es necesario que verifique actos sin los cuales el delito no hubiera podido

tener lugar; es indispensable un acto de participación principal y no únicamente secundaria, y el propósito de impedir que se evite la ejecución me parece un acto de participación secundaria.

El segundo caso de participación por ayuda o asistencia, los que han coadyuvado a la ejecución practicando maliciosamente algún acto sin el cual no hubiera podido realizarse el delito, implica una ayuda tal, que, a falta de ella, no se hubiera cometido la infracción; y el saber cuando una asistencia ha sido tan eficaz como la enunciada, es una cuestión de hecho que no puede ser resuelta *a priori*; los jueces la resolverán en cada caso particular, decidiendo si ha sido principal o secundaria la participación, y si el indiciado es autor o cómplice.

Artº 13.—Son cómplices los que indirecta y secundariamente cooperan a la ejecución del hecho criminal, por medio de actos anteriores o simultáneos.

Concepto de la complicidad—Complicidad en la tentativa e infracción frustrada.

ÁREA HISTÓRICA
DEL CENTRO DE INFORMACIÓN INTEGRAL

Si en el art. 12 están determinados los codefincuentes principales, los que directamente y por actos necesarios toman parte en la realización de un hecho criminal, en el art. 13 se fija una de las clases de delincuentes accesorios, los que verifican actos secundarios, no indispensables para el hecho criminal, siendo indirecta su participación en el hecho, y esos actos anteriores o simultáneos, recibiendo estos codefincuentes el nombre de cómplices.

La complicidad, en sentido estricto, está constituida por la comisión de hechos accesorios para la realización del delito; es decir, que así como los coautores son la causa eficiente del delito, la actividad del cómplice está en efectuar hechos accesorios para el mismo delito.

En el cómplice hay dos condiciones: una positiva y otra negativa. La positiva consiste en haber sido el cómplice participante en la resolución del crimen o delito, y en haber verificado hechos accesorios. La condición negativa estriba en no haber ejecutado ninguno de los hechos esenciales para la comisión del delito.

El cómplice cuadyuva al crimen o delito, pero sus actos no son esenciales ni necesarios; de ahí las palabras que usa la ley "indirecta y secundariamente" en contraposición a "inmediata y directa" que emplea al hablar de los autores.

Los actos del cómplice no son necesarios, pues el delito hubiera podido realizarse sin su cooperación; pero el auxilio que prestaron a los ejecutores provino de un acuerdo previo anterior al hecho, acuerdo indispensable, ya que sin concurso de voluntades no puede haber code-lincuencia.

Los actos del cómplice deben ser anteriores o simultáneos al hecho criminal, por lo que la complicidad puede ser antecedente o concomitante.

Pero el que realiza actos anteriores a la ejecución del hecho criminal, debe hacerlo con conocimiento y voluntad de que con esos hechos auxilia al crimen o delito cometido por el autor, porque de lo contrario no habría complicidad. Si un individuo proporciona a otro veneno, sin saber y sin intención de que la sustancia es para causar un envenenamiento, no puede considerarse cómplice de este crimen. En algunos casos será responsable esa persona de un hecho especial, pero no auxiliador del delito realizado por el autor: un cerrajero que confecciona llaves falsas, sin querer que con ellas se sirva el ladrón para el robo, no puede ser cómplice del robo, sino autor del delito determinado en el art. 455.

Cuando los actos son concomitantes con el hecho criminal, es difícil distinguir si el que verifica esos hechos es autor o cómplice, y esta distinción no puede hacerse sino analizando la naturaleza del acto, si es esencial para la realización del hecho o secundario, lo que implica también una nueva resolución que no puede darse *a priori*, como hemos dicho al hablar de los correos; pero

se ha dado la regla que si se declara que quien participó en el acto con el autor principal, ayudó y acompañó a este último en los hechos que prepararon, facilitaron o consumaron el delito, no se puede ver en el participante sino un cómplice; si, al contrario, se declara que ayudó y acompañó al autor principal en los hechos que prepararon, facilitaron y consumaron la acción, se le deberá considerar como coautor. De modo que la conjunción y y la disyuntiva o tienen grande importancia para determinar la responsabilidad por la participación.

En el primer caso, como no se sabe con certidumbre si la participación ha sido en los actos que prepararon, facilitaron o consumaron el delito, y como la calidad de cómplice es más favorable al reo, hay que resolver la duda en este sentido. Al contrario, en el segundo caso, no es posible la duda, porque hay la certidumbre de que el individuo concurrió en los actos de consumación, y debe ser considerado como delincuente principal.

Tratándose de la complicidad se presenta la siguiente cuestión: ¿puede darse complicidad en la tentativa y en la infracción frustrada?

No es dudosa la resolución en sentido afirmativo. La tentativa es una infracción de la ley penal, y la ley la castiga como tal. Si a los hechos constitutivos de la tentativa, concurre alguno por medio de actos anteriores o simultáneos, indirecta y secundariamente, concurre a la realización de una infracción penal de la manera determinada en el art. 13, y asume la responsabilidad consiguiente. Pedro quería robar en una casa; para introducirse por la ventana hace uso de una escala que le proporcionó Juan con pleno conocimiento y voluntad de que el robo se efectúe. Si Pedro comienza la ejecución, penetra en la habitación valiéndose de la escala que le fue suministrada por Juan, y es sorprendido en ese momento, Pedro es responsable como autor de tentativa de robo, y Juan lo será como cómplice en esa tentativa.

Lo que decíamos en el art. 12 al hablar del mandante y del mandatario, cuando éste desiste voluntariamente de la ejecución del crimen o delito ordenado por

aquél, se aplica también al cómplice, el cual no será responsable si el autor desiste y no continúa en la ejecución del crimen o delito por una causa dependiente de su voluntad, ya que no castigándose esa tentativa, no habría que pena imponerse al cómplice.

Puede darse casos en que el cómplice sea responsable sin serlo el autor, si en éste se encontrara una causa justificativa, que no existiera para el cómplice. El marido que sorprende a su mujer en flagrante adulterio, no sería responsable del homicidio que efectuare en la persona de su esposa, pero sí lo sería la persona que ayudara al marido en ese homicidio.

Hay infracciones en las cuales no puede darse complicidad, como en los delitos involuntarios, ya que la participación criminal implica acuerdo de voluntades, y en los hechos a que nos referimos, este concierto no es concebible, pues la intención criminal no existe ni en los autores del delito.

Art. 14. Son encubridores los que conociendo la conducta criminal de los malhechores, les suministran, habitualmente, alojamiento, escondite o lugar de reunión; o les proporcionan los medios para que se aprovechen de los efectos del crimen o del delito cometido; o les favorecen ocultando los instrumentos y pruebas materiales de la infracción, o inutilizando el cuerpo del delito para evitar su castigo; y, los que, estando obligados, por razón de su profesión, empleo, arte u oficio, a practicar el examen del cuerpo del delito, o el esclarecimiento del hecho punible ocultan o alteran la verdad, con propósito de favorecer al delincuente.

La ley distingue dos clases de encubridores: 1º Los receptadores habituales, y 2º Los encubridores propiamente dichos.—El encubrimiento no es propiamente hablando un caso de code-lincuencia sino un delito especial.—Condiciones que se requieren para que haya receptación.—Diversas clases de encubridores propiamente dichos.

La ley considera como caso de code-lincuencia el encubrimiento, y divide en cuatro grupos a los encubridores:

1º Los que conociendo la conducta criminal de los malhechores, les suministran habitualmente, alojamiento, escondite o lugar de reunión;

2º Los que les proporcionan los medios para que se aprovechen de los efectos del crimen o del delito cometido;

3º Los que les favorecen ocultando los instrumentos y pruebas materiales de la infracción o inutilizando el cuerpo del delito para evitar su castigo, y

4º Los que estando obligados por razón de su profesión, empleo, arte u oficio a practicar el examen del cuerpo del delito, o el esclarecimiento del hecho punible, ocultan o alteran la verdad, con propósito de favorecer al delincuente.

Estos cuatro grupos podemos reducirlos a dos: 1º Los receptadores habituales, y 2º Los encubridores. Receptadores habituales los comprendidos en el Nº 1º de la enumeración anterior, y encubridores propiamente dichos los de los Nos. 2º, 3º, y 4º.

Estudiemos cada uno de estos casos.

Para que el acusado, como encubridor, en el primer caso, pueda ser declarado responsable, es menester que conozca la conducta criminal de los malhechores, y les suministre *habitualmente*, alojamiento, escondite o lugar de reunión.

El legislador al exigir que el acusado conozca la conducta criminal de los malhechores, reconoce el principio esencial en la codelincuencia; el elemento intencional, el elemento de la voluntad.

Si alguien diera, aunque sea habitualmente, alojamiento a los malhechores sin conocer su conducta criminal, no podría ser tenido como encubridor.

Pero no es suficiente para constituir encubrimiento el hecho de proporcionar alojamiento, escondite o lugar de reunión a los malhechores, con conocimiento de su conducta criminal, sino que es preciso que el hecho que nos ocupa sea habitual, por costumbre. Al faltar esta condición estaríamos en los arts. 119, 314 o 328 y no en el del art. 14.

Mas, ¿debe considerarse como de codelinquencia esta especie de encubrimiento?

Para que exista la codelinquencia, lo repetimos, es necesario, ante todo, acuerdo de voluntades entre los que participan en el delito; sólo así puede haber solidaridad en la responsabilidad penal. En una palabra, es indispensable que se participe de algún modo en el delito mismo.

Pero, qué participación tiene en un hecho criminal el que después de realizado éste, suministre a los criminales un lugar en donde escapen a la persecución de la justicia?

En el Código Penal anterior, en el art. 80, teníamos la siguiente disposición: "Los que, conociendo la conducta criminal, de los malhechores que cometen pillajes o violencias contra la seguridad del Estado, la paz pública, las personas o las propiedades, les suministran habitualmente alojamiento, escondite o lugar de reunión, serán castigados como cómplices", lo que era un caso especial de complicidad, y se refería únicamente a los crímenes y delitos mencionados en ese artículo, porque en cierto modo había una participación en esas infracciones, en aquellos que proporcionaban asilo a esa clase de delincuentes.

En el art. 14 del Código vigente se suprimió la determinación de los hechos punibles, y se lo considera como caso de encubrimiento, y de codelinquencia, lo que propiamente no es sino un delito especial, *sui generis*, un delito contra la seguridad pública, infracción que está sancionada por los arts. 314 y 328.

Cierto que un individuo para asegurar la ejecución de un delito, puede procurarse de antemano un lugar de asilo, y el que le oculta ser considerado como cómplice, pues si el acto del ocultamiento fue posterior, el elemento intencional fue anterior, y el ofrecimiento puede ser considerado como un acto de participación, aunque secundario en la comisión del delito.

De conformidad con el caso que estudiamos, no es necesario que el criminal a quien se le proporciona el asilo o escondite esté perseguido por la justicia, pues

de ser así se aplicaría al encubridor el art. 328, caso de ser crimen la infracción cometida, y así resulta mayor la anomalía, pues según el art. 18 los encubridores son castigados con la cuarta parte de la pena aplicable a los autores. Si se ha cometido un asesinato, el encubridor en el caso del art. 14 sería castigado con cuatro años de reclusión, y en el caso del art. 328 con dos años de prisión como máximo, cuando es indudable que hay más gravedad en el segundo caso que en el primero, si bien en éste tenemos la agravante de la costumbre, pero esta misma circunstancia le da el carácter de delito especial antes que un caso de codelincuencia.

El segundo caso de encubrimiento es el de aquellos que proporcionan los medios para que el delincuente se aproveche de los resultados del crimen o delito.

También este caso, como el del N^o 3^o de la enumeración hecha al principio, debe ser considerado como un delito especial o como un acto de complicidad, porque el delincuente, o ha ofrecido al autor su ayuda para que se aproveche de los efectos del hecho punible antes de la realización o después; si lo primero, tenemos una participación intelectual, un concurso de voluntad, si es que ese ofrecimiento ha influido indirecta y secundariamente en la ejecución del delito; pero si no ha habido concierto previo, debe ser considerado como delito especial.

Lo mismo podemos decir de aquel que oculta las pruebas materiales o inutiliza el cuerpo del delito. Si estos hechos proceden de un acuerdo anterior, y han influido en la realización del hecho criminal, debe ser considerado como cómplice el que verifique esos hechos; en el caso contrario, es un delito especial contra la seguridad pública, contra la administración de justicia.

El cuarto caso de encubrimiento, pienso que no puede tener lugar, porque el que oculta o altera la verdad es el juez o funcionario público encargado de esclarecer el hecho punible, o es un perito que debe practicar el examen del cuerpo del delito.

Si es el funcionario público que oculta o altera la verdad, su hecho sería una falsedad, y por lo mismo,

autor de la infracción prevista en el art. 184; y si se le considera como encubridor, y comprendido en el art. 14, habría concurso de varias infracciones, y se le impondría únicamente la pena por la falsedad.

Si es un perito el que oculta o altera la verdad, cometería una declaración falsa, y sería castigado, de acuerdo con el art. 209, como testigo falso, y con la pena designada en el art. 203.

Art. 15. Los autores de una infracción frustrada, sufrirán una pena igual a las dos terceras partes de la que se les habría impuesto, si el hecho punible se hubiera consumado.

Art. 16. Los cómplices en un crimen o delito, serán castigados con la mitad de la pena que se les hubiera impuesto, en caso de ser autores de la infracción cometida.

Art. 17. Los reos de tentativa, excepto los casos en que la Ley la califica como delito consumado, sufrirán una pena igual, a la tercera parte de la que se les habría impuesto, si el atentado hubiese llegado a ejecutarse.

Art. 18. Los encubridores serán castigados con la cuarta parte de la pena aplicable a los autores de la infracción, excepto, cuando cometan el encubrimiento en beneficio de sus cónyuges; o de sus ascendientes, descendientes y hermanos, legítimos o ilegítimos; o de sus afines hasta dentro del segundo grado.

La Ley no castiga ni la complicidad ni el encubrimiento en las contravenciones.

Penas aplicables a los autores de infracción frustrada, a los cómplices, a los autores de tentativa y a los encubridores.—Comunicabilidad de las circunstancias agravantes.—Excepciones establecidas en el art. 18.

Los artículos 15, 16, 17 y 18 fijan las penas aplicables a los autores de infracción frustrada, a los cóm-

plices, a los autores de tentativa y a los encubridores, respectivamente.

La legislación penal ecuatoriana, desde sus comienzos, ha aceptado el sistema de no equiparar, en cuanto a la pena, a los autores con los cómplices, ni a los autores de infracción consumada con los autores de crimen frustrado y tentativa, aun cuando en el Código Penal anterior imponía la misma pena al reo de infracción frustrada que al de tentativa, si bien, como lo dijimos al estudiar el art. 4º, no se tenía como punible todo delito frustrado o toda tentativa de delito, sino que establecía la regla de que la tentativa de delito se la castigaba sólo en casos determinados.

El Código Penal vigente establece una escala gradual de penas, tanto para el delito imperfecto como para los diversos participantes en el hecho punible, tomando como base, en el primer caso, la infracción consumada; y, en el segundo, la pena aplicable al autor.

Al autor de infracción frustrada lo castiga con las dos terceras partes de la pena que se le hubiera impuesto si se hubiera consumado el hecho punible, y al autor de tentativa con la tercera parte.

Al cómplice le impone la mitad de la pena que se le hubiera impuesto siendo autor, y al encubridor con la cuarta parte.

También en esta materia se reformó el Código anterior, ya que al autor de tentativa se le castigaba con una pena que no era menor de la cuarta parte ni mayor de la mitad de la pena que hubiera merecido siendo autor de infracción consumada, y al cómplice con la pena inmediata inferior de la que se le hubiera impuesto siendo autor, pero tanto en el uno como en el otro Código hay la idea de una relación.

Hemos visto que puede darse la complicidad en la tentativa y en el delito frustrado, y fácil es también comprender que puede darse encubrimiento en estas infracciones, y se formaría una escala de las penas del modo siguiente:

Autor de infracción frustrada, las dos terceras partes.

Cómplice de infracción consumada, la mitad.

Autor de tentativa, la tercera parte.

Cómplice de infracción frustrada, la mitad de las dos terceras partes; es decir, la tercera parte, lo mismo que al autor de tentativa.

Cómplice de tentativa, la mitad de la tercera parte: la sexta parte de la pena aplicable al autor de infracción consumada.

Encubridor de delito consumado, la cuarta parte.

Encubridor de infracción frustrada, la cuarta parte de las dos terceras partes: la sexta parte.

Al encubridor de tentativa, la cuarta parte de la tercera parte: la doceava parte.

Tomando como base los artículos 15, 16, 17 y 18, y combinándolos con los artículos 41, 42 y 47 que son los que señalan el tiempo de duración de las penas, podría formularse, como lo hace el Código español, un cuadro del modo siguiente:



ÁREA HISTÓRICA
DEL CENTRO DE INFORMACIÓN INTEGRAL

Autor de infracción consumada.	Autor de infracción frustrada.	Cómplice de infracción consumada.	Autor de tentativa.	Cómplice de infracción frustrada.	Encubridor de infracción consumada.	Cómplice de tentativa.	Encubridor de infracción frustrada.	Encubridor de tentativa.
Diez y seis años de reclusión mayor extraordinaria	Diez años ocho meses de reclusión mayor.	Ocho años de reclusión mayor.	Cinco años cuatro meses.	Cinco años cuatro meses.	Cuatro años.	Dos años ocho meses.	Dos años ocho meses.	Un año cuatro meses.
Ocho a doce años de reclusión mayor.	Cinco años cuatro meses a ocho años de reclusión.	Cuatro a seis años.	Dos años ocho meses a cuatro años.	Dos años ocho meses a cuatro años.	Dos a tres años.	Un año cuatro meses a dos años.	Un año cuatro meses a dos años.	Ocho meses a un año.
Cuatro a ocho años de reclusión mayor.	Dos años ocho meses a cinco años cuatro meses.	Dos a cuatro años.	Un año cuatro meses a dos años ocho meses.	Un año cuatro meses a dos años ocho meses.	Uno a dos años.	Ocho meses a un año cuatro meses.	Ocho meses a un año cuatro meses.	Cuatro meses a ocho meses.
Doce años de reclusión menor extraordinaria.	Ocho años de reclusión menor.	Seis años.	Cuatro años.	Cuatro años.	Tres años.	Dos años.	Dos años.	Un año.
Seis a nueve años de reclusión menor.	Cuatro a seis años de reclusión.	Tres años a cuatro años seis meses.	Dos a tres años.	Dos a tres años.	Un año seis meses a dos años tres meses.	Un año a un año seis meses.	Un año a un año seis meses.	Seis meses a nueve meses.
Tres a seis años de reclusión menor.	Dos a cuatro años de reclusión.	Un año seis meses a tres años.	Un año a dos años.	Un año a dos años.	Nueve meses a un año seis meses.	Seis meses a un año.	Seis meses a un año.	Tres meses a seis meses.
Ocho días a cinco años de prisión.	Cuatro días a tres años cuatro meses de prisión.	Cuatro días a dos años seis meses de prisión.	Dos días a un año ocho meses.	Dos días a un año ocho meses.	Dos días a un año tres meses.	Un día a diez meses.	Un día a diez meses.	Un día a cinco meses.

Por el cuadro anterior se ve que el autor de tentativa, y el cómplice de infracción frustrada son castigados con la misma pena, y que igual sanción tienen el cómplice de tentativa y el encubridor de infracción frustrada.

Estas son las penas generales que se aplican en los respectivos casos, sin perjuicio de las modificaciones que pueden tener de acuerdo con el Capítulo V.

Determinadas las penas con que se castigan a los autores, cómplices y encubridores, veamos algunas especialidades en los artículos que estudiamos.

El art. 15 no ofrece dificultad alguna: todo autor de infracción frustrada es castigado con las dos terceras partes de la pena que se le hubiere impuesto al haberse consumado la infracción; sin embargo, al estudiar el art. 5º vimos un caso en que no se castiga la infracción frustrada sino como tentativa, y es el caso del art. 334.

En el art. 16, la frase "en caso de ser autores de infracción cometida", presenta la siguiente cuestión: ¿Son comunicables las circunstancias agravantes entre los autores y cómplices?

Entre las circunstancias agravantes que reconoce la ley, unas son personales y otras materiales. Las primeras, resultan de ciertas cualidades o relaciones personales; las segundas, son inherentes al crimen mismo, se relacionan con los elementos materiales de la infracción, y algunas, como lo veremos al estudiar las circunstancias agravantes, son constitutivas de la infracción; de modo que llegan a cambiar el título del crimen o delito. Así el robo cometido con la circunstancia *de la noche* cambia el robo simple en robo calificado.

Ahora bien, es un principio reconocido en legislación penal, que las circunstancias personales como la calidad de hijo, tutor, funcionario público, etc., como inherente a la persona no pueden comunicarse ni entre los coautores ni entre los coautores o cómplices, y agravarán, por consiguiente, la responsabilidad de aquel de los autores o cómplices en quienes se encuentren esas agravantes, y no en aquellos que no las tienen.

Las circunstancias agravantes materiales por el contrario, como son inherentes al hecho mismo, no pueden menos que comunicarse a todos los que han tenido participación en el hecho punible agravado por estas circunstancias, pues el que ha querido un hecho es responsable de ese hecho con todas sus consecuencias.

En cuanto al sistema aceptado en el art. 16, creo que debemos hacer la distinción de si son las circunstancias agravantes personales o materiales y de si son constitutivas de la infracción.

Si una infracción ha sido cometida con tales o cuales circunstancias, y éstas dan a la infracción un título especial, será castigado con la mitad de la pena de la que se le habría impuesto si hubiera sido autor.

Según esto, el cómplice de un parricidio que no tiene con la víctima ningún parentesco de los determinados en el art. 395, será cómplice de homicidio voluntario, asesinato o del crimen previsto en el art. 395?

La resolución de esta cuestión depende del modo de considerar la cualidad de padre, madre, hijo, etc. si como una circunstancia agravante, o como constitutiva de la infracción.

Si se considera como mera circunstancia agravante, el cómplice no sería sino responsable por el homicidio, pero si se la tiene como constitutiva sería de parricidio.

Según el sistema de nuestra Código, creo que no es una circunstancia constitutiva sino agravante personal, que no puede comunicarse de un delincuente a otro, y que el cómplice será responsable como cómplice de homicidio.

Creo que no es circunstancia constitutiva, porque no cambia ni el carácter intrínseco de la infracción, ni se le ha calificado como título especial de un crimen determinado.

En los Códigos francés y belga y en el ecuatoriano anterior al vigente, el hecho determinado en el art. 395 constituye una infracción *sui generis*: el parricidio; denominación que se le ha hecho desaparecer en el art. 395; y, por lo mismo, no es sino homicidio con la circunstan-

cia agravante del parentezco, y, tengo para mí, que "la infracción cometida" es un homicidio o un asesinato, si existen las circunstancias que dan al homicidio el carácter de asesinato, y el cómplice será castigado con la mitad de la pena que se le habría impuesto si hubiera sido autor de homicidio o de asesinato según los casos.

Por otra parte, la discusión en caso de asesinato sería puramente teórica, ya que el asesino y el parricida están castigados con la misma pena, y el cómplice será penado con ocho años de reclusión, ya se le considere cómplice de asesinato o de parricidio.

Sin embargo de que al cómplice se le castiga con la pena designada en el art. 16, hay excepciones a la regla, como lo dispone el art. 310, en el cual la pena del cómplice es igual a la del autor.

El art. 17 no ofrece dificultad, la pena al autor de tentativa es la señalada en ese artículo, excepto en los casos que la ley considera consumado el hecho por la tentativa o cuando impone la misma pena para la tentativa y al delito consumado, como en los casos de los art. 325 y 329.

El art. 18 establece la excepción de que si el encubrimiento se verifica por alguno de los parientes determinados en el artículo, no será castigado el encubridor.

Estudiemos los casos de encubrimiento y veamos la bondad de la excepción.

En el primer caso de encubrimiento es muy natural la excepción, porque las leyes sociales no pueden prescindir de las leyes de la naturaleza. El padre que suministra habitualmente a su hijo alojamiento, escondite, etc., aunque conozca la conducta criminal de él, no hará sino seguir los impulsos del cariño de padre, y no puede dejar de querer salvar a su hijo, por más criminal que sea, y lo mismo podemos decir del caso 3º, pues es muy justo que el padre procure que no se descubra el crimen cometido por su hijo.

En el caso 2º no me parece aceptable la excepción. Los lazos de parentezco obligan a proteger la libertad y la honra del delincuente, pero no facultan a completar los efectos criminales. El padre que vende los objetos

que robó el hijo, para que éste se aproveche del robo, debe ser castigado: no es posible que siga delinquiendo con él o como él.

En cuanto al último de los casos de encubrimiento creo que no puede tener aplicación, ya que ningún juez confiará a los parientes del delincuente el reconocimiento del cuerpo del delito, ni tendría como obligarlos, pues esas personas estarían en el caso de excusa legal.

Art. 19. Cuando la pena aplicada a los responsables del delito frustrado o de tentativa, de complicidad o encubrimiento, se refiera a reclusión mayor o menor, se cumplirán en los respectivos establecimientos penitenciarios, con sujeción a las leyes y reglamentos del caso.

Empelo de la palabra *delito* en este artículo.

La reclusión mayor o menor, según los artículos 41 y 42 se emplea en las penitenciarías, con sujeción a los reglamentos que dicta el Poder Ejecutivo. Los autores de crimen frustrado, tentativa de crimen, complicidad y encubrimiento de crimen, se cumplirán en esos establecimientos penales y conforme a dichos reglamentos.

Esto no ofrece dificultad, pero si hay que observar el empleo de la palabra *delito* en este artículo, que sin duda es un error de impresión, porque según el sistema del Código, los delitos no son castigados con reclusión, ni se cumple la pena en la penitenciaría. Los delitos son castigados con prisión en las cárceles del Cantón o de la capital de provincia. Debe, pues, decirse crimen en lugar de delito en el artículo 19.

(Continuará)