

LA LLAMADA COMUNICABILIDAD

SUMARIO: I. Introducción. 1. Planteamiento del tema. 2. Alcance del artículo 54 del Código Penal. II. Elementos o características vinculados al desplazamiento de tipos. 1. El régimen punitivo por desplazamiento de tipos. 2. Naturaleza real y naturaleza personal. 3. Elementos o características de naturaleza real. 4. Elementos o características de naturaleza personal (objetiva). 5. El contexto parricidio-homicidio. 6. Los restantes delitos especiales impropios, en particular los ministeriales. 7. Las características "tipificadas" de culpabilidad. III. Características personales marginales a los tipos. IV. Características innominadas de comisión penal. V. La exclusión de la responsabilidad.

I. INTRODUCCIÓN

1. Planteamiento del tema

Los códigos penales modernos suelen contener reglas sobre la aplicabilidad a todos o algunos de los concurrentes eventuales a un delito de rasgos o antecedentes reales o personales que influyen en la determinación del *quantum* de la pena o que acarrear su exclusión.¹ A veces se consignan tales reglas entre las que disciplinan el concurso de agentes;² otras, entre las que ha de observar el juez al determinar la punición que en concreto corresponde irrogar.³

En el Código Penal mexicano la regla respectiva (artículo 54) se contiene entre las concernientes a la aplicación de la pena, y es del siguiente tenor:

El aumento o disminución de la pena fundadas [debió decir "fundadas"] en las calidades, en las relaciones personales o en las circunstancias subjetivas del autor de un delito, no son aplicables a los demás sujetos que intervinieron en aquél.

Son aplicables las [debió decir "los"] que se funden en circunstancias objetivas, si los demás sujetos tienen conocimiento de ellas.

¹ Por vía de ejemplo, Código español (artículo 60); Código italiano de Zanardelli (artículo 65); Código italiano vigente (artículo 118); Código argentino (artículo 48); Código alemán (artículos 28 y 29); Código colombiano (artículo 25).

² Entre los mencionados en la nota precedente, todos menos el español.

³ El Código español.

Esta regulación proviene de la muy importante reforma al Código Penal publicada en el *Diario Oficial* de 13 de enero de 1984. Sólo entonces se procede a la sustitución por el reproducido artículo 54 de las desacertadas normas sobre la materia que los códigos penales federales traían desde el de 1871, llamado de Martínez de Castro. El desacierto no consistía sólo en hablar de circunstancias en códigos que en el libro I no las preveían como comunes a los delitos tipificados en el libro II, ni en asociar las llamadas calificativas al provecho del acusado y las llamadas modificativas a su perjuicio, sino sobre todo en hacer aplicables, sin distinción, en favor o en contra de los demás concurrentes, todas las circunstancias personales relativas sólo a alguno de ellos, si las conocían.⁴ La regulación actual se contiene sólo en el artículo 54, que sin aludir a circunstancias con este o aquel efecto, opta por la referencia al *aumento o disminución de la pena*. El silencio legal acerca de la *exclusión* de la misma será cuestión de la que nos ocuparemos adelante.

2. Alcance del artículo 54 del Código Penal

El artículo 54, decíamos, se halla situado entre los que disciplinan la aplicación de la pena, y no, como en otros códigos, entre las reglas relativas al *concursum delinquentium*. Esta ubicación sistemática es, en nuestro entender, de superlativa importancia, y guarda conformidad con la alusión que el precepto hace al aumento o disminución de la pena y no a las circunstancias del hecho.

Los estudiosos de derecho penal de lengua española e italiana acostumbra denominar esta materia como *comunicabilidad de las circunstancias*,⁵ designación que a la luz del Código Penal patrio resulta do-

⁴ Estas normas, al publicarse el Código en 1931, eran las siguientes:

"Artículo 54: Las circunstancias calificativas o modificativas de la sanción penal que tienen relación con el hecho u omisión sancionados, aprovechan o perjudican a todos los que intervengan en cualquier grado en la comisión del delito.

Artículo 55: Las circunstancias personales de alguno o algunos de los delincuentes, cuando sean modificativas o calificativas del delito, perjudican a todos los que lo cometan con conocimiento de ellas."

⁵ Entre los españoles, por ejemplo, Antón Oneca, en Antón Oneca y Rodríguez Muñoz, *Derecho penal*, Madrid, 1949, t. I, pp. 429 y ss.; Luzón Domingo, *Derecho penal del Tribunal Supremo*, Barcelona, Editorial Hispano Europea, 1964, t. II, pp. 219 y ss.; Rodríguez Devesa, *Derecho penal español*, Madrid, 1981, t. I, pp. 669 y ss.; entre los clásicos italianos, desde luego, Carrara, Francesco, *Programa del curso de derecho criminal*, Buenos Aires, Depalma, 1944, Parte general, vol. 1º, pp. 505 y ss., y entre los modernos, Bettiol, Giuseppe, *Diritto penale*, 11a. ed., Palermo, Priulla, 1982, p. 617; Fiandaca, Giovanni y Musco, Enzo, *Diritto penale, Parte gene-*

blemente impropia, pues en rigor nada se *comunica* por virtud de esas reglas de un agente a otro, y si algo se *comunicara*, no estaría constituido sólo por *circunstancias*, entendidas éstas como circunstancias del delito, ya que los sobredichos antecedentes o rasgos reales o personales trascienden el ámbito del hecho y no siempre *circum stant* en relación a él. En verdad, su campo de aplicación dista de contraerse únicamente a las características o elementos que pueden eventualmente sumarse o restarse al tipo correspondiente, o siquiera a los fundamentos de la imputación penal implicados en el solo concepto del delito entendido como infracción. Abarca también factores de determinación de la pena ajenos al tipo a que se subordina el hecho cometido por varios, como la culpabilidad, y ajenos también, a lo menos en parte, a la infracción punible en cuanto fuente de imputación, como la reincidencia y la habitualidad.

A modo de programa de los análisis ulteriores, vale anticipar que el artículo 54 abarca los siguientes fundamentos del aumento o la disminución de la pena que puede afectar a quienes concurren al hecho con el autor: A) en torno del tipo correspondiente, antecedentes a) reales (extremos objetivos del tipo, elementos subjetivos del mismo); b) personales (objetivos: calidades y relaciones del autor); subjetivos (características "tipificadas" de culpabilidad del autor); B) características personales situadas al margen del tipo (reincidencia, habitualidad), y C) antecedentes innominados de diversa índole que, además de los anteriores, aparecen ya en la fase de fijar el *quantum* penal que en concreto ha de imponerse, influyendo sobre la cantidad del injusto o sobre la cantidad de la culpabilidad.

El artículo 54 brinda, enseguida, en la economía del libro I del Código, las directrices a que ha de ceñirse el juez en la aplicabilidad o no a los demás concurrentes de la mitigación o agravación penal a que está sujeto el autor en función del contexto sobre que recae el mismo artículo. Es tarea, en cambio, de reformulación dogmática la de mostrar convincentemente que los elementos o características antes señalados en A, llevan a fijar un marco penal por el mecanismo de desplazamiento de los tipos; que los indicados en B conducen a la alteración

rale, Bologna, Zanichelli, 1985, pp. 277 y ss.; Mantovani, Ferrando, *Diritto penale, Parte generale*, 2a. ed., Padova, CEDAM, 1988, pp. 521 y ss.; Nuvolone, Pietro, *Il sistema del diritto penale*, 2a. ed., Padova, CEDAM, 1982, pp. 407 y ss.; Pagliaro, Antonio, *Principi di diritto penale, Parte generale*, 3a. ed., Milán, Giuffrè, 1987, pp. 592 y ss.; entre los hispanoamericanos, por ejemplo, Zaffaroni, Eugenio Raúl, *Tratado de derecho penal*, Buenos Aires, Ediar, 1981, vol. IV, p. 375, sin hacer suya la denominación.

del marco penal por prescripción legal directa, y que los referidos en C sólo entran a gravitar en la conmisuración penal propiamente dicha, esto es, en la fijación del preciso y concreto monto de la pena.

Todo esto hace posible al juzgador cumplir con precisión máxima su cometido de aplicar la pena, debido al caudal y variedad de elementos de diversificación que la ley pone a su alcance en esos distintos niveles mensuradores.

Pondremos todavía de resalto en este plano introductorio ciertos contenidos que el artículo 54 exhibe ya a primera lectura, y que, por cierto, han de tenerse en cuenta en las reflexiones que el precepto suscita: 1) aquello de cuya aplicabilidad o inaplicabilidad se trata es el *aumento o disminución de la pena* por efecto de antecedentes, rasgos, características o elementos que nosotros decimos de fundamento real o personal; 2) el aumento o disminución de fundamento personal se hace consistir en el párrafo 1º de este artículo en ciertos específicos conceptos, a saber: las calidades, relaciones y circunstancias subjetivas del autor, al paso que, tratándose del aumento o disminución de fundamento real (párrafo 2º), no hace la ley especificación alguna; 3) conforme a la regla del párrafo 1º, no se requiere el conocimiento por los demás que intervienen de los antecedentes de fundamento personal, mientras que sí es exigido ese conocimiento respecto de los de fundamento real, y 4) para los efectos de la aplicabilidad o inaplicabilidad del aumento o disminución de la pena se distingue entre el autor y los demás sujetos, y sólo se entiende esta aplicabilidad o inaplicabilidad desde el autor a los demás concurrentes, y no desde éstos hacia el autor

II. ELEMENTOS O CARACTERÍSTICAS VINCULADOS AL DESPLAZAMIENTO DE TIPOS

1. *El régimen punitivo por desplazamiento de tipos*

Cabe ocuparse primeramente de los cauces por los que discurre en la ley penal mexicana el aumento o disminución de la pena en relación a características o elementos vinculados a los tipos.

En materia de individualización legal de la sanción, generalmente hablando, solían prever los códigos menos modernos, en su libro I, circunstancias atenuantes y agravantes de diversa índole, que eran de aplicación común a todos los delitos contemplados en el libro II o a grupos de ellos. Estas circunstancias gravitaban sobre magnitudes penales asignadas a las distintas infracciones de este último libro, magnitudes que

eran por naturaleza divisibles en duración o cuantía y que el juez podía, en principio, recorrer en toda su extensión y hasta allende sus límites mínimo y máximo para fijar el monto de la pena aplicable en concreto. Ello sin perjuicio de la diversa penalidad asignada en el libro II a tipos privilegiados ó calificados en relación a otro fundamental o básico.

Los códigos más modernos han tendido a sustituir en su libro I ese catálogo de atenuantes y agravantes comunes por un número más reducido de motivos diversos de atenuación o agravación de la responsabilidad, reservando normalmente a un precepto único la indicación del monto en que la pena ha de resultar alterada por esos conceptos. Todo ello también sin perjuicio de la punibilidad diversa asignada en el libro II a los tipos privilegiados y calificados en relación al básico o fundamental.

Frente a esos sistemas, el del Código Penal mexicano exhibe algunas peculiaridades. En primer término, no ofrece en el libro I un elenco de circunstancias atenuantes o agravantes comunes a todos o algunos de los delitos del libro II. Tampoco contiene en el libro I un precepto indicador general del grado de alteración del marco penal asignado al delito respectivo en el libro II, en virtud de ciertos motivos de atenuación o agravación. Y esto al extremo de que características o elementos personales como la reincidencia y la habitualidad cuentan con sendos y propios grados de alteración, en razón de ellas, de la punibilidad asignada en el tipo correspondiente. En el libro II se asocia a los tipos de delito un marco de punibilidad autónomo, cuyos límites no puede el juez trasponer en caso alguno. La incriminación respectiva puede verse alterada en sentido atenuante o agravante por la agregación de algún antecedente, rasgo, característica o elemento real o personal, con el efecto de que el nuevo tipo resultante verá modificada su punibilidad, ya por la traslación paralela en sentido ascendente o descendente del marco punitivo de la figura original, ya por la variación de alguno de esos límites dejando el otro inalterado, ya por su incremento o decremento en una función o proporción dada, ya en fin, por la asignación de una punibilidad adicional. Nunca procede, pues, la ley a la fusión de la causa de aumento o disminución de la pena con el tipo original, en términos de crear, con o sin un nuevo *nomen iuris*, una nueva *sustantividad*,⁶ dotada de magnitud penal pretendidamente original y propia, sino que articula los tipos que responden a una misma *sustantividad* por la adición o sustracción de ciertos antecedentes

⁶ Enrique Gimbernat Ordeig, en *Autor y cómplice en derecho penal*, Madrid, 1965, p. 268, habla de *sustantividad*.

o rasgos, con lo que viene a configurarse, si es lícito expresarse así, una secuencia de láminas conceptuales. Oportunamente se destacará la importancia que reviste esta modalidad legislativa.

Es dentro de estos cauces legales que opera el juez en el establecimiento del marco penal correspondiente, cuando se trata de los elementos o circunstancias atingentes a los tipos delictivos, esto es, de antecedentes de carácter real, de antecedentes de carácter personal objetivo y de características "tipificadas" de la culpabilidad, rubros estos que forman el grupo señalado en A del apartado 2 precedente. Fijado ese marco penal, pasa a ejercitar el juez, en la conmisuración penal propiamente dicha, la facultad de ponderación acusadamente libre que le franquean las amplias directrices de los artículos 51 y 52.

2. *Naturaleza real y naturaleza personal*

El antedicho mecanismo de desplazamiento de tipos rige para los elementos o circunstancias de naturaleza real y para los de naturaleza personal (amén de regir, por cierto, para las características "tipificadas" de culpabilidad).

La ley hace alusión en el primer párrafo a lo personal y subjetivo, y en el segundo, a elementos fundados en circunstancias objetivas. Esto podría conducir fácilmente al intento de dilucidar esta materia por el empleo de la cómoda dicotomía de lo objetivo y lo subjetivo. Por nuestra parte, preferimos estarnos a la oposición entre lo real o material y lo personal, que juzgamos más exacta en razón de que, si bien todo lo objetivo del segundo párrafo es real, no todo lo personal del primer párrafo es subjetivo. Cabe en este primer párrafo, en efecto, distinguir rasgos, antecedentes, características o elementos de carácter personal, pero de naturaleza objetiva, y rasgos, antecedentes, características o elementos de carácter también personal, pero de naturaleza subjetiva. En la medida en que una y otra clase de antecedentes o rasgos personales puedan quedar sujetos a reglas de consecuencias distintas, nos parece más propio estarnos a la dicotomía de lo real y lo personal y no a la de lo objetivo y lo subjetivo.⁷

Procuraremos ir esclareciendo lo dicho al ritmo del examen de una y otra clase de antecedentes y de sus efectos jurídicos.

⁷ Samson, Erich, en *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch*, Frankfurt am Main, Alfred Metzner Verlag, 5 Aufl, Band I, Allgemeiner Teil (comentario al 28, RN3).

3. Elementos o características de naturaleza real

Aunque la ley se ocupe de los antecedentes personales en el primer párrafo del artículo 54 y de los reales en el segundo, el orden de la exposición hace aconsejable examinar antes los reales que los personales. Debemos tener presente en todo momento que, respecto de los reales o materiales, la norma es —palabras más, palabras menos— que son aplicables a todos los que han intervenido en el delito, si les son conocidos.

Anticipábamos que, por lo que atañe a estos antecedentes, el segundo párrafo del artículo 54 no ofrece especificación alguna, a diferencia de como procede con los del primer párrafo, que presenta en categorías definidas en medida apreciable. Curiosamente formula la ley, en cambio, tales especificaciones en las *directrices generales* que dicta al juez para la determinación por éste del monto concreto de la punición, dentro de los límites fijados a la punibilidad. Habla la ley allí de *circunstancias exteriores de ejecución* (artículo 51), y explayando ese concepto, de la *naturaleza de la acción u omisión, los medios empleados para ejecutarla y la extensión del daño causado y el peligro corrido* (artículo 52, 1º). En el artículo 54, en cambio, la mención es, *tout court*, al aumento o disminución de la pena que *se funde*, dice la ley, *en circunstancias objetivas*.

Trátase aquí de antecedentes objetivos, como reza el Código (o de antecedentes reales, preferimos decir nosotros), determinantes de la aplicabilidad de un aumento o disminución de la pena en función de la concurrencia de agentes a un delito, y no de fundamentos también objetivos de alteración penal, pero del todo extraños a esa concurrencia de agentes, como pueden ser, entre otros, la tentativa y el *concursum delictorum*. Mientras estos últimos fundamentos aparecen legislados en la parte general, los elementos o características de que ahora tratamos no pueden reconocerse en otro sitio que en el libro II del Código Penal, donde se dan en profusión. Su presencia allí tiene el efecto de alterar un tipo original, aumentando o disminuyendo con ello la magnitud penal a éste asignada. Los elementos o características de naturaleza personal, como se dirá a su tiempo, no están, en cambio, confinados sólo al libro II.

Sirvan como claras muestras de la profusión y variedad en que estos elementos reales se presentan, las siguientes: el valerse de explosivos en ciertos delitos contra las vías de comunicación y correspondencia (artículo 176); el ejercer la violencia al oponerse a la ejecución de un trabajo público (artículo 185); el ser menor de edad la víctima en el

delito de lenocinio (artículo 208); el ser de carácter industrial el secreto que se revela (artículo 210); el cometerse la violación por dos o más personas (artículo 266 *bis*); el perpetrarse el robo en lugar cerrado (artículo 381, I); y la reiteración en el despojo (artículo 395).

A lo prevenido en estos preceptos, paradigmáticamente indicativos de características o elementos *reales* dentro de los correspondientes tipos, deben agregarse, a nuestro juicio, los tipos de delito que contienen los llamados elementos subjetivos del tipo o del injusto, como quiera decirse, elementos subjetivos que se conviene en reconocer, estructuralmente, en el aspecto subjetivo de los mismos tipos. No es el caso presentar y ofrecer en esta sede el desarrollo de esa temática. Bástenos sólo con el ejemplo de la intención de apropiación en el hurto clásico, para sostener que el partícipe que ignora esa intención de apropiación en el autor y entiende cooperar a un hurto de uso, no podrá ser arrastrado a una responsabilidad por hurto de cosa, debido a que no conocía el ánimo de apropiación del autor, elemento *subjetivo* del tipo que en nuestro entender se cuenta, sin embargo, entre las características o elementos *reales*, como hemos designado a las "circunstancias subjetivas" en que se fundan, según el párrafo 2º del artículo 54, el aumento o disminución de la pena.

Esta interpretación, que tampoco se arredra en negar sitio a los elementos subjetivos del tipo entre las "circunstancias subjetivas del autor de un delito", que acuña el párrafo 1º del artículo 54, prescinde sólo aparentemente de la letra de la ley, pero en ningún caso de su espíritu. En efecto, los elementos subjetivos del tipo no pueden tenerse por circunstancias subjetivas del autor en el sentido de aquel precepto, ya que encuentran albergue en la acción, a la cual confieren sentido, y no en el sujeto. Pensar de otro modo llevaría a postular que el dolo mismo ha de tenerse como circunstancia subjetiva del autor, en el alcance que el párrafo 1º da a ese concepto en materia de aplicabilidad o inaplicabilidad a los concurrentes a un delito del aumento o disminución de pena por las razones de que en este contexto se trata. Así las cosas, no deberíamos retroceder tampoco ante la inclusión de la acción misma entre esas circunstancias subjetivas, pues, en fin de cuentas, la acción ha sido también realizada por el autor, y es una acción originada subjetivamente en él. Parece innecesario abundar en lo absurdo de semejante posición.

Tras esta aclaración sobre los tipos portadores de elementos subjetivos, tengamos presente que en todos estos casos de aumento de la pena por agregación de antecedentes o características de naturaleza real y no

personal, ya que no se refieren ni directa ni indirectamente a la persona del agente sino al hecho mismo o a su carácter ilícito, el incremento de la ilicitud suele aparecer radicado en la acción, como cuando en ésta se emplea la violencia física o moral o como cuando se utilizan explosivos; en ocasiones estriba en la víctima, como cuando ésta es menor de edad o no ha dado su consentimiento; en ciertos casos se sitúa en el especial valor reconocido al objeto de la acción, como cuando es industrial el carácter del secreto que se revela.

El precepto de que nos ocupamos, contenido en el 2º párrafo del artículo 54, se presenta en remisión al párrafo 1º, donde, por su propia índole, los elementos o características personales, sean o no subjetivos, aparecen portados por alguien que es el autor, y donde resulta coherente pronunciarse, por tanto, sobre su aplicabilidad o no a otros sujetos —los demás concurrentes— que no los portan consigo. En este respecto la remisión no se revela útil tratándose de aquello a lo que se refiere el párrafo 2º. En efecto, sólo en el caso de que los elementos o características reales conciernan a la acción, y no al objeto de ésta, al sujeto pasivo o a otros componentes del tipo, es dable radicar tales elementos o características en el autor, pues la acción que forma el núcleo del tipo es *su* acción. Es el autor quien emplea la fuerza física o quien se vale de explosivos. Ahora bien, para que cobre vigencia esta regla del párrafo 2º debemos presuponer una hipótesis de hecho en que obra un autor, acompañado eventualmente de uno o más coautores (la ley habla genéricamente de los *demás concurrentes*) y necesariamente de partícipes, en cuya acción se da el elemento o característica de cuya imputación a estos *demás* se trata. Esa hipótesis de hecho consiste, pues, en que un autor, consciente de que su acción se ejerce en relación a un elemento o característica objetiva de la clase que venimos de ejemplificar, se vea acompañado en la perpetración de su acción por coautores o partícipes que obren a sabiendas de intervenir conjuntamente en la acción y en conocimiento anterior o coetáneo de ese elemento o característica que anida en la figura y que circunda, por así expresarlo, la acción propiamente dicha.

Sentado todo lo anterior, estamos ya ante la consecuencia jurídica de esta hipótesis de hecho, esto es, ante lo que la ley dispone acerca de la aplicabilidad o inaplicabilidad a los demás concurrentes del aumento o disminución de la pena tratándose de elementos o características de naturaleza real.

La lisa y llana aplicación de la teoría del dolo y del principio de accesoriadad torna especialmente coherente la conclusión de que estos

antecedentes o elementos de naturaleza real se imputan a todos los concurrentes si eran de ellos conocidos. No media aquí, por tanto, idea alguna de comunicabilidad, ya que no necesita, en verdad, *comunicarse* lo que, conocido por los concurrentes, podía atribuírseles a título de dolo desde que intervenían voluntariamente en el hecho, y sobre la base de aquel conocimiento.

Tratándose, todavía, de estos elementos o características de naturaleza real, lo hasta aquí razonado parece desdibujar el firme trazo que en el artículo 54 intenta separar al autor de los partícipes para gravar o no a éstos a partir de aquél y no a éste a partir de aquéllos.

Es bien sabido que desde la publicación del Código de 1931 no se habla en la ley penal mexicana ni de autores ni de partícipes. Incluso la importante reforma hecha oficialmente pública en 1984, preocupada de enunciar en el artículo 13 las diversas categorías de intervinientes en el delito, se ha abstenido de denominarlos autores y partícipes. El propio epígrafe del capítulo respectivo elude esas denominaciones y se refiere con mucha amplitud a las "personas responsables de los delitos". He aquí, sin embargo, que el artículo 54 habla del autor y, todavía más, lo hace en un contexto de superlativa importancia dogmática, señalando en el párrafo 1º que la aplicabilidad o inaplicabilidad del aumento o disminución de la pena es *en el sentido del autor a los demás que intervinieron en el hecho*. No es esta disposición, ciertamente, la única ni la más importante para sostener en forma indirecta la admisión por la ley penal mexicana del principio de accesoriidad, insinuado aquí un poco al desgaire, no obstante la recordada tendencia elusiva del legislador en punto a discriminación conceptual y valorativa expresa entre autores y partícipes. (Huelga insistir en que en esta sede el autor queda contrapuesto, más que a los partícipes, a los demás concurrentes al hecho.)

Dicho esto, es pertinente indagar si la remisión del párrafo 2º al párrafo 1º, arrastra consigo la imposibilidad de gravar con aumento de pena al partícipe que es único conocedor del elemento o característica de naturaleza real en que ese aumento se basa. *Exempla docet*: ¿ha de punirse como cómplice de revelación de secretos simple o calificada a quien, sabedor del carácter industrial del secreto, auxilia al autor que ignora ese antecedente?

No se divisa, en verdad, la razón que pudiera inclinar por la afirmativa. Por mucho que en los elementos o características de naturaleza real no puede reconocerse al autor como "portador" de ellos, según ocurre en cambio con los de naturaleza personal, es imposible eludir la letra de

la ley, que al engarzar el párrafo 2º al 1º, también acarrea notoriamente para aquél la consecuencia de que los elementos o características de naturaleza real que aumentan o disminuyen la pena logren aplicabilidad en el sentido del autor a los demás concurrentes y no de éstos al autor. Por mucho que se discuta sobre el principio de accesoriedad, su negación no puede conducir a valerse de él de manera invertida, convirtiendo lo accesorio en principal y lo principal en accesorio.

Es procedente afirmar, antes de desentenderse de estos elementos o características que hemos llamado reales, que a pesar de encontrarse ellos legislados de manera análoga a la del Código Penal mexicano en códigos de tanta tradición como el español y de tanta corrección técnica como el de Zanardelli, que no se divisa la necesidad de incluir en los sistemas legales punitivos una regla como la del párrafo 2º del artículo 54. Y ello en razón de ser tan irrefutablemente clara la vigencia en este punto de los principios generales, o, si se quiere, del principio de accesoriedad, conforme al cual procede imputar al partícipe lo que el autor principal realiza con conocimiento de aquél.⁸

4. Elementos o características de naturaleza personal (objetiva)

Llegado es el turno de los rasgos, antecedentes, características o elementos de naturaleza personal presentes en el autor, y cuya inaplicabilidad a los demás concurrentes dispone la ley.

Estos elementos de naturaleza personal no se dan sólo en el ámbito del tipo. Pueden ellos referirse a la culpabilidad del autor e, incluso, a la reincidencia, la habitualidad o la peligrosidad, factores todos de comensuración de la pena basados en grado principal en condiciones de la persona. El aumento o disminución de la pena se realiza en estos últimos casos por mecanismos distintos del desplazamiento de una figura a otra, y no sirve sólo a la determinación del marco penal aplicable, sino también al del monto concreto que corresponde finalmente imponer dentro de ese marco.

Entre estos rasgos o antecedentes de naturaleza personal cabe distinguir: a) calidades y relaciones objetivas situadas en el tipo; b) circunstancias subjetivas tocantes a la culpabilidad incorporadas a los tipos; c) otras características, no tipificadas, de naturaleza personal, como la reincidencia y la habitualidad.

Las calidades y relaciones personales del autor que, como tales, interesan al tema que nos ocupa, se dan en el tipo objetivo. Refiérense

⁸ *Idem*, RN15.

ellas a su persona, no a su subjetividad. No es impropio, por tanto, mencionarlas como características personales *objetivas*, aunque el Código reserve ese apelativo a las características o elementos de naturaleza real de que ya hemos tratado.

Entre las *calidades* del autor profusamente recogidas por los tipos del libro II cuéntanse, *inter alia*, las de gobernantes, funcionarios o empleados públicos en ejercicio de sus funciones, en el delito de genocidio (artículo 149 *bis*); la de servidor público en la evasión de presos (artículo 150); la de personas que presten servicios profesionales o técnicos, en el delito de revelación de secretos (artículo 210); las de médico, cirujano, comadrona o partera en el delito de aborto (artículo 331), etcétera.

Entre las *relaciones*, que en el contexto que nos interesa sólo parecen poder serlo las que vinculan al agente con la víctima, cabe indicar, entre otras, las de ascendiente, padrastro o madrastra de la víctima en la corrupción de menores o incapaces (artículo 203); la de su ascendiente, descendiente, etcétera, en el delito de violación (artículo 266 *bis*); la de descendiente de la misma en el delito de lesiones (artículo 300), y la de su ascendiente en el abandono de personas del artículo 335.

Al espigar en el Código algunos tipos portadores de estas *calidades* y *relaciones*, nos contraemos, por cierto, sólo a los que contribuyen a plasmar lo que la doctrina conviene en llamar delitos especiales impropios. En ellos, sustraído al tipo en que encuadra la acción del autor el rasgo —cualidad, relación— tocante a éste, subsiste un tipo a que debe subordinarse la acción de los demás que intervienen en el hecho, de acuerdo a la sucesión de láminas conceptuales que se da en el libro II, según hemos explicado.

Lo anterior no significa, es claro, que nos desentendamos de los casos en que los tipos originales y sus correspondientes privilegiados y cualificados —conservando esa estrecha relación conceptual— no forman, sin embargo, pequeñas constelaciones en torno de un mismo bien jurídico y, antes bien, aparecen enclavados en títulos distintos del libro II, bajo epígrafes, por cierto, no coincidentes. A esta conclusión no es óbice la distancia sistemática a que puedan hallarse ambos preceptos, ni el hecho de que aparezcan tutelando bienes jurídicos diferentes, y esto último sólo en cuanto uno, por su mayor amplitud, contenga al otro.

“El aumento o la disminución de la pena, fundados en las calidades (y) las relaciones personales. . . del autor de un delito, no son aplicables a los demás sujetos que intervinieron en aquél”, dice el artículo 54, párrafo 1º. Aparecen tales calidades y relaciones como privativas del autor

y *no afectan* a los demás concurrentes en sentido favorable ni desfavorable, aunque esas calidades o relaciones personales del autor impliquen un incremento del carácter injusto del hecho. *No los afectan* ni siquiera cuando facilitan la ejecución del hecho, circunstancia ésta tenida en cuenta decisivamente por legislaciones como el Código Zanardelli.⁹ Y, obsérvese bien, *no los afectan*, con entera independencia de que antes o en el momento del hecho los demás concurrentes las hayan conocido o desconocido, rasgo importante de la regulación contenida en el artículo 54, según también se advertirá mejor adelante.

No hay duda, pues, de que tratándose de características o elementos de naturaleza personal, la ley ha prescindido del principio de accesoriidad. En esto los demás concurrentes no siguen la suerte del autor. Con tanta o mayor razón podrá afirmarse que la característica o elemento de naturaleza personal que se da en el concurrente no afecta al autor, por lo personal de su naturaleza y, además, porque no puede pensarse en una accesoriidad invertida, es decir, en una accesoriidad que iría del partícipe al autor y no de éste a aquél. Esto no quiere decir, sin embargo, que haya de prescindirse de esa razón de privilegio o de cualificación presente en el concurrente que no es autor. Este concurrente se verá, por tanto, favorecido o perjudicado por ella.

5. El contexto *parricidio-homicidio*

Entre las *relaciones* del autor espigadas del Código, hemos hecho, deliberadamente, caso omiso hasta ahora de las que lo ligan con ascendientes y descendientes, frente a aquello que constituye la sustantividad del delito de homicidio. Y ello para reservar sitio aparte, por la importancia que reviste y por la frecuencia con que revive agudas controversias doctrinales, la llamada "comunicabilidad" a los autores y partícipes *extranei* del vínculo de parentesco entre autor y víctima en el contexto parricidio-homicidio y, secundariamente, en el contexto infanticidio-homicidio. A fin de no desmenuzar el discurso nos ocuparemos también en este lugar de la contrapartida al tema de este debate, a saber: del efecto que sobre el partícipe *intraneus* tiene su relación de parentesco con la víctima ultimada por un *extraneus*.

⁹ Dispone el artículo 65 de ese Código: "Las circunstancias y cualidades inherentes a la persona, permanentes o accidentales, por las cuales se agrava la pena de alguno de los que han concurrido al delito, si han servido para facilitar su ejecución, son de cargo de quienes las conocían en el momento de concurrir a él; pero la pena puede disminuirse en un sexto, y la prisión perpetua puede ser sustituida por reclusión de veinticinco a treinta años" (traducción nuestra).

La cuestión, en los términos más claros posibles, se desdobra así: I. Si el pariente comete el hecho ¿responden de parricidio o de homicidio los extraños que concurren a la ejecución o fueron en él meros partícipes? II. Si el extraño comete el hecho de que el pariente no es más que instigador o cómplice, ¿responde este pariente como partícipe en un homicidio o en un parricidio?

Las respuestas que ofreceremos a esta doble cuestión pueden no satisfacer del todo un sentimiento de justicia, que querría ver punidos a los concurrentes *extranei* al hecho del parricida y a los concurrentes *intranei* al hecho del homicida con una pena a lo menos intermedia de las engarzadas por la ley a uno y otro delito, y ello sobre la base de que todos obran a sabiendas de los respectivos vínculos.¹⁰ Aunque la ley penal mexicana parezca mantenerse indiferente, como ha quedado dicho, al conocimiento o ignorancia de los demás concurrentes acerca de los antecedentes de orden personal que pesen sobre el autor, se verá enseguida que de la prescripción *de lege lata* no está tan distante aquella aspiración de justicia material.

Ante todo, es conveniente dilucidar si la relación homicidio-parricidio (o la relación homicidio-infanticidio) difiere de la que, para los fines que nos interesan, hemos venido reconociendo en el material de tipos delictivos espigados del Código. Allí, y en torno de un cierto bien jurídico (o eventualmente de bienes jurídicos diversos), se divisa con frecuencia, como hemos mostrado, una constelación de tipos delictivos en que sobra o falta un elemento de los que integran el que convencionalmente hemos estado denominando original o básico, situado en su centro. Podría pensarse en desconocer esta clase de relación en los dos binomios que acabamos de indicar, acordando respectivamente al parricidio y al infanticidio la condición, no de tipos calificados o privilegiados en relación al original o básico de homicidio, sino de tipos especiales. La calidad peculiar del sujeto pasivo, principalmente, excluiría de aquella constelación a estos dos tipos, haciendo de cada uno de ellos un tipo *sui generis*, es decir, de género propio, ajeno al género homicidio. El diverso *nomen iuris* y, sobre todo, la cesura que en el sistema del Código suele marcarse entre el parricidio y el infanticidio, por una

¹⁰ A mí me parece que lo que la justicia dice es, más bien, esto: que no es lo mismo contribuir al hecho parricidio, donde el desvalor que lleva en sí la acción de matar se añade al desprecio del vínculo parental, que contribuir al hecho homicidio, donde sólo existe el desvalor de matar. Resumen: La justicia no dice que es lo mismo contribuir al hecho matar (menor desvalor) que al hecho matar a un pariente. Dice precisamente lo contrario: que no es lo mismo. Que lo segundo es más grave que lo primero (Gimbernat Ordeig, *op. cit.*, p. 274).

parte, y el homicidio y sus demás formas calificadas o privilegiadas, por otra, parecerían dotar a esta posición de sustento suficiente.

La verdad es que, como suele ocurrir en derecho, ni el diverso *nomen iuris* ni la consideración sistemática, al menos, apuntalan la aludida posición. El robo de animales se llama abigeato, pero es siempre un robo. El parricidio, por obra de una muy larga tradición, y el infanticidio, por una menos larga, reciben cada uno un nombre específico frente al homicidio, no obstante contarse entre sus especies. Desde el punto de vista sistemático, aunque el Código haya reservado lugar aparte al parricidio respecto del homicidio y sus demás formas, no deja de decir que "se da el nombre de parricidio al *homicidio* del padre, etcétera" (artículo 323). Procede, pues, hacer operar los tipos respectivos del modo como el Código, creemos, los dispone en el contexto del concurso de agentes.

Esto supone no hacer nuestra aquella respuesta al primero de nuestros interrogantes, consistente en condenar por parricidio a los extraños que intervienen en la muerte dada al padre por el hijo, respuesta nimbada por la tradición proveniente de la *Lex Pompeia de Parricidis*,¹¹ por la autoridad de Ulpiano,¹² por la praxis medieval y por el texto de las Siete Partidas¹³ y otros antecedentes parecidamente ilus-

¹¹ Inst., IV, 18, 7: Otra ley, la Ley Pompeya sobre los parricidas, castigaba con una pena singular al más grave de los crímenes. Según esta Ley, quien hubiese apresurado la muerte del padre, del hijo u otro pariente que pudiese situarlo en el rango de los parricidas, así lo hubiese hecho pública o secretamente, y el instigador o cómplice, aunque no fuese de la familia, sufrirá la pena de los parricidas (el subrayado es nuestro).

¹² D. 48.9.6: Cabe preguntarse si quedan sujetos a la pena del parricidio tan sólo los que mataron a sus ascendientes o también sus cómplices, y dice Meciano que también éstos deben ser castigados y no sólo los parricidas; así también deben ser castigados con la misma pena los cómplices extraños a la familia (Ulp. 8 de off. proc.).

¹³ En la partida VII, ley XII, se lee:

"Que pena mercesce el padre que matare al fijo, o el fijo que matare a su padre, o alguno de los otros parientes.

Si el padre matare al fijo, o el fijo al padre, o el auuelo al nieto, o el nieto al auuelo o a su visauuelo, o alguno de ellos a el; o el hermano al hermano, o el tío a su sobrino, o el sobrino al tío, o el marido a su muger, o la muger a su marido; o el suegro, o la suegra, a su yerno, o a su nuera; o el yerno, o la nuera a su suegro, o a su suegra; o el padrastro, o la madrastra a su entenado, o el entenado al padrastro, o el aforado al que lo aforro. Qualquier dellos que mate a otro a tuerto, con armas, o con yeruas, paladinamente, o encubierto, mandaron los Emperadores, e los sabios antiguos que este atal que fizo esta enemiga, que sea açotado publicamente ante todos; e de sí, que lo metan en un saco de cuero, e que encierren con el un can, e un gallo, e una culebra, e un ximio; e despues que fuere en el saco con estas quatro bestias, cosan la boca del saco, e lancenlos en la mar, o en el rio que fuere mas cerca de aquel lugar do acaesciere. Otros dezimos, que todos

tres. No admitir esa respuesta obliga, no obstante, a dejar los principios perfectamente en claro. El hijo que mata al padre comete parricidio. Los *extranei* que intervienen en ese hecho lo hacen, pues, en un parricidio. Aunque esos no parientes sepan que el ejecutor parricida ha dado muerte a su padre, no se da en ellos la *relación* con la víctima que, en cambio, liga a ésta con su victimario. Esto impide la vigencia en este caso del principio de accesoriedad. Ahora bien, el delito de parricidio es de aquellos que se conviene en denominar especiales improprios: eliminada de ellos la calificación que el tipo pone en el autor, subsiste una figura original o básica que es en donde comienza la protección penal del respectivo bien jurídico, en este caso, la vida humana. Se constituye así la constelación de que hablábamos, en donde gira, entre otros, el tipo de parricidio. Procede, en consecuencia, subordinar la intervención de los demás concurrentes a la figura original o básica, por aplicación del artículo 54, párrafo 1º.

Debemos ahora dar respuesta al segundo interrogante. Para hacerlo, el razonamiento debe ser análogo. El *intraeus* que no es autor sino partícipe en la muerte dada a su padre o ascendiente por un extraño, interviene en un hecho que no es parricidio, sino homicidio. La colaboración por él prestada es a un homicidio. Él se halla, sin embargo, respecto de la víctima en una relación que no se da en el ejecutor y que, por cierto, no puede gravar ni a éste ni a los demás concurrentes en el hecho, si los hay, sino sólo al partícipe que la posee. Su reponsabilidad de partícipe debe, pues, determinarse teniendo en cuenta esa relación suya con la víctima.

El único y muy importante problema que subsiste en ambos casos es el de justicia material. Tratándose de los concurrentes *extranei* al parricidio cometido por el hijo o descendiente, el sentimiento de justicia reclama para estos partícipes una pena que no se extraiga del marco penal del parricidio, delito que no han perpetrado, pero que no se determine tampoco con prescindencia de que no cooperaron a la

aquellos que diessen ayuda, o consejo, porque alguno muriesse en alguna de las maneras que de suso diximos, quier sea pariente del que assi muere, quier extraño, que deue auer aquella mesma pena que el matador. E aun dezimos, que si alguno comprare yeruas, o poncoña para matar a su padre, e desque las ouiere compradas, se trabajasse de gelas dar, maguer non gelas pueda dar, nin cumplir su voluntad, nin se le aguisasse, mandamos que muera por ello, tambien como si gelas ouiesse dado, pues que non finco por el. Otrosi dezimos, que si alguno de los otros hermanos entendiere o supiere, que su hermano se trabaja de dar yeruas a su padre, o de matarlo en otra manera, e non lo apercibiese dello, pudiendolo fazer, que sea desterrado por cinco años."

muerte dada por un hombre a otro, sino a la muerte dada por el hijo a su padre. En cuanto a los concurrentes *intranei* al homicidio de su padre cometido por un extraño, tampoco es dable imponerles la pena de un delito en que no han participado, pero tanto o más injusto sería extraerla pura y simplemente del marco penal legalmente adjudicado al homicidio, ya que no han participado en la muerte dada a un extraño sino en la muerte dada a su padre.

Es menester, pues, encontrar una pena intermedia. En otras legislaciones, como la española, el hallazgo de la pena intermedia se logra satisfactoriamente por algunos autores con el recurso al sistema de atenuantes y agravantes legalmente previstas como comunes.¹⁴ No procede dar cuenta aquí de cómo se hace operar aquel sistema, máxime si, como a su hora dijimos, es del todo ajeno al derecho punitivo nacional.

¿De qué recurso echar mano en la ley penal mexicana? A nuestro juicio, sólo de su propio sistema de determinación de la pena, habida cuenta, más que de consideraciones estrictamente técnicas, del imperativo de justicia material que se trata de obedecer.

En el Código Penal mexicano, aunque parezca increíble, el parricidio tiene la pena de trece a cincuenta años de prisión (artículo 324) y el homicidio calificado la de veinte a cincuenta años de prisión (artículo 320). Frente a ellos, el homicidio simple es punido con ocho a veinte años de prisión (artículo 307). El límite máximo de la pena del homicidio simple es el límite mínimo de la pena del homicidio calificado. Tales límites quedan situados a algo menos de la mitad de camino de la pena del parricidio. Esto significa, en cuanto a lo que a nosotros nos preocupa, que siendo extensos los tres marcos penales, es posible satisfacer las aspiraciones de justicia que han quedado expresadas, ya que no se hace difícil el hallazgo de la pena intermedia.

Consideremos primeramente la situación de los concurrentes *extranei* al parricidio cometido por un *intraneus*. Con imponérsele a este último, dentro del marco de trece a cincuenta años de prisión, una pena superior a veinte años, sería posible aplicar a los extraños, si el hecho no estaba acompañado de las circunstancias que habrían hecho de él un homicidio (parricidio) calificado, una pena de unos doce a catorce años de prisión, que resultaría claramente intermedia entre la del parricidio y la del homicidio no cometido por el ejecutor sobre el padre o ascendiente. Si, en cambio, las circunstancias de comisión del hecho permitieran tenerlo por homicidio (parricidio) calificado, el relativo paralelismo de los marcos penales asignados al homicidio calificado

¹⁴ Así Gimbernat, *op. cit.*, pp. 282 y ss.

y al parricidio haría posible el hallazgo de la pena intermedia que en esta situación se busca para los concurrentes *extranei*.

En la situación inversa, la de los concurrentes *intraanei* a la muerte de su propio padre o ascendiente perpetrada por un extraño, la pena a aplicarse al ejecutor, según que el homicidio fuera simple o calificado, iría de doce a veinte años o de veinte a cincuenta años. A esta vastísima gama sería también muy claramente posible adosar el extenso marco penal asignado por la ley al parricidio, con el resultado, incluso, de que una pena no demasiado alta impuesta al ejecutor dentro, digamos, del primero de aquellos marcos, haría siempre posible para los parientes una pena inferior extraída del marco del parricidio, que, como se recordará, tiene por límite inferior los trece años.

6. *Los restantes delitos especiales impropios, en particular los ministeriales*

El orden de ideas en que se contiene el binomio homicidio-parricidio atrae la atención hacia todos los demás delitos especiales impropios contenidos en el libro II, con el eventual desplazamiento a figuras que no contengan la calificación del autor que se da en aquéllos, para la punición de los partícipes no cualificados.

En el Código Penal mexicano este no es el caso, sin embargo, tratándose de los delitos ministeriales. El Código se ha inclinado, en efecto, conforme lo dispone el párrafo 2º del artículo 212, por imponer las mismas sanciones previstas para los delitos del servidor público a *cualquier persona* que participe en la perpetración de algunos de ellos.

Este párrafo 2º del artículo 212 es, dicho sea de paso, la mejor prueba de que en la legislación penal mexicana la tendencia no es a la fusión de tipos a que se entienda acceder la conducta de los no cualificados, sino a la disociación de los mismos tipos, en la forma que se ha venido reiteradamente explicando.

7. *Las características "tipificadas" de culpabilidad*

Tras las calidades y las relaciones personales menciona la ley en el párrafo 1º del artículo 54 las *circunstancias subjetivas* del autor de un delito, locución ésta de muy vasto contenido, en el que se comprenden, desde luego, las características "tipificadas" de la culpabilidad. Con ellas se agota el régimen de aumentar o disminuir la pena por desplazamiento de una figura original o básica a otra privilegiada

o calificada. Las "circunstancias subjetivas" de que luego deberemos ocuparnos gravitan de manera diferente en la agravación o atenuación penal.

Paradigmas de estas circunstancias subjetivas como "tipificaciones" de la culpabilidad son el estado emocional en que se incurre en el conyugicidio por sorprender *in fraganti* en el acto carnal u otro próximo a él, legislado en el artículo 310 del Código Penal, y el estado emocional en que el ascendiente mata o lesiona al corruptor del descendiente que se halla bajo su patria potestad, al sorprenderlos en el acto carnal o en uno próximo a él, delito previsto en el artículo 311 del Código Penal. Son estas dos figuras de delito conminadas con penas de magnitud inferior a las del homicidio simple, mitigación que, por disponerlo el párrafo 1º del artículo 54, no es aplicable a los partícipes. Si en la premeditación quiere reconocerse un componente culpable, cabría incluir entre las circunstancias subjetivas de que tratamos a la premeditación que califica el homicidio y las lesiones, esta vez con aumento de la pena en relación a las respectivas figuras simples, aumento que no grava a los demás concurrentes.

III. CARACTERÍSTICAS PERSONALES MARGINALES A LOS TIPOS

No divisamos motivo para no entender que el artículo 54, párrafo 1º, engloba todavía, dentro de las que designa como circunstancias subjetivas del autor, ciertas características personales que ya no establecen relación con el hecho, y que, por lo mismo, determinan para el autor un aumento (nunca una disminución) de la pena, que no deriva de accionar el mecanismo de desplazamiento de un tipo de delito a otro por agregación o sustracción de algún elemento típico, sino lisa y llanamente de que la ley apareja a la presencia de esas características personales un aumento de pena, cualquiera sea el tipo en que la conducta del autor pueda quedar inmersa.

Estas características subjetivas —y no circunstancias— son la reincidencia y la habitualidad. Ambas se dan antes del hecho de que se enjuicia. La primera es definida en el artículo 20, y desaprobada y punida en el artículo 65; la segunda, caracterizada en el artículo 21 y punida en el artículo 66.

Parece innecesario decir que, presentes en el autor, no afectan a los demás concurrentes.

IV. CARACTERÍSTICAS INNOMINADAS DE CONMISURACIÓN PENAL

Nuestras reflexiones no han desbordado hasta ahora las lindes de la individualización legal de la pena, esto es, las magnitudes abstractamente conminadas por la ley a las acciones u omisiones descritas en las figuras delictivas. Cabe preguntarse si el artículo 54 agota allí su vigencia o si es dable admitir también su aplicación a la individualización judicial de la pena o conmisuración penal; vale decir, al establecimiento del concreto monto de la punición que el juzgador realiza con arreglo a las directrices formuladas en los artículos 51 y 52, y dentro de los límites de una magnitud penal abstractamente conminada.

En favor de una respuesta negativa militarían aparentemente dos razones. Una sería que en la individualización judicial de la pena no se trata ya de aumentarla o disminuirla, sino sólo de precisarla en su monto. La otra consistiría en que el Código mexicano, a diferencia de códigos como el argentino, que también dejan un amplio margen a la conmisuración a cargo del juez, no autoriza, como ya expresáramos, a trasponer en sentido ascendente o descendente los límites fijados por la ley a la punibilidad.

Es ilustrativo que la mayoría de la doctrina argentina, razonando sobre su Código vigente, que en esta materia de la individualización judicial de la pena fue un modelo imitado casi literalmente por el legislador mexicano, se muestra en favor de aplicar reglas como la del artículo 54 a la conmisuración penal.¹⁵ La verdad es que si tal proceso concluye en la fijación de un monto penal concreto a través de una valoración que previamente ha ponderado, según ha de explicarse y fundamentarse en la sentencia, las circunstancias peculiares del delincuente y las exteriores de ejecución, como manda el artículo 51, ese juicio valorativo reposa en todo lo que es dable jurídicamente tener en cuenta para singularizar la medida de responsabilidad de un sujeto cuya conducta se ha adecuado a las bases generales de la imputación penal.

Ahora bien, si se trata de un delito cometido en concurso de agentes, ese juicio valorativo, con la ponderación que le sirve de fundamento, habrá de llevarse a cabo respecto de cada concurrente, y será menester, llegado el caso, determinar si las circunstancias de que habla el artículo 51, atribuibles a mérito o demérito de alguno, han de extenderse o no a los demás intervinientes.

¹⁵ Para los autores argentinos, véase Zaffaroni, Eugenio Raúl, *op. cit.*, p. 381.

¿Qué otros criterios podrían presidir esa operación, para mantener la interna coherencia de la ley, que no sean los que inspiran el artículo 54? ¿Por qué aplicar este artículo sólo a la punibilidad y no también a la punición? Si, conforme se expondrá a seguido, las circunstancias a que alude el artículo 51 no son taxativas sino, incluso, innominadas ¿por qué abandonar la eventual extensión de su aplicabilidad al mero arbitrio, máxime si la dicotomía recogida en el artículo 51 va por parecidos cauces a los de ambos párrafos del artículo 54, a saber: los del contraste entre lo real y lo personal? Con extender o no las circunstancias peculiares del delincuente y las exteriores de ejecución a los demás concurrentes según las reglas del artículo 54 se está, en verdad, *aumentando* o *disminuyendo* la punición a que debe haber lugar dentro de la magnitud de la punibilidad.

No es este el lugar para una exégesis detallada de los artículos 51 y 52 del Código Penal. En términos generales digamos, en primer lugar, que la dicotomía de circunstancias exteriores de ejecución y peculiares del delincuente, presentada por el primero de ellos como guía de la punición concreta dentro de los límites fijados por la ley, no se yuxtapone a la de causas reales y personales de aumento o disminución de la pena del artículo 54. La idea de circunstancias exteriores de ejecución es menos amplia que la de aumento o disminución penal fundados en circunstancias objetivas, mientras la fórmula de circunstancias peculiares del delincuente es más amplia que la de aumento o disminución penal fundados en las calidades, las relaciones personales o las circunstancias subjetivas del autor de un delito. En segundo lugar, al procurar precisar el artículo 52, en sus varios números, los términos de la dicotomía presentada en el que lo precede, muestra inequívocamente un espacio amplísimo de elementos de agravación o mitigación penal que trascienden en mucho los agregados o sustraídos a un tipo de delito, marco a que por regla general se circunscriben las normas contenidas en el artículo 54.

Esta amplitud conduce a que los factores determinantes de la punición en concreto devengan causas innominadas de commensuración penal, expresivas de un mayor o menor injusto o de una mayor o menor culpabilidad. Así, si la ley habla de la naturaleza de la acción u omisión, del peligro corrido y de los medios empleados para ejecutarla (artículo 52, fracción 1a.), términos en que parece albergarse una preocupación relativa a la magnitud del injusto, es dable subsumir en ellos, verbigracia, los perjuicios innecesarios no típicos agregados al hecho, como la ignominia de mantener atado al padre dentro del

recinto donde se procederá a la violación de su hija, para forzarlo a presenciar el hecho. Si se refiere la ley, enseguida, a las características personales del sujeto y a sus motivos y condiciones económicas (artículo 52, fracción 2a.), y a las condiciones especiales en que se encontraba al cometer el hecho y demás antecedentes personales y de tiempo, lugar, modo y ocasión, etcétera (artículo 52, fracción 3a.), tienen cabida allí tanto los motivos nobles como los fútiles y los abyectos, las condiciones económicas acrecentantes o minorantes de la exigibilidad, la imputabilidad disminuida, el error de prohibición evitable, el miedo que no alcanza a ser grave y el temor que no alcanza a ser fundado, etcétera. Estas últimas ponderaciones en el plano de lo subjetivo conciernen, tras el desplazamiento de la peligrosidad como fundamento del derecho punitivo mexicano por virtud de las reformas introducidas al Código en 1984, antes a la culpabilidad que a la "temibilidad" del sujeto, hoy confinada a mero correctivo de la magnitud penal, por razones de prevención.

Lo dicho muestra el grado en que la individualización judicial de la pena contribuye a ampliar el campo de aplicación del artículo 54, campo en que reaparece la gravitación posible, tanto de los elementos o características reales como de los personales.

V. LA EXCLUSIÓN DE LA RESPONSABILIDAD

A diferencia de otros códigos antiguos y modernos, el Código Penal mexicano se ocupa, en el contexto a que se refiere su artículo 54, sólo del aumento o disminución de la pena, y no legisla, por tanto, acerca de los efectos que ejercería sobre los demás concurrentes la existencia en el autor de elementos o características personales conducentes a la *exclusión* de su responsabilidad penal.

Estos elementos o características dirían relación, sobre todo, con las causas de exclusión de la culpabilidad y con las llamadas excusas legales absolutorias. El carácter individual de la culpabilidad, derivado de razones ontológicas, y el de las excusas absolutorias, derivado de razones políticas, conducen de manera necesaria a la inaplicabilidad de ambas clases de características personales excluyentes de la responsabilidad a los demás que han intervenido en el hecho, y de su consiguiente inaplicabilidad al autor si se dan en estos últimos. Si ese fundamento de inaplicabilidad no satisficiera, subsistiría la argumentación *a fortiori*: puesto que no se extienden a los demás concurrentes las carac-

terísticas personales que aumentan o disminuyen la pena del autor, con menos razón pueden extenderse a ellos las características personales de que no depende el *quantum* de la responsabilidad, sino su exclusión.

Álvaro BUNSTER