

Autoría y participación criminal: ¿Queda un largo camino por recorrer?

Marcelo Nieto Di Biase

INDICE

INTRODUCCION

CAPITULO I - Teorías para definir concepto de autor

- a) Teoría unitaria de autor
- b) Teorías diferenciadoras
 - b.1. Teoría subjetiva
 - b.2. Teoría formal . objetiva
 - b.3. Teoría material . objetiva
 - b.4. Teoría del dominio del hecho

CAPITULO II . Tipos de autoría

- a) Autoría directa o individual
- b) Coautoría
- c) La autoría mediata

CAPITULO III . Participación

- a) Fundamento de la punibilidad de la participación
- b) Complicidad
 - b.1. Clases de complicidad
- c) Inducción (instigación)

CAPITULO IV . Planteamiento de un caso

CONCLUSION

INTRODUCCION

Al tratar el tema de la autoría y la participación se debe focalizar el problema real existente y que resulta de establecer la distinción entre los autores y partícipes de un hecho ilícito.

Ello, merece un análisis minucioso, dado que el tema de la autoría y participación resulta ser uno de los temas más conflictivos del derecho penal, por cuanto la circunstancia de establecer sus limitaciones no ha quedado plenamente consolidada en la doctrina, causando dificultades para la jurisprudencia y la ciencia.¹

Es así, que la dogmática penal ha establecido criterios de diferenciación, mediante teorías, no solamente a los fines de determinar la actuación que tuvo cada persona en el hecho delictivo, sino también, y tanto o más relevante aún, la pena que le pudiera corresponder por ese hecho.

Por último, en el presente trabajo, se analizará un problema hipotético relacionado con la autoría.

CAPITULO I . Teorías para definir concepto de autor

Al iniciar el tema de la autoría debemos expresar conforme lo señalara Welzel que se considera autor a *todo aquel que ejecuta la acción, el "quien", sin nombre, usado por la ley en la mayoría de los tipos*²

¹ ROXIN, Claus. Política Criminal y Sistema del Derecho Penal, traducción de Francisco Muñoz Conde, Bosch, Barcelona, Año 1972.

² WELZEL, Hans. Derecho Penal, Parte General, traducción de Fontán Balestra. Roque Depalma Editor. Bs.As.. Año 1956.

Por su parte, Cerezo Mir considera que *es autor, en primer lugar, el que realiza el hecho por sí solo*³

Esta clara y, a simple lectura, sencilla afirmación nos permite iniciar el complejo recorrido del concepto de autoría en el derecho penal.

En el mismo sentido, se han elaborado, en el ámbito de la dogmática penal, distintas teorías a los fines de determinar el concepto de autor. Así, para Donna existen dos caminos posibles: *a) Se puede considerar autor a cualquier sujeto que haya cooperado de algún modo en el hecho, sin hacer ningún tipo de diferenciación entre los distintos aportes de los intervinientes. A esta posición responde el llamado concepto unitario de autor. b) La otra alternativa es distinguir varias formas de intervención según el grado e importancia material de los aportes realizados. Desde este punto de vista se procede a diferenciar al autor del resto de los partícipes, atribuyendo aquel carácter sólo a la figura central del hecho*⁴

a) Teoría unitaria de autor

Von Buri sostuvo el concepto unitario de autor, basándose en la teoría de la *conditio sine qua non*, entendiendo que cualquier aporte que realice un interviniente en un hecho ilícito debe ser considerando causa del mismo, no distinguiendo por tanto entre autores y partícipes.

Tal es así, que para dicha teoría los aportes de las personas que concurren ante un mismo hecho lo hacen como causas equivalentes, sin las cuales el resultado no hubiera acontecido, por lo que, siguiendo los postulados de dicha teoría, no se permite diferenciar entre el autor y el partícipe del ilícito.

³ CERESO MIR, José. Curso de Derecho Penal Español, Tecnos, Madrid. Año 2001.

⁴ DONNA, Edgardo Alberto. La autoría y la participación criminal. Rubinzal ó Culzoni. Año 2002

Es el criterio seguido por el Código Penal Italiano. Así, su artículo 110 establece: *“Cuando más de una persona concurre en el hecho, a cada uno corresponde la pena establecido para el delito”*⁵

Ahora bien, este criterio no brinda una solución en los casos en que interviene más de una persona, tal es así que en el delito de homicidio, por ejemplo, se dice que realiza el tipo el que mata a otro, pero de allí no es posible deducir quién es el que mata a otro cuando son varios los que toman parte en el hecho.⁶

Del mismo modo, impide diferenciar el grado de pena a aplicar a los distintos intervinientes, atendiendo a su participación en el hecho delictivo, pues al ser la intervención de todos equivalentes, se diluye la diferenciación, conduciendo a una ilimitada ampliación de la punibilidad.⁷

b) Teorías diferenciadoras

b.1. Teoría subjetiva

Esta teoría parte al igual que la anterior, de la teoría de la equivalencia de las condiciones, pues entiende que todos los sujetos que contribuyen a la realización del hecho son por igual autores, y por lo tanto deben ser responsables del mismo.

Sin embargo, reconoce que se debe de distinguir los grados de la contribución a la realización del hecho, pues de lo contrario a todos habría que sancionar con la misma pena.

Para distinguir los grados de contribución a la realización del hecho, esta teoría distingue a los autores y partícipes de acuerdo a un plano

⁵ Conf. DONNA, Edgardo Alberto. Ob. cit.

⁶ Conf. BACIGALUPO, Enrique. Derecho Penal, Parte General. 2da. Edición. Editorial Hammurabi. Año 1999.

⁷ Conf. JESCHECK, Hans. Tratado de Derecho Penal. Edit. Comares. Año 2003.

subjetivo, pues desde un plano meramente objetivo-causal como lo hace la teoría de la equivalencia de las condiciones, no es posible diferenciar el grado de contribución por los distintos contribuyentes, pues todas las condiciones para esta teoría son equivalentes.

Así, esta teoría recurre a elementos subjetivos, esto es, al ánimo con el que el autor y el partícipe hayan obrado.

De esta forma, será autor aquel que haya obrado con ánimo de autor ("*animus auctoris*"), y será partícipe quien haya obrado con ánimo de partícipe ("*animus socii*").

El *animus auctoris* se ha intentado caracterizar mediante dos fórmulas diversas:

a) Mediante la teoría del dolo, la cual afirma que todo depende de si el partícipe ha subordinado su voluntad a la del autor y si ha dejado a este decidir sobre la ejecución del hecho.⁸

b) A través de la teoría del interés, mediante la cual se considera que la voluntad de autor coincide con el sujeto que tiene un interés en la causación del hecho. Según esta teoría el cómplice y el instigador también son coautores.

A pesar de ser superior a la teoría unitaria, a esta teoría subjetiva de la participación se le pueden hacer severas críticas desde puntos de vista de política criminal, dado que, por ejemplo, desde la práctica se dice que la fórmula subjetiva no introduce ningún elemento comprobable, pues en muchos casos es imposible investigar la voluntad real de los sujetos.

⁸ ROXIN, Claus, citado por BACIGALUPO en el Manual de Derecho Penal. Editorial Temis. Bogotá. Año 1989.

Es así, que la jurisprudencia alemana demuestra que el juez no parte de ésta fórmula, sino que decide intuitivamente quien es autor y quien es cómplice, y luego, para fundamentar lo averiguado irracionalmente, afirma de quien ha considerado autor que ha querido el hecho como propio.⁹

b.2. Teoría formal - objetiva

Un sector minoritario de la doctrina considera que el concepto de autor se infiere de los respectivos tipos de la parte especial del Código Penal, ello sin tener en cuenta que dichos tipos penales están concebidos sin tomar en cuenta más que un único autor, es decir, un supuesto en el que no se presenta el problema de la distinción entre autores y otros partícipes.

Para esta teoría lo importante es la realización de los actos ejecutivos que se encuentran previstos en el tipo penal. En tal sentido, como se expresara anteriormente, será autor todo aquel que cometa por sí mismo la acción típica. De ello resulta que, si la acción realizada no es típica, no se podrá fundamentar la autoría. Por su parte, será partícipe quien aporte cualquier otra contribución causal al hecho.

Entre las críticas que se le formulan a esta teoría, es que no es posible diferenciar en los delitos de resultado entre la contribución y la realización del tipo, pues ya sea el realizar o contribuir auxiliando a causar el resultado, en ambos casos se podrá considerar autores.

Así, por ejemplo, A ayuda sujetando a B a matar a C. A será coautor y no partícipe, puesto que contribuye a lograr la muerte de C; otro ejemplo: A se sube en los hombros de B para alcanzar la fruta del árbol.

⁹ Conf. DONNA, Edgardo. Ob. Cit.

En este caso B no realiza ninguna conducta típica, y sin embargo se podría considerar, siguiendo esta teoría, como coautor; también fracasa en los casos de la autoría mediata, pues quien utiliza a otro puede no realizar ninguna conducta típica.

b.3. Teoría material . objetiva

Quiso salvar los obstáculos de la teoría objetivo-formal, siguiendo los mismos presupuestos, señalando que sería autor quien aportase en el hecho la contribución objetiva más importante, desde el punto de vista de la peligrosidad objetiva.

Sin embargo tampoco resuelve los casos de la autoría mediata, figura en que lo decisivo es si el autor mediato sabe o no que está realizando el hecho típico.

b.4. Teoría del dominio del hecho

Esta doctrina, si bien carece de recepción legal es ampliamente considerada en la actualidad, especialmente a partir de Roxin. El rasgo distintivo del interviniente que debe ser considerado autor, señala, es el de quien realizando una acción típica tiene la voluntad de dirigir el curso de los acontecimientos.¹⁰

Roxin lo expresa de esta manera: *es autor quien, de acuerdo con el papel desempeñado en el despliegue de la acción, ha tenido el dominio o codominio del suceso (el llamado dominio del hecho)*¹¹

En tal sentido, resulta oportuno, para dar un concepto de autor que sirva para diferenciarlo del concepto de partícipe, realizar una conjunción,

¹⁰ VASQUEZ, Roberto. "La múltiple intervención delictiva". Revista Jurídica LA LEY 1999 F, 557.

¹¹ ROXIN, Claus. "Problemas Actuales de las Ciencias Penales y la Filosofía del Derecho", en homenaje al Profesor Luis Jiménez de Asúa. Edic. Pannedille. Bs.As.. Año 1970.

a modo de síntesis, entre las teorías objetivas y subjetivas, con el fin de lograr una correcta delimitación de la autoría y la participación.

Esta teoría surgió del finalismo en cuanto a que en los delitos dolosos es autor quien domina finalmente la ejecución del hecho. Lo decisivo para ser considerado autor es el control final del hecho.

Welzel, consideraba que *pertenece al concepto de autor: 1. La característica general de autor: el dominio finalista del hecho. Dueño del hecho es quien lo ejecuta en forma finalista, sobre la base de su decisión de voluntad. 2. Las características específicas de autoría: a) las características objetivas-personales de autor: los especiales deberes del autor, inmanentes a su posición; p. ej., como funcionario, soldado, etc.; b) las características subjetivas-personales de autor: las intenciones especiales, tendencias y formas de ánimo o de sentimiento; por ejemplo, intención de apropiación, propósito deshonesto, ánimo brutal*¹²

Como se afirmara, actualmente la doctrina en forma casi unánime considera que el aporte del partícipe, se rige por el principio de la accesoriedad al hecho del autor, resultando por tanto delimitar con precisión el concepto de autor, ya que si aceptamos un criterio extensivo, tendremos como autores a todos aquellos que han ocasionado o causado una lesión de bienes penalmente tutelados. En cambio, si se adopta un criterio restrictivo, únicamente serán autores los que ejecutan la acción descrita en el tipo. Los auxiliares y cooperadores y los instigadores quedan fuera del concepto de autor y pasan a regirse por el principio de la accesoriedad al hecho y por ello las disposiciones legales que lo rigen son

¹² WELZEL, Hans. Ob. Cit.

una causa legal de extensión del tipo y de la pena. Por supuesto que esta extensión tiene pura y exclusivamente la medida acordada por la ley.¹³

Esta distinción es puramente conceptual y no impide que, desde el punto de vista de la gravedad de la pena, también el partícipe pueda ser condenado con la misma pena que el autor en sentido estricto, como sucede con el partícipe primario (art. 45 del Código Penal). Pero la más importante consecuencia de la distinción dogmática entre autor y partícipe es que la punibilidad del partícipe, aunque sea la misma que la del autor, depende o es accesoria de la del autor, que es la figura en torno al cual gira la configuración del tipo delictivo.

La Sala 2 del Tribunal de Casación Penal de la Provincia de Buenos Aires, en los autos caratulados: *“CORTES, Claudio y otros s/Recurso de casación”*, con fecha 20 de septiembre de 2007, ha resuelto que: *“Los aportes de los diversos sujetos activos a la autoría común demandan de sus protagonistas el dominio funcional sobre el hecho ejecutado, ya sea que este dominio se manifieste sobre la decisión del hecho, sobre su configuración en cuanto las circunstancias de tiempo, modo, lugar, víctimas, partícipes; o sobre ambos. Y dicha faz objetiva del dominio fáctico debe relacionarse subjetivamente con el conocimiento de la situación de prevalencia que tiene el sujeto sobre la ejecución del hecho, ya que sin el concurso de ambos aspectos no puede sostenerse actuación en coautoría.”*¹⁴

En el mismo sentido, la Sala III de la Cámara Nacional de Casación Penal estableció que: *“Autor es quien no siendo simplemente cómplice, toma parte en la ejecución del hecho realizando la acción típica. Es decir,*

¹³ Conf. HERRERA, Lucio Eduardo. “Coautoría por división de funciones”. Revista Jurídica LA LEY 1990 D, 27.

¹⁴ Tribunal de Casación Penal de la Provincia de Buenos Aires, “CORTES, Claudio y otros s/Recurso de casación”, 20/09/2007. Publicado en Lexis Nexis, Nro. 14/118461.

el sujeto que ejecuta la acción expresada por el verbo típico de la figura delictiva. Tomar parte en la ejecución del hecho . artículo 45 del Código Penal- no es exactamente igual a ejecutar el hecho típico; pero esto no significa que la ley esté excluyendo la figura del coautor, sino que por el contrario, en la descripción legal están comprendidos tanto el sujeto que solo y por sí mismo ejecuta la acción, como los que la ejecutan directa y conjuntamente con otros. Pues, cuando la acción típica es susceptible de ser realizada en conjunto por varias personas, o bien de ser divisible entre ellas, todos toman parte en el hecho en calidad de autores (voto del Dr. Righi)+¹⁵

CAPITULO II . Tipos de autoría

a) Autoría directa o individual

La autoría directa es la menos problemática: autor directo es quien ejecuta por sí mismo la acción típica.¹⁶ Se trata de supuestos en los que la ejecución se realiza de propia mano, dado que no necesita de otros.¹⁷

Resulta así, en una primera apreciación, que autor es solamente "el que" realiza o lleva a cabo, mejor dicho ejecuta, la acción indicada por el verbo núcleo del tipo. El término ejecuta responde a una exigencia dogmática, ya que el art. 45 lo emplea para señalar a los coautores cuando dice: "Los que tomasen parte en la ejecución del hecho" (el tomar parte se refiere a participación en sentido amplio) y distinguirlos así de los demás partícipes (participación en sentido estricto): auxiliadores o cooperadores en sus distintos grados e instigadores, los que por no realizar actos ejecutivos se rigen ya por el principio de la accesoriedad al hecho. Por tales motivos, el criterio que más se ajusta a la letra y a los

¹⁵ CNCP, Sala III, 22/04/96 òSidorak, Juan Ramón s/Recurso de Casación. Causa 603ò. SAIJ sumario 33001102.

¹⁶ ROXIN, Claus. òProblemas Actualesí ò Ob. Cit.

¹⁷ BACIGALUPO, Enrique. Ob. Cit.

fines de nuestra ley positiva es el criterio restrictivo de autor. Son así autores o coautores los que ejecutan de algún modo la acción descrita en el tipo, y partícipes en sentido estricto, todos aquellos que contribuyen conscientemente (dolosamente) a la producción del injusto, pero sin realizar actos ejecutivos típicos, y caen dentro de la esfera de carácter extensivo del tipo y de la pena. Es decir, son los que prestan al autor o autores una ayuda o cooperación (art. 45, Cód. Penal) o determinan directamente a otro (art. 45, último párr.), pero no ejecutan de ningún modo la acción típica.¹⁸

b) Coautoría

La doctrina alemana ha considerado que la coautoría es autoría cuya particularidad consiste en que el dominio del hecho unitario es común a varias personas. Coautor es quien, estando en posesión de las condiciones personales de autor, y participando de la decisión común del hecho, sobre la base de ella, coparticipa en la ejecución del delito. La coautoría se basa sobre el principio de la división del trabajo. Todo coautor complementa con su parte del hecho las partes del hecho de los demás en un total delictuoso; por eso responde también por el total.¹⁹

La jurisprudencia nacional, del mismo modo, ha establecido que *coautor será quien, en posesión de las cualidades personales de autor es portador de la decisión común respecto del hecho y en virtud de ello toma parte en la ejecución del delito.*²⁰

Roxin llama a la coautoría como *autoría funcional*, en donde varios correalizan la ejecución en distintos papeles (funciones) de tal forma que

¹⁸ HERRERA, Lucio Eduardo. "Coautoría por división de funciones". La Ley 1990-D, 27.

¹⁹ WELZEL, Hans. Ob. Cit.

²⁰ CNCCorr, Sala VI, 17/11/2003, "Magarzo, Gustavo Marcelo y otro", c. 22.937., citado en "Revista de Derecho Penal. Año 2005" ó 1, Autoría y Participación ó Iö. Director Edgardo Alberto DONNA.

sus aportes al hecho tomados en sí, completan la total realización del tipo.²¹

Es así, que se considera a los coautores como autores en virtud de que cometen el hecho típico entre todos. Ninguno realiza por sí solo el hecho en forma completa.

La coautoría funcional reconoce un aspecto subjetivo y otro de carácter objetivo, el primero tiene que ver con la decisión común al hecho, en tanto que el otro hace referencia a la ejecución de la decisión mediante la división del trabajo, tanto uno como otro aspecto son de suma relevancia para la consumación del hecho, algunos autores lo consideran imprescindibles.²²

Por su parte, en contra del principio de la accesoriedad que rige para la participación, en la coautoría rige el principio de imputación recíproca de las distintas contribuciones. Se trata pues, de un principio extensivo de la imputación, el cual señala que todo lo que haga cada uno de los coautores, es imputable extensiblemente a los demás.

Para que cada uno de los que toman parte en un hecho ilícito sea responsable por igual, se requiere que haya un mutuo acuerdo entre los intervinientes en el hecho, de tal manera que dicho acuerdo convierte a las distintas contribuciones en partes de un plan global unitario. Como elemento esencial de la coautoría se requiere además el elemento del co-dominio de hecho.

²¹ ROXIN, Claus. *Problemas Actuales* – Ob. Cit.

²² OJEDA AVILA, Walter Emilio. *El rol del cómplice necesario y su determinación dentro de la denominada participación criminal*. La Ley NOA 2008 (noviembre), 946.

Por último, merece destacarse la circunstancia que cada coautor responde sólo hasta donde alcanza el acuerdo y no habrá responsabilidad por el exceso del otro.²³

c) La autoría mediata

Esta figura de la autoría se caracteriza porque quien realiza el hecho utiliza a otro como instrumento. Tal es así, dado que no es necesario que el autor ejecute el hecho en todas sus fases de propia mano; puede servirse para ello de medios mecánicos, como puede, también, utilizar a terceros para sus fines, en tanto conserve él mismo el pleno dominio del hecho, a diferencia del tercero. El tercero queda así como un "instrumento", mientras le falte uno de los presupuestos necesarios de la autoría (el dominio del hecho), y mientras él quede en quien le lleva a la acción.²⁴

El autor mediato debe reunir todas las características especiales de la autoría (objetivas y subjetivas) en la misma medida requerida para el autor inmediato.²⁵

Debe distinguirse la autoría mediata de la inducción y cooperación, ya que las mismas presentan una estructura ontológica diversa. En el caso de la autoría, se trata siempre de un hecho propio, en cambio en las otras dos se trata de la participación en un hecho ajeno.²⁶

La autoría mediata, como forma de autoría, se caracteriza por el dominio del hecho; autor es quien tiene el dominio pero se sirve de otro como instrumento para la realización de la acción típica. Para que pueda afirmarse el dominio del hecho por parte del nombre de atrás se precisa que, frente a éste, el instrumento se encuentre en una posición

²³ DONNA, Edgardo. Ob. Cit.

²⁴ WELZEL, Hans. Ob. Cit.

²⁵ BACIGALUPO, Enrique. Ob. Cit.

²⁶ DONNA, Edgardo. Ob. Cit.

subordinada. Esta subordinación puede responder a coacción, error, incapacidad de culpabilidad o, según la tesis elaborada por Roxin, a su fungibilidad.²⁷

En este sentido, el Tribunal Oral en lo Criminal Federal de Tucumán expresó que: *“Se encuentra probado que el estupefaciente era de propiedad del padre, que él le pidió a su hijo que lo lleve y éste último no sabía el contenido de lo que tenía en su poder, la autoría de la tenencia simple de estupefacientes sólo cabe imputársela al primero, pues se trata de un caso de autoría mediata con actuación no típica del instrumento, debido al error de tipo”*²⁸

La autoría mediata no puede darse en los delitos de propia mano, por cuanto en estos casos la autoría depende de la realización corporal de la acción.²⁹ Así, se puede decir que el juez que quiera prevaricar ha de dictar él mismo la sentencia; como el hermano, si quiere realizar incesto, ha de realizar por él mismo el coito con su hermana.³⁰

Enmarcando los alcances de la autoría mediata, la Cámara Nacional de Casación Penal ha manifestado que: *“Corresponde condenar como autor mediato de los delitos de privación ilegal de la libertad, tormentos y homicidio calificado al funcionario policial que se encontraba a cargo del centro clandestino de detención donde se cometieron tales delitos desde que, se trata de un supuesto de autoría mediata a través del dominio de un aparato organizado de poder”*. Asimismo, expresó que: *“Si bien no se ha logrado acreditar la intervención directa del imputado en la ejecución de los delitos perpetrados en el centro clandestino de detención*

²⁷ CNCCorr., Sala V, 29/09/2003, Feletti, Roberto José, c. 21.909., citado en *Revista de Derecho Penal*. Año 2005 ó 1. Ob Cit.

²⁸ Tribunal Oral en lo Criminal Federal de Tucumán. Masuero, Ismael y otro. 10/05/2006. La Ley NOA 2006 (setiembre), 960

²⁹ BACIGALUPO, Enrique. Ob. Cit.

³⁰ GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. *Autor y cómplice en derecho penal*. Editorial B de F., Año 2006, pág. 213.

*a su cargo, resulta procedente condenarlo como autor mediato de éstos en virtud del dominio jerárquico que poseía*³¹

Ese criterio es el que sentó el Tribunal Supremo Alemán, cuando expresó en una sentencia que: *“Existe autoría mediata a través de un aparato organizado de poder cuando media fungibilidad del ejecutor y una estructura organizada y jerárquica que revele el funcionamiento criminal de la organización, pues sobre la base de estos criterios, puede justificarse el dominio del hecho que tienen los directivos de la organización sobre la realización de los delitos perpetrados por los ejecutores inmediatos.”*³²

c.1. Supuestos de autoría mediata:

c.1.1.) Cuando el instrumento actúa sin acción, por ejemplo, quien empuja a otro para que caiga encima de un tercero. En estos casos quien emplea la fuerza irresistible es el autor mediato.

c.1.2.) Cuando el instrumento actúa bajo una causa de justificación, por ejemplo, cuando el policía ante un grito de auxilio, de quien aduce haber sido asaltada por una persona, procede a detener a ésta última.

c.1.3) Cuando el instrumento actúa sin dolo, por ejemplo, la utilización de un mensajero que ignora el contenido del paquete para entrega una bomba que estallará al ser recibida por el destinatario.³³

c.1.4) Cuando el instrumento actúa mediante coacción, por ejemplo cuando el sujeto actúa bajo la amenaza de muerte.

³¹ Cámara Nacional de Casación Penal, Sala I. òEtchecolatz, Miguel Osvaldo Robertoö, 18/05/2007, publicado en La Ley Online.

³² Tribunal Supremo Alemán. (BGHSt. 40, 218), 26/07/ 1994. La Ley 1999-F, 561

³³ BACIGALUPO, Enrique. Ob. Cit.

c.1.5) Cuando el instrumento carece de capacidad para motivarse de acuerdo a la norma. Es el caso, por ejemplo, de quien se vale de un inimputable . enfermo mental-.

CAPITULO III - Participación

Conforme se citara previamente la dogmática penal distingue entre los diferentes roles que desempeñan las personas cuando concurren en la comisión de un delito, diferenciando entre autores y partícipes.

La diferencia esencial es que mientras al autor se le representa el hecho como %ayo+, al partícipe el mismo hecho se le representa como %ajeno+, revistiendo éste un carácter dependiente al accionar del autor.

Una de las características de la participación es que la intervención del partícipe se acuerda con carácter previo al hecho; quien, después de la terminación material del hecho, ayuda al autor o asegura la presa, no comete participación, sino una forma de encubrimiento.³⁴

Para ser considerado partícipe a un interviniente del hecho ilícito es preciso que el partícipe no haya tenido el dominio del hecho o no haya estado obligado por el deber especial en los delitos de infracción del deber.³⁵

Cuando nuestro Código Penal trata las formas de participación no alude al plan subjetivo de el o los autores -en el que obviamente puede estar presente la comisión de varios delitos-, sino al "hecho", en expresión que generalmente ha sido entendida como la conducta humana consumativa de un determinado tipo penal, de lo que se sigue que para apreciar el grado o forma de participación de una determinada persona, debe atenderse a la actuación que le correspondió en cada uno de los

³⁴ WELZEL, Hans. Ob. Cit.

³⁵ BACIGALUPO, Enrique. Ob. Cit.

hechos en particular y no a la realización de un plan que quizás comprendía la realización de varios.³⁶

En relación a la accesoriidad de la participación, la jurisprudencia ha expresado que: *Los alcances del principio de accesoriidad interna de la participación distan de ser explicados en el Derecho argentino, razón por la cual, aunque se acepta hoy como dominante la llamada teoría de la accesoriidad limitada que recepta, por ejemplo, la legislación alemana y que requiere un autor que haya concretado o cuando menos tentado un injusto . acción típica y antijurídica-, convergen en doctrina otras tendencias que se extienden desde la mera exigencia de la realización de un tipo objetivo, hasta la hiperaccesoriidad, a cuyo tenor sólo podría participarse en un hecho típico, antijurídico, culpable y punible de otro. Entre esos extremos median, además, las denominadas reglas de accesoriidad mínima y máxima. Ello anticipado, parece claro que la incongruencia jurídica de que la suerte de lo accesorio . la participación- haya sido distinta de la suerte de lo principal . la autoría- no puede inferirse, sin más, de la regla de la accesoriidad de la participación, porque según se prefiera una u otra interpretación puede darse la hipótesis de que el autor haya actuado sin uno u otro de los elementos del delito no obstante lo cual el partícipe habría de responder por su conducta³⁷*

Por su parte, el partícipe de un hecho delictivo debe actuar con dolo. El dolo del partícipe debe dirigirse a la producción de la consumación

³⁶ Cámara de Apelaciones en lo Penal de Santa Fe, sala IV, 03/03/1999. LA LEY 2000-C, 914 - LLLitoral 2000, 141

³⁷ CNCP, Sala I., 17/10/2008, óRusch, Eugenio H.s/Rec. de Casación, L.L.2003-D-1014, citado en óRevista de Derecho Penal. Año 2005 ó 1. Ob Cit.

del hecho típico principal de manera que siempre deberá hablarse de un dolo en referencia a un tipo penal determinado.³⁸

a) Fundamento de la punibilidad de la participación

Hay distintas teorías que trata de explicar el fundamento de la culpabilidad y punibilidad de la conducta del partícipe:

a.1) Teoría de la corrupción o de la culpabilidad: el fundamento de la punibilidad de la participación reside en la culpabilidad del partícipe respecto de la corrupción del autor.³⁹

a.2) Teoría de la causación o del favorecimiento: es la doctrina aceptada por la doctrina mayoritaria, la cual señala que la razón por la cual se considera culpable al partícipe, es porque favorece psíquicamente o materialmente al autor a la consumación del hecho delictivo realizado.

De esta teoría se deduce que la voluntad del partícipe se debe dirigir a la ejecución del hecho principal, y que este hecho requiera para su configuración del dolo. El desvalor de la conducta del partícipe consiste en colaborar en la violación de la norma por parte del autor.⁴⁰

Conforme expresa disposición del artículo 45 del Código Penal Argentino hay que distinguir claramente a los que tomaren parte en la ejecución del hecho, de aquellos que presten al autor o autores un auxilio sin el cual el mismo no hubiese podido cometerse, conforme la misma terminología legal. Si esto es así, una cosa son los ejecutores y otra distinta, los que prestan a ellos el auxilio estimado esencial o imprescindible, puesto que de otra forma no tendría ningún sentido la diferenciación legal. Aclarado esto, cabe interpretar, que los autores o ejecutores son aquellos que han tenido el dominio del hecho, esto es, el

³⁸ CEREZO MIR, citado por DONNA, Edgardo. Ob. Cit.

³⁹ BACIGALUPO, Enrique. Ob. Cit.

⁴⁰ JESCHECK, Hans. Tratado de Derecho Penal. Edit. Comares. Año 2003.

señorío sobre el hecho ilícito, de decidir el sí y el cómo hacerlo en el núcleo de la acción

b) Complicidad

Se entiende por complicidad como la cooperación dolosa en la realización de un hecho antijurídico dolosamente cometido por otro.

La complicidad puede ser prestada mediante consejo o hecho, por tanto, también psíquicamente; lo mismo que mediante omisión, en el caso de que exista un deber de intervenir.⁴¹ La aportación, en consecuencia, no debe ser de manera necesaria materialmente causal.⁴²

La cooperación debe ser dolosa. El cómplice debe saber que presta un aporte a la ejecución de un hecho punible. El dolo del cómplice debe referirse tanto a la ejecución del hecho principal como a su favorecimiento.⁴³

b.1) Clases de complicidad

El Código Penal en sus artículos 45 y 46 establece grados de complicidad.

Así, se encuentran los que auxilian o cooperan con el o los ejecutores del hecho para que éste se pueda cometer (art. 45) . cómplices primarios -; b) los que cooperan de cualquier otro modo a la ejecución del hecho (art. 46) -cómplices secundarios-; c) los que prestan una ayuda posterior al hecho cumpliendo promesas anteriores a él (art. 46) - cómplices secundarios-.

b.1.1) Cómplice primario. El artículo 45 del Código Penal, en su primera parte, expresa: *Los que tomasen parte en la ejecución del hecho*

⁴¹ WELZEL, Hans. Ob. Cit.

⁴² BACIGALUPO, Enrique. Ob. Cit.

⁴³ DONNA, Edgardo. Ob. Cit.

o prestasen al autor o autores un auxilio o cooperación sin los cuales no habría podido cometerse, tendrán la pena establecida para el delito +

En tal sentido, conforme parte de la doctrina el carácter de cómplice primario depende del aspecto objetivo del aporte brindado (aquel sin el cual el hecho no habría podido perpetrarse).⁴⁴

Según Nuñez, lo que interesa para apreciar el valor del aporte del cómplice, es la modalidad del hecho concreto al que accede y no cualquier otro modo o manera de cometerlo. La fórmula legal se refiere, en realidad, a que el auxilio o cooperación es complicidad necesaria si la tarea propiamente ejecutiva del tipo delictivo, sin el concurso del aporte del cómplice no se hubiera realizado como se realizó en el caso concreto sino con otras modalidades. En otros términos, el aporte del cómplice es necesario, no por su grado sino por su efecto respecto de la configuración práctica del pertinente tipo delictivo.⁴⁵

Por el contrario, los aportes de los cómplices no aprovechados por los autores o coautores en el tramo estrictamente ejecutivo, para la configuración típica o fáctica del hecho, deben ser calificados como no necesarios o secundarios.

La Sala Penal del Tribunal Superior de Justicia de la Provincia de Córdoba, adoptó, en un fallo, el siguiente criterio: *“Sólo es posible, entonces, calificar como necesarios a aquellos aportes prestados a los autores o coautores aprovechados por los autores en el tramo estrictamente ejecutivo, sea que se vinculen con la modalidad típica de ejecución (v.gr., el suministro del arma utilizada en el robo), sea también los que hacen a su modalidad fáctica (v.gr., el suministro de información*

⁴⁴ Conf. FONTAN BALESTRA, Carlos. *Tratado de Derecho Penal*, Tomo I, Parte General, 2º edic. Editorial Abeledo ó Perrot, Bs.As. Año 1990.

⁴⁵ NUÑEZ, Ricardo. *Manual de Derecho Penal. Parte General* 4º edic. Edit. Marcos Lerner. Año 1999.

*relacionada a la ausencia de moradores de la vivienda en la que ingresan los autores del robo, conociendo la ausencia de riesgos)*⁴⁶

b.1.2) Cómplice secundario. El artículo 46 del Código Penal establece que: *Los que cooperen de cualquier otro modo a la ejecución del hecho y los que presten una ayuda posterior cumpliendo promesas anteriores al mismo, serán reprimidos con la pena correspondiente al delito, disminuida de un tercio a la mitad* +

Esta es una colaboración que se efectúa al injusto del autor. Las hipótesis previstas son dos: la cooperación de cualquier modo .no esencial- a la ejecución del delito (primera modalidad); y la ayuda posterior a ésta, mediando promesa anterior (segunda modalidad).⁴⁷

Para evaluar si la ayuda prestada por el cómplice fue o no esencial, tanto la doctrina como jurisprudencia siguen un criterio concreto o uno abstracto; el primero estipula que debe juzgarse lo ocurrido en el caso concreto conforme los planes de la ejecución, debiendo ello hacerse ex post pues desde esta perspectiva observaremos si con el aporte o ayuda el plan se hubiera frustrado, criterio que es insuficiente porque prácticamente de todos los aportes pueden predicarse que en el caso concreto fueron imprescindibles, puesto que si faltara uno de ellos el hecho no se hubiese realizado tal como efectiva y concretamente se realizó; el segundo criterio, el abstracto, sostiene que hay que hacer abstracción del caso concreto y preguntarse si la forma de cooperación puede considerarse necesaria en general para la comisión del delito, criterio también insuficiente, puesto que conforme a él todo aporte no sería nunca necesario, pues el autor hubiera podido conseguir el medio o instrumento o la colaboración prestada, de cualquier otra persona, o podía

46 Tribunal Superior de Justicia de Córdoba - Sala Penal, autos caratulados: Becerra, Miguel A. y otros s/rec. de casación, de fecha 22 de septiembre de 2005, Publicado en: LLC 2006, 38.

47 D'ALESSIO, Andrés. Código Penal ó Comentado y Anotado. Tomo I ó Parte General. Edit. La Ley. Bs.As. Año 2005.

haber utilizado otro medio o forma de ejecución. Es por esto que la doctrina y jurisprudencia prefieren un criterio mixto, es decir, tener en cuenta el aporte en el caso concreto pero relacionando con la ayuda prestada a la ejecución de la acción típica. Así se señala como preferible la llamada teoría de los bienes escasos del maestro español Gimbernat Ordeig, quien sostiene que una contribución es cooperación necesaria si era muy difícil . de allí el nombre de la teoría- de conseguir para el caso concreto.⁴⁸

En lo que se refiere al grado de culpabilidad de los intervinientes en un delito, y su relación con el partícipe secundario, se ha dicho que: *“Al consistir la participación secundaria, de acuerdo al principio de accesoriedad limitada que la gobierna, en la mera intervención en un hecho ajeno, nada importa la falta de demostración de la culpa del autor si se encuentra perfectamente delimitado, clara y precisamente, el hecho ejecutado. La culpabilidad es una cuestión ajena por ser individual a cada interviniente en el suceso delictuoso. De ahí se explica que el art. 47 del Cód. Penal faculte al juez a limitar subjetivamente la responsabilidad del cómplice por el hecho realmente cometido por el autor”*⁴⁹

c) Inducción (instigación)

Inductor o instigador es el que determina directamente a otro a cometer un hecho punible. En otras palabras, instigar es crear en otro (el auto) la decisión de cometer el hecho punible (dolo). Esto significa que el instigado debe haber formado su voluntad de realizar el hecho punible como consecuencia directa de la acción del inductor.⁵⁰

⁴⁸ Cámara Primera del Crimen de Trelew. Autos: δDIMURO, Walter Sebastián y otrosí ö, Carpeta 567 - Oficina Judicial de Trelew, 26/12/2008. Voto del Dr. Omar Florencio MINATTA.

⁴⁹ CNCP, sala III, voto del doctor Mitchell, registro N° 416.01.3, "Escobar Maydub, Jorge Omar Mohamed s/recurso de casación", 3/07/01, causa N° 2848).

⁵⁰ BACIGALUPO, Enrique. Ob. Cit.

En ese sentido, la conducta del inductor consiste en provocar o persuadir a una persona a que tome una resolución para realizar un hecho ilícito. El inductor no tiene el dominio del hecho, sino solamente determina a otro a realizar un hecho delictivo mediante el uso de su influencia.

La responsabilidad del inductor depende del autor principal, ya que es partícipe del delito cometido por el autor principal. Por consecuencia, como está atado a la suerte del principal, la pena depende de hasta donde ha llegado el delito; esto es, si se consumó, tendrá la pena del delito consumado, si quedó tentado tendrá esa pena. Pero, como mínimo, el hecho principal debe haber tenido comienzo de ejecución, caso contrario la inducción es impune.⁵¹

Es una participación puramente síquica, consistente en haberle hecho tomar al autor la resolución de ejecutar el delito consumado o intentado. Si el tercero ya está determinado a delinquir no puede haber instigación en los términos del artículo 45 del Código Penal.⁵²

El límite de la responsabilidad del instigador se encuentra en su propio interés, es decir, hasta el resultado que tuvo en miras se produzca; por lo tanto no responderá por el exceso en que incurra el instigado, lo cual se deriva del principio de culpabilidad.⁵³

El medio empleado para la instigación es indiferente: persuasión, consejo, hasta aparente disuasión. Los medios citados en él: amenaza, fuerza y error, no deben llegar a tal punto que el autor ya no actúe dolosamente, sobre la base de su propia decisión, si no existiría autoría mediata.⁵⁴

CAPITULO IV . Planteamiento de un caso

⁵¹ DONNA, Edgardo. Ob. Cit.

⁵² NUÑEZ, Ricardo. Ob. Cit.

⁵³ BACIGALUPO, Enrique. Ob. Cit.

⁵⁴ WELZEL, Hans. Ob. Cit.

Caso: La Sra. %A+ apunta con un arma de fuego al Sr. %B+, y le exige que acceda carnalmente a la menor %C+ de 6 años de edad, amenazándolo con causarle la muerte tanto a él como a la menor en caso de no realizar el acto.

En el tercer párrafo del artículo 119 del Código Penal se encuentra la figura del abuso sexual con acceso carnal (violación), como una forma agravada del abuso sexual simple.

La violación se trata de un delito de los llamados %de propia mano+, es decir, de aquellos en los que la autoría depende de la realización corporal de la acción, dado que lo reprochable del acto es precisamente su ejecución corporal, excluyéndose en estos delitos la coautoría y la autoría mediata.⁵⁵ Son determinados tipos delictivos reglados de tal modo que sólo pueden ser autores quienes estén en condiciones de llevar a cabo por sí, e inmediatamente, la acción prohibida. De ahí que se limite el ámbito de quienes pueden ser autores de estos delitos, en los cuales aparece como predominante el desvalor de acción, en virtud de que al sujeto le está prohibida la acción que desarrolla y no el desvalor de resultado. Además aparecen como delitos predominantemente de actividad.⁵⁶

A los fines de analizar el caso planteado, debe hacerse mención que el Sr. %B+ actúa bajo amenazas, por lo que su accionar se encuentra justificado en los preceptos del artículo 34 inciso 2° del Código Penal, esto es bajo las amenazas de sufrir un mal grave e inminente.

Ahora, bien, tratándose la violación de un delito de propia mano la Sra. %A+ no puede ser autora directa del delito de abuso sexual, y de

⁵⁵ BACIGALUPO, Enrique. Ob. Cit.

⁵⁶ DONNA, Edgardo Alberto. *Teoría del Delito y de la Pena* Tomo II. Imputación Objetiva. Edit. Astrea. Bs.As. Año 1995.

acuerdo a lo citado precedentemente, tampoco puede ser autora coautora o autora mediata.

D'Alessio en su Código Penal comentado, refiere que quien se vale de otro que no realiza conducta, o de quien actúa atípica o justificadamente, no puede ser considerado autor (directo o mediato) si se trata de un delito de propia mano, pues no realiza directa y personalmente la acción típica. En tales casos, tampoco es admisible la instigación porque ésta, como toda participación, es accesoria de un injusto, y quien realiza una conducta atípica o justificada no comete un injusto penal.⁵⁷

Zaffaroni, por su parte, señala que estos casos no son atípicos ni impunes en el Código Penal. El artículo 45 dispone: *En la misma pena incurrirán los que hubiesen determinado directamente a otro a cometerlo*. Así, en el caso citado existiría, siguiendo este criterio, una determinación directa. Según Zaffaroni, es incuestionable que tal supuesto cabe dentro de la fórmula del Código Penal.⁵⁸

Respecto a la pena en que incurriría la Sra. ~~A~~, conforme lo expresa Zaffaroni en su obra, en los casos en que hay determinación debe imponerse, al determinador, la pena del delito y la única explicación que esto tiene es que la propia ley construye un tipo de autoría de determinación.⁵⁹

CONCLUSION

En las líneas precedentes se intentaron explicar conceptos centrales de la autoría y participación con el fin de lograr interpretar los criterios dogmáticos relacionados con el particular.

⁵⁷ D'ALESSIO, Andrés. *¿Código Penal? ¿Ob. Cit.*

⁵⁸ ZAFFARONI, Eugenio; ALAGIA, SLOKAR. *Manual de Derecho Penal ó Parte General*. Edit. Ediar. Bs.As. Año 2005.

⁵⁹ ZAFFARONI, Eugenio. *Ob. Cit.*

La enunciación y explicación de los tipos de autoría, sus variantes y su diferenciación con la participación, permiten dar los primeros pasos dentro del ámbito de esta parte de la ciencia penal.

Así, la distinción entre autoría y participación, como se expresara, se lleva a cabo utilizando distintos criterios, entre los que predomina la teoría del dominio del hecho, según la cual autor de un delito es el que domina objetiva y subjetivamente la realización de ese delito, hasta el punto que sin su intervención y decisión el delito no se podría cometer.

El partícipe, en cambio, es sólo, como su propio nombre indica, alguien que favorece, ayuda, induce o coopera en la comisión de un delito, cuya realización, sin embargo, depende la voluntad de otra persona que es el verdadero autor.

Por su parte, la aplicación de los principios del tema en el análisis del caso planteado es una expresión de la necesidad de profundizar el estudio de la autoría, siguiendo lo considerado por Roxin en cuanto que el tema de la autoría y participación resulta ser uno de los temas más conflictivos del derecho penal, dado que la circunstancia de establecer sus limitaciones no ha quedado plenamente consolidada en la doctrina, quedando un largo camino por recorrer.