

La autoría y la participación criminal en el Derecho Penal Argentino

Manuel Ignacio Islas¹

SUMARIO: I.- El marco normativo de la participación criminal en el Código Penal Argentino. ¿Criterio Amplio o restrictivo?; II.- Génesis histórica de las normas de la participación criminal; III.- La situación de los encubridores; IV.- Los delitos cometidos por medio de la imprenta; V.- La codelinquencia; VI.- ¿Se puede participar en un delito culposo?; VII.- Delimitación del concepto de participación El concurso de Personas en el delito. La intervención de varias personas en el hecho punible; VIII.- Formas de distinción entre autoría y participación; IX.- La autoría. Supuestos; X.- La participación criminal como dispositivo expansivo de la punibilidad XI.- La Participación criminal. Concepto. Naturaleza y Caracteres; XII.- El dolo del partcipe; XIII.- ¿Debe ser punible la intervención del partcipe que actúa con dolo eventual?; XIV.- La complicidad; XV.- Castigo de la complicidad; XVI.- La comunicabilidad de las circunstancias; XVII.- Clases de complicidad: Cómplices primarios y Secundarios; XVIII.- Distinción entre cómplice primario y secundario; XIX.- La instigación; XX.- Medios de inducción; XXI.- Dolo del inductor; XXII.- Conclusiones; XXIII.-Referencias bibliográficas

RESUMEN: El presente es un abordaje dogmático actualizado y crítico de un tema crucial en el Derecho Penal Argentino como lo es el adecuado deslinde entre autores, cómplices e instigadores, es decir, la pluralidad de intervinientes en un hecho delictivo y las problemáticas concretas que presentan tales asuntos.

PALABRAS CLAVE: Participación – Autoría – Complicidad - Instigación

¹ Abogado UNLP. Magíster en Ciencias Penales UNIPam. Fiscal del caso en Neuquén capital.-

I.- El marco normativo de la participación criminal en el Código Penal Argentino. ¿Criterio Amplio o restrictivo?

Nuestro legislador penal incluyó las reglas de la participación criminal en la parte general del Código Penal Argentino, más precisamente en el Libro I Título VII (arts. 45 a 49), lo cual resulta metodológicamente correcto porque de otro modo habría que repetirlas monótonamente en cada figura delictiva de la parte especial, lo cual sería engorroso, innecesario y poco práctico.

El art 45 del Código Penal Argentino señala que “*los que tomasen parte en la ejecución del hecho o prestasen al autor o autores un auxilio o cooperación sin los cuales no habría podido cometerse (COMPLICES PRIMARIOS), tendrán la pena establecida para el delito. En la misma pena incurrirán los que hubiesen determinado directamente a otro a cometerlo (INSTIGADORES).*”

Por su parte el art 46 establece “*los que cooperen de cualquier otro modo a la ejecución del hecho y los que presenten una ayuda posterior cumpliendo promesas anteriores al mismo, serán reprimidos con la pena correspondiente al delito, disminuida de un tercio a la mitad (COMPLICES SECUNDARIOS).*”

La expresión *participación* tiene dos sentidos diferentes: a) en sentido amplio, participación es el fenómeno que opera cuando una pluralidad de personas toman parte en la ejecución del delito, como participantes en el carácter que fuere, es decir, como autores, cómplices o instigadores; b) en *sentido limitado*, se entiende por participación el fenómeno por el cual una o más personas toman parte en el delito ajeno, es decir, cometido por otro; siendo partícipes solo los cómplices y los instigadores, con exclusión de los autores.

En mi opinión se regula en esta rúbrica sólo las cuestiones vinculadas a la participación criminal en sentido limitado o estricto, es decir, no comprende los distintos casos de autoría. Dicho de otro modo, la participación prevista por los art. 45 y 46 del CP se refiere sólo a los siguientes sujetos: cómplices necesarios o primarios, los instigadores y los cómplices no necesarios o secundarios.

Primero, existen razones históricas para creer que el criterio limitativo o restrictivo que sostengo es el correcto.

Recordemos que en el año 1921 cuando entró en vigor nuestro Código Penal actual, el criterio doctrinario dominante para diferenciar autores y partícipes era la

teoría formal objetiva, seguramente no desconocida por nuestro legislador penal. Los partidarios de este criterio decían que sólo podrá ser autor el que ejecuta la acción descrita por el verbo típico de cada figura delictiva. Por ello, pienso que posiblemente en ese momento los legisladores creyeron inconveniente e innecesario prever expresamente en el título bajo estudio las cuestiones referentes a la autoría criminal, porque para ello debían observarse las distintas acciones típicas previstas en cada uno de los distintos tipos penales de la parte especial.

En segundo lugar, si el legislador hubiera querido regular la autoría en la parte general, sencillamente lo hubiera incluido expresamente en la denominación del título y su correspondiente articulado, como lo prevén numerosas legislaciones comparadas al abordar estos temas, que hacen referencia expresa a los *autores y partícipes*.

Además, si la redacción actual del CP en lo referente a la participación criminal incluyera a la autoría, como creen los sostenedores de la criterio amplio, los redactores del Proyecto de reforma del CP Argentino del año 2006, seguramente no hubieran titulado la rúbrica respectiva como “*autoría y participación criminal*”, porque si ya estaban incluidos los autores en cualquiera de sus modalidades no tenía razón de ser su mención expresa. Estos indicios concordantes refuerzan el criterio limitado que es el que considero correcto.

Por otro lado, no es correcto inferir de la expresión “*los que tomasen parte en la ejecución*” empleada en el art 45 CP, que el legislador aluda a los autores o coautores del delito.

Tomar parte en la ejecución de un hecho delictivo no es sinónimo de ser su autor. Pienso que con esa expresión el legislador se refiere a los *cómplices primarios* que intervienen en la etapa de ejecución del delito, pero no pueden ser autores porque les falta alguna cualidad específica que exige la figura para ser autor (*delicta propria*) o no realizan personalmente la acción típica (delitos de propia mano).

Por los motivos expuestos, considero que el criterio limitativo es el correcto a la hora de estudiar el título VII del Libro primero del Código Penal por ser el que siguió nuestro legislador en la ley vigente, que es el insumo básico para cualquier construcción dogmática no especulativa.

II.- Génesis histórica de las normas de la participación criminal

La reconstrucción dogmática de los art 45 y 46 del Código Penal Argentino se encuentra avalada por los antecedentes legislativos.

El sistema se remonta al art 31 del código Tejedor, que reproducía el art 45 del Código Bávaro, conforme el cual *eran autores* el ejecutor, el auxiliador necesario y el determinador, en cuyo concepto estaba incluido el instigador pero no lo agotaba. El límite entre autoría y complicidad radicaba en la necesidad del aporte.

El art 45 del Código Penal toma su redacción actual del proyecto de 1917, cuyos autores renunciaron a la expresión considerar autores en este artículo, limitándose a decir que se les aplica la pena del autor, lo que dejó librada a la dogmática la determinación y delimitación correcta de los autores y los partícipes en un hecho penal. Es decir, de un sistema en que se consideraba autores a todos los ejecutores, a los que prestaban un auxilio necesario y a los que determinaban, se pasó a un sistema en el que simplemente a todos se les aplica la pena del autor.

De la reseña histórica que antecede se desprende, según lo veo, que de un criterio legal expreso de autor único, se pasó a una suerte de criterio *de autor único solapado o subrepticio*, porque si bien no se dice expresamente y se emplean distintas denominaciones para hablar de los intervinientes en un hecho delictivo ajeno, al conminar a los partícipes necesarios y a los instigadores con la misma pena que los autores, se los está asimilando como si fueran lo mismo, desconociéndose las diferencias ónticas que existen entre cada uno de estos sujetos, posibilitándose en abstracto que frente a un hecho con varios intervinientes se les aplique a todos la misma pena, pese a que sus roles diferenciados en el despliegue delictual, incurriéndose en un cambalache punitivo donde pareciera ser que todo es igual nada es mejor como decía Discépolo.

Ejemplifico: Carlos disparó contra Pedro a quemarropa provocándole su muerte (Carlos, es autor del hecho). Para causar la muerte Carlos utilizó un revolver calibre 38 *Smith & Wesson* que a tal fin le prestó su amigo Leandro (cómplice necesario). Carlos cometió el hecho por la determinación directa formulada por Juan (instigador) quien le dijo que matara a Pedro porque había lastimado a un familiar cercano y no merecía vivir.

En mi opinión las acciones de los sujetos del ejemplo anterior tienen distinta gravedad y no puedan ser asimilados a los efectos de la pena, sea en abstracto o en concreto.

Pareciera ser que al decir nuestro legislador en el art 45 “...*tendrán la pena establecida para el delito*” se estaría refiriendo a que cabría conminar en abstracto el hecho con la misma escala penal aplicable al autor, ámbito en el cual el juez que determine la pena aplicable al caso concreto tendrá el suficiente marco de

discrecionalidad para pivotear en la escala penal aplicada para corregir estas diferencias materiales u ópticas en orden a merituar el aporte de cada interviniente.

Otros podrán decir que el legislador al decir “*tendrán la pena*” se está refiriendo a la consecuencia concretamente impuesta a un autor determinado, que tendrá que ser la misma que se imponga al cómplice y/o al instigador.

Entonces cabría concluir que es una deficiencia en la redacción técnica del precepto legal que tendrá que corregir el juez en la aplicación concreta de penas

Sin duda autores cómplices e instigadores merecen un reproche penal diferenciado porque, es socialmente más disvalioso el acto de disparar y matar a la víctima utilizando un revólver, que el de facilitar el arma, pues no corresponde al facilitador la decisión de matar; del mismo modo que determinar a otro a matar – instigar-, no es lo mismo que cometer un homicidio. Son acciones distintas que merecen reproches diferenciados en abstracto que deben estar plasmados en la ley vigente y no librados a la interpretación judicial y a la variedad de criterios judiciales con posible afectación de la igualdad ante la ley, imponiéndose consecuencias idénticas a situaciones distintas.-

Por eso considero que en una futura reforma legislativa, debería debatirse y eventualmente corregirse esta deficiencia técnica y preverse escalas penales diferenciadas para los partícipes (primarios, secundarios e instigadores) en relación a la pena que pueden sufrir los autores del hecho.

III.- La situación de los encubridores

Quedan al margen de las reglas de la participación criminal y por tanto no vamos a hablar en este punto del programa del encubrimiento, que en el Código Penal Argentino salió del ámbito de la participación para configurar un tipo penal independiente previsto por el art 277 CP.

El encubridor presta una colaboración posterior a la consumación del hecho, pero sin haberla prometido con anterioridad.

Justamente esa promesa de colaboración es lo que lo diferencia de cómplice secundario –o *subsequens*- que presta una colaboración posterior cumpliendo promesas anterior. Esta reflexión se deduce de una interpretación sistemática de los art 46 y 277 del CP.

IV.- Los delitos cometidos por medio de la imprenta

Tampoco se le aplican las normas referentes a la participación criminal los delitos cometidos por medio de la imprenta.

Se dijo que ello es así por razones legislativas de base jurídico política. Dice nuestra ley vigente “*las personas que solamente prestaren al autor del escrito o grabado la cooperación material necesaria para su publicación difusión o venta (art 49 CP).*”

El art 49 del CP excluye del ámbito de la participación punible los delitos cometidos por medio de la prensa, a los que únicamente prestaren al autor una cooperación material necesaria para su comisión, con ello supuestamente se intenta garantizar la *libertad de prensa*.

Según Soler esta excepción viene del proyecto de 1891 y dice que con ella se intenta evitar una forma de censura previa –la peor de la censura, la de la ignorancia- según expresa la comisión.

La función actual del art 49 CPA es sancionar una excepción a los principios de participación criminal, declarando jurídicamente no participe a alguien que en realidad lo ha sido.

Se enseña que con esta disposición se tiende a evitar que aparezcan complicados en los delitos de imprenta los operadores de tipografía, los diagramadores, el editor que cooperan generalmente sin propósito criminal.

Sin embargo, aunque este propósito haya existido el precepto es aplicable pues determina una verdadera excepción al principio general con fines de garantía. La exposición de motivos así lo señala “*sin embargo, aunque las personas nombradas presten sus servicios con intención criminal y para que el hecho punible se cumpla, el artículo debe mantenerse porque consagra una garantía de la libertad de prensa*”

Podemos afirmar sin temor a equivocarnos que la libertad de prensa es un preciado bien que debe protegerse en el marco de una sociedad democrática y pluralista, propiciándose la libre expresión y circulación de las ideas por medio de la prensa en sentido amplio.

Sin embargo no veo como con esta excepción del art 49 del CP se contribuye a la libre circulación de las ideas por medio de la prensa.

Desde mi punto el precepto luce innecesaria e irrazonable para el fin propuesto o proclamado, sencillamente porque si el cooperador material no tiene intención criminal -como generalmente sucede- obra sin dolo, por lo tanto su

conducta no está comprendida dentro de las reglas de la participación. Resulta atípica y por tanto impune.

Además, sinceramente no veo como con esta excepción, se tornen más fluida la circulación de las ideas por medio de la prensa.

Considero que este *bill* de impunidad para los sujetos mencionados por la norma es un privilegio innecesario que puede resultar eventualmente un trato desigual para los trabajadores de otras industrias tan respetables como la prensa. A nadie se le ocurriría por ejemplo para estimular la fabricación de cuchillos disponer que “*aquellas personas que presten una colaboración material necesaria para la fabricación de cuchillos están exentos de las normas de la participación criminal*”, me dirían seguramente que no es necesaria un precepto de ese tenor porque los obreros que forjan los cuchillos generalmente lo hacen con miras a crear un instrumento para comer o cocinar, no tienen intención que se los utilice como instrumento ofensivo. También me dirán que para estimular la fabricación de cuchillos hay otras medidas más razonables, como por ejemplo reducir los impuestos aquellos que se dediquen a esa actividad productiva, otorgar créditos blandos para la adquisición de maquinarias y/o materias primas etc.

Es por ello que considero que debería contemplarse la supresión de este precepto en eventuales reformas legislativas.

V.- La codelinquencia

En otro orden de ideas, también cabe distinguir la participación genuina de otros casos en que existe, una pluralidad de personas penalmente responsables, pero ella se halla exigida por la propia descripción legal, esto es la *pluralidad típicamente necesaria o codelinquencia* que no es participación en el sentido del art 45 del CP.

VI.- ¿Se puede participar en un delito culposo?

Finalmente resta aclarar una cuestión muy discutida en doctrina, y es si se admite la participación en los delitos culposo y si se puede participar culposamente en un delito doloso ajeno.

Autores clásicos del prestigio de Sebastián Soler admiten la participación vía instigación en delitos culposos. Nos dice el destacado jurista para cimentar su postura “*Si el pasajero de un automóvil impone al chofer una velocidad antirreglamentaria, no se explica porque razón ha de considerarse impune al que dio la orden, cuando es evidente que*

determinó la resolución, y su intención tenía el contenido característico de la culpa, un acto imprudente, conocido como tal”.

Refutando con inteligencia y sagacidad las reflexiones de Soler, nos dice Fontan Balestra en opinión que se comparte “*nos definimos en contra de la posibilidad de cualquier forma de participación en hechos culposos. Participar en sentido jurídico penal es participar en un delito, no en una conducta imprudente, sin relevancia penal en sí misma. El pasajero que se pone de acuerdo con el conductor para marchar a exceso de velocidad participa en eso y no en el delito que pueda resultar de la conducta imprudente, si hubiera acuerdo para esto último, ya no podría pensarse en un delito culposo, sino doloso. La imprudencia y la negligencia no son punibles en sí, solo están amenazados con pena los resultados típicos causados por esa falta de diligencia. De modo que participar en la imprudencia o la negligencia es participar en conductas no punibles, participar en nada para el derecho penal”.*

La conducta del partícipe solo es típica cuando es dolosa. En el Código Penal Argentino cuando se quiere punir una forma de colaboración imprudente, se tipifica la conducta en forma autónoma mediante el tipo de delito imprudente, lo que demostraría la imposibilidad de concebirlas en otros casos. La participación solo puede ser dolosa y en hecho doloso ajeno; no existe participación culposa en hecho doloso, ni participación culposa ni dolosa en hecho culposo

VII.- Delimitación del concepto de participación El concurso de Personas en el delito. La intervención de varias personas en el hecho punible

Cualquier actividad humana que imaginemos la podemos llevar adelante solos o en grupo, es decir, con una pluralidad de intervinientes. El delito en tanto actividad humana no escapa a esa máxima irrefutable.-

Si uno lee los tipos penales de la parte especial del Código Penal advierte sin mucho esfuerzo que la mayoría de los delitos previstos, describen acciones que realiza una sola persona, se refieren por ej. “...al que matare...”, “..el que se apoderare...” etc.

En la vida real un robo puede ser cometido por una sola persona ejemplo el sujeto intercepta a otro en la vía pública arrebatándole el celular de la mano.

Sin embargo es muy frecuente que el hecho sea consecuencia de la obra coordinada de un grupo de personas, como cuando una banda acuerda robar un banco, sobre la base de una plan en el que cada partícipe realiza un aporte de distinta naturaleza, ejemplo un sujeto se apodera del dinero, otro reduce a los

guardias de seguridad, otro controla a los rehenes, otro espera afuera oficiando de campa y de chofer del auto en el que se escaparan con el botín.

En ese caso no podemos limitarnos a comparar la conducta de cada protagonista con la figura del robo simple que prevé una acción singular. Ninguno de los ladrones realizó un comportamiento que tenga todos los elementos del tipo porque el robo fue una obra colectiva de varias personas que actuando de común acuerdo se dividieron el trabajo necesario para llevarlo a cabo.

Para resolver estos casos el legislador estableció las normas de la participación criminal en la parte general en cuya virtud la penalidad en principio prevista en cada tipo para un solo autor se amplía a todos los protagonistas del delito. Incluso en los viejos manuales de derecho penal se estudia y denomina a la participación penal como formas ampliadas de adecuación típica.

Para distinguir entre autor y partícipes de un hecho delictivo en el que intervienen varias personas hay distintas soluciones posibles que ofrece la dogmática:

El concepto unitario de autor: Es autor todo el que interviene, es decir, todo sujeto que aporta una causa al resultado, sin medir la importancia de la colaboración. Autor es igual a causante. Absorbe todas las formas de participación en el denominador común de la autoría.

El concepto restrictivo de autor: Al distinguir las diversas formas de intervención, reduce el concepto de autor a la más importante agrupando en la noción de partícipe a los que han realizado un aporte secundario.

Según este punto de vista que se reputa correcto, los autores son quienes tienen poder de decisión, porque dominan la causalidad, teniendo la posibilidad de decidir entre consumir o desistir del delito.

En cambio los partícipes, realizan un aporte para la comisión del delito pero no tienen el poder de decisión del autor.

Los comportamientos de los sujetos de ambas categorías no son asimilables y presentan distinta entidad, gravedad y por ende reprochabilidad. Es más grave y reprochable ser autor que ser partícipe y esa diferencia real debe traducirse en escalas penales diferenciadas y consecuencias punitivas distintas.

VIII.- Formas de distinción entre autoría y participación

Se han desarrollado en el plano teórico distintas posturas para deslindar o diferenciar a los autores de los partícipes que someramente es apropiado recordar en este tópico.

a.-Teoría subjetiva: Sostiene que el autor es quien quiere el hecho como propio -tiene ánimo de autor- mientras que el partícipe lo quiere como ajeno -tiene ánimo de socio-

Este criterio no es utilizado porque conduce a soluciones no aceptables e incompatibles con la realidad como por ejemplo considerar que es cómplice y no autora la mujer que mata a un recién nacido por pedido de la hermana parturienta porque no quería el hecho como propio sino porque se lo pidió la hermana.

b.- Teoría formal objetiva: Este criterio sostiene que es autor quien realiza personalmente la acción descrita en el tipo legal. Toda otra intervención define al partícipe, por ejemplo, autor del homicidio es quien mató a la víctima.

Se puede objetar esta postura señalando que hay partícipes que toman parte en la ejecución del hecho y no son autores.

Esta postura no puede explicar el caso de la autoría mediata donde el autor no ejecuta personalmente la acción típica, por ejemplo, quien envía de regalo una caja de bombones envenenados utilizando un mensajero que ignora el contenido del paquete, es autor mediato de homicidio pese a que no realizó el hecho personalmente.

Esta postura tampoco resuelve los casos de coautoría, ejemplo, un homicidio en el que de común acuerdo y según un plan preestablecido un sujeto colocó una bomba para matar a un adversario político y otro sujeto la hizo explotar, ambos son coautores, pero con la teoría formal objetiva solo se podría imputar ese hecho en calidad de autor al segundo de los protagonistas.-

c.- Teoría del dominio del hecho: Este es el criterio dominante hoy para diferenciar entre autores y partícipes de un delito.

Dicen quienes participan de este criterio que *“el dominio del hecho será siempre el eje alrededor del que deban elaborarse las soluciones a los problemas que plantea la delimitación conceptual de autoría respecto de participación. Lo que caracteriza a un autor es que tiene dominio del hecho, entendido como la posibilidad de emprender, proseguir o detener el curso causal del delito, es quien tiene el señorío de resolver voluntariamente la realización o no del tipo legal. El partícipe es una persona que realiza un aporte sin tener ese poder decisorio.*

Creo que este criterio diferenciador es el *que mejor se ajusta a una correcta interpretación del derecho positivo argentino.*

IX.- La autoría. Supuestos

a.- Autoría directa Es el caso más sencillo que se presenta cuando el delito ha sido realizado por un único autor que tiene el dominio del hecho. El comportamiento que caracteriza el autor directo está previsto en cada uno de los tipos de la parte especial del CP y las leyes especiales.-

b.- Coautoría paralela, también conocida como coautoría concomitante o conjunta: se presenta cuando dos o más sujetos dominan el hecho mediante comportamientos individuales, encuadrando cada uno de ellos en el concepto de autoría directa (A y B sin acuerdo previo colocan cinco gotas de veneno cada uno en la bebida de C causándole la muerte, siendo diez gotas la dosis letal)

c.- Coautoría funcional: en este caso la consumación del delito es el resultado de un plan previo según el cual cada uno de los coautores domina funcionalmente el suceso de acuerdo al esquema preestablecido mediante el cual se reparten las tareas y los roles.

En la coautoría funcional dos o más personas de acuerdo a un plan previamente acordado se dividen el trabajo que es preciso realizar para la consumación del delito. Cada uno de ellos se reserva el dominio funcional del hecho, pues el aporte de cada uno es imprescindible para que el delito pueda cometerse del modo previsto. En este caso cada coautor realiza una parte del hecho punible.

Requisitos: Cada coautor debe reunir las condiciones típicas exigidas para ser autor (ejemplo en la malversación de caudales públicos del art. 260 se requiere ser funcionario público para ser autor)

La **decisión común**, es decir, el plan acordado entre todos que es lo que permite relacionar las partes del hecho que realiza cada uno y fundamente que se impute a cada coautor la parte de los otros.

La **realización común o división del trabajo**, es decir, resulta necesario que cada coautor realice una contribución efectiva al hecho común, que puede ser simultaneo -un sujeto amenaza a la víctima y simultáneamente otro la desapodera del celular- o sucesiva -uno acciona el dispositivo que hace explotar la bomba antes colocada por otro-

El **codominio del hecho** cada uno de los coautores tiene en sus manos el codominio del hecho, las riendas del curso causal delictivo.-

El aporte del coautor debe haber sido realizado durante la etapa de ejecución del delito.

Algunos autores infieren esta modalidad de autoría del art 45 CPA que dice *los que tomasen parte en la ejecución del hecho-*

d.- Autoría mediata El autor mediato u hombre de atrás, es quien dominando el hecho y reuniendo las características objetivas y subjetivas del tipo se vale de otro sujeto que utiliza como instrumento para cometer el delito.

En este caso el autor no realiza personalmente la acción ejecutiva del delito (ejemplo, es autor mediato quien envía una bomba envuelta como regalo por medio de un mensajero -instrumento- que ignora el contenido del paquete)

La autoría mediata se puede presentar cuando el instrumento no obra en absoluto, por ejemplo, quien rompe el jarrón ajeno como consecuencia de un acto reflejo que le provoca el médico o cuando actúa el instrumento como masa mecánica, ejemplo: A empuja a B proyectándolo hacia una vidriera ajena que rompe por el impacto, autor mediato es A y B es el instrumento no actúa voluntariamente opera como una masa mecánica, como si fuera una cosa que se utiliza para romper o dañar.-

Cuando el comportamiento del instrumento no es típico cuando alguien se mata así mismo bajo el influjo de otra persona, ejemplo el autor mediato convence a otro que nada supone para que tome un cable de alta tensión habiéndole creer que es una sogá que no le pasara nada, este es un homicidio con autoría mediata.

Cuando el instrumento actúa sin dolo el médico que para matar al paciente utiliza a la enfermera que no sabe que la jeringa contiene una dosis mortal.

Cuando el instrumento actúa conforme a derecho, por ejemplo el funcionario policial que practica de buena fe una detención ilegal como consecuencia de una falsa denuncia. Acá el instrumento actúa en función de error de prohibición.

Cuando el instrumento es inimputable, ejemplo, cuando el autor mediato se vale de un niño o un esquizofrénico para delinquir.

Cuando el instrumento padece un error de prohibición inevitable. El instrumento obra en virtud de obediencia debida. El jefe policial ordena al subalterno que detenga al amante de su esposa haciéndole creer que es autor de un delito y tiene pedido de captura.-

Cuando el instrumento obra coaccionado, el dominio del hecho del autor se apoya en la falta de libertad del instrumento. Ejemplo, Juan le ordena a Pedro que mate a Roberto porque si no obedece matara a sus hijitos que tiene cautivos.

El criterio del dominio del hecho presenta problemas en aquellos casos conocidos como *delicta propria* donde el tipo exige alguna determinada cualidad en el sujeto activo o autor, por ejemplo, en el cohecho del art. 256 del CPA se exige para ser autor la condición de funcionario público y en consecuencia quien no tiene esa cualidad solo puede ser partícipe.

X.- La participación criminal como dispositivo expansivo de la punibilidad

Si analizamos las figuras delictivas previstas en la parte especial de nuestro Código Penal notaremos que normalmente describen acciones que realiza una sola persona.

Sin embargo, la realidad indica que en muchos de esos hechos intervienen varias personas desempeñando roles diferentes, entonces para poder penarlos el legislador estableció las normas sobre la participación criminal en la Parte General del Código Penal (art 45 a 49), en virtud de las cuales la punibilidad en principio prevista en cada tipo para un solo autor, *se amplía* a todos los protagonistas del delito que si bien no son autores, es decir, no tienen dominio del hecho, colaboran con el autor para que el hecho punible se cometa.

Enseña Soler que *“si la ley no contuviese las disposiciones de los art 45 y 46 solamente sería punible el sujeto activo primario correspondiente a cada una de las figuras correspondientes a la parte especial. Esas disposiciones tienen la función de ensanchar el campo de la punibilidad para cada figura. En la participación la pena se extiende a otros sujetos quienes a pesar de haberse producido el hecho, de él no fueron autores”* (la negrita me pertenece)

Al respecto Max Ernst Mayer habló de causas de extensión de la pena, con lo que aludía a la circunstancia que fundamentan la tipicidad de una conducta atribuyendo a las características de los delitos típicamente descritos en la parte especial de los códigos una validez que excede a su extensión conceptual.

XI.- La Participación criminal. Concepto. Naturaleza y Caracteres

Enseña Edgardo Donna que la *participación* es la colaboración arbitraria y dolosa en el delito doloso de otro.

Considero respetuosamente que los adjetivos seleccionados por el mencionado académico -arbitraria y dolosa- para cualificar la colaboración en la participación criminal son términos antitéticos e inconciliables.

En efecto, lo arbitrario es algo desprovisto de sustento fáctico y jurídico; una actuación caprichosa; el sujeto actúa porque sí. Mientras que con el adjetivo doloso pretende significarse que el sujeto sabe lo que hace y quiere hacerlo, es consciente que colabora o coopera con la realización de un injusto doloso ajeno, cuyo dominio tiene otro sujeto distinto de él. Suprimiendo el adjetivo arbitrario la definición ganaría precisión.

Por su parte de Righi expresa “*Existe participación criminal cuando el sujeto, sin dominio del hecho, realiza una acción dolosa con la que accede al hecho punible realizado por el autor*”.

Creo que la expresión hecho punible a secas empleada por este autor es vaga y ambigua, puede dar lugar a confusiones en cuanto a que tipo de hecho principal accede la conducta del partícipe. Considero respetuosamente, a título de observación constructiva, que sería adecuado aclarar que el hecho punible al que accede al partícipe con su acción debe ser doloso.

De las dos caracterizaciones precedentes elaboradas por los destacados maestros mencionados y teniendo en cuenta las críticas a cada una de ellas, puedo decir que *existe participación criminal cuando un sujeto, sin dominio del hecho, realiza una acción dolosa con la que accede al hecho doloso realizado por el autor*.

Es bueno aclarar que los cómplices e instigadores –únicos partícipes en nuestro derecho- no realizan acciones típicas y antijurídicas autónomas e independientes; su colaboración u aporte en el hecho se monta sobre la tipicidad del autor. De ahí que no sea posible hablar de participación sino se la conecta a un hecho punible doloso cuyo autor es otro, distinto del partícipe.

Se ha dicho que participar es ejecutar una acción, es una forma de actuar, una contribución a producir el hecho doloso cometido por otro.

La participación punible puede realizarse por medio de actos positivos o negativos, vinculados a delitos intentados o consumados, de comisión o de omisión.

Se puede afirmar que la participación criminal es de naturaleza accesoria en relación al hecho principal. Como se dijo, el partícipe no comete ningún delito autónomo ni independiente del que comete el autor, que es su tipo de referencia.

La participación es la colaboración dolosa en un hecho doloso ajeno. Ella representa un concepto de relación no autónomo, con cuya ayuda es posible someter al efecto punitivo a aquellos intervinientes de un delito del que, a falta del dominio del hecho, no son autores. Por eso se habla de la naturaleza accesoria de la participación respecto de la autoría.

La participación siempre es accesoria del injusto doloso ajeno. No puede concebirse la tipicidad participativa que no sea accesoria de algo diferente a una conducta típica y antijurídica (injusto penal).

Cuadra aclarar que la participación siempre tiene que ser accesoria de un injusto (accesoriedad limitada), además el partícipe no necesita tener las características del autor, porque no es autor del hecho en forma directa, sino que actúa típicamente cuando lo hace por la vía del hecho del autor.

En tal sentido, es conocida la expresión de Bokelman quien dice *“la participación, es necesariamente accesoria, es decir, dependiente de la existencia de un hecho principal. Esa accesoriedad no es producto de la ley, ella está en la naturaleza misma de la cosa. Complicidad e instigación presuponen conceptualmente algo al cual se prestan”* La naturaleza accesoria es de la esencia o el corazón de la participación.

Sin embargo, la cuestión de la accesoriedad debe analizarse en dos sentidos diferentes.

Por un lado respecto del grado de realización que debe haber alcanzado el hecho principal y, por otro desde la óptica de los elementos del hecho punible que se deben dar en el hecho principal.

Dependencia del grado de realización: En este aspecto hay consenso doctrinario en sostener que el hecho principal debe haber tenido comienzo de ejecución. Si no hay comienzo de ejecución el hecho es impune. El límite de toda participación es el comienzo de ejecución de conformidad a lo normado por el art 42 CP referente a la tentativa.

Por eso, si bien la tentativa de participación es atípica, la participación en la tentativa es típica operándose la doble reducción del art 47 in fine y la del art 42 CP

En cuanto a los elementos del hecho punible que se deben dar en el hecho principal, la mayoría de los autores, sigue la clasificación clásica de Max Ernst Mayer que habla de:

-*Accesoriedad mínima*: Requiere que el hecho principal sea típico.

-*Accesoriedad limitada*: Exige que el hecho principal sea típico y antijurídico.

-*Accesoriedad Extrema*: Exige que el hecho principal sea típico antijurídico y culpable.

-*Hiperaccesoriedad*: Va más lejos y exige que las circunstancias atenuantes y agravantes del hecho principal beneficien o perjudiquen al partícipe.

La opinión que hoy domina, a partir de una interpretación deductiva del texto legal que nos rige y es la que se comparte en este trabajo, entiende que debe regir el sistema de la *accesoriedad limitada*, esto es, se exige que el hecho principal sea típico y antijurídico ya que la culpabilidad de cada partícipe, es individual e independiente, se traduce por consiguiente en un juicio individual (diferente) para cada protagonista del hecho delictivo.

De este modo, responde cada cual por su culpa y en la medida de su dolo. El sistema del código en vigor se completa con este principio según el cual cada persona que toma parte en el hecho delictivo responde por y en la medida de la propia culpa. Esto se desprende del art 47 que dice “*Si de las circunstancias particulares de la causa resultare que el acusado de complicidad no quiso cooperar sino en un hecho mucho menos grave que el cometido por el autor, la pena será aplicada al cómplice solamente en razón del hecho que prometió ejecutar*”. Es una clara aplicación del principio de la *intransferibilidad y carácter personal de la culpa*.

XII.- El dolo del partícipe

No solo el autor principal debe actuar con dolo, sino también el partícipe, quien debe hacer su aporte en forma dolosa.

El dolo del partícipe debe dirigirse a la producción de la consumación del hecho típico principal de manera que siempre deberá hablarse de un dolo en referencia a un tipo penal determinado. Por ende, debe existir en el partícipe la

conciencia y la voluntad de cooperar en un hecho delictivo y doloso cometido por otro.

El aspecto subjetivo de la tipicidad en la participación supone el conocimiento de los elementos descritos como pertenecientes al tipo objetivo. Sobre la base de ese conocimiento se erige el aspecto conativo del dolo de participación, que consiste en querer el resultado lesivo del bien jurídico.

XIII.- ¿Debe ser punible la intervención del partícipe que actúa con dolo eventual?

Un tema ciertamente espinoso que suscitó polémica en la doctrina es si es admisible a la luz de nuestro derecho positivo la intervención participativa mediante dolo eventual.

La generalidad de la doctrina admite el dolo eventual. Al respecto nos dice Donna que si la actuación del autor excede el dolo del partícipe, por ejemplo, si una persona instiga a otra a robar y están no solo roba sino que mata, el instigador solo responderá por el robo *salvo que haya previsto como posible el resultado mortal y lo haya aceptado como probable consecuencia del hecho en cuyo caso le podría atribuir responsabilidad como partícipe del homicidio a título de dolo eventual.*”

En mi opinión, a la luz del derecho Argentino vigente que es la materia prima para las construcciones dogmáticas que ofrecemos a los operadores jurídicos para sus labores cotidianas, no es admisible atribuir responsabilidad al partícipe que interviene con dolo eventual. No existe una previsión normativa expresa que admita tal posibilidad.

Se trata de una laguna de punibilidad que debemos aceptar so pena de violar el principio de estricta legalidad.

Bajo ningún aspecto se puede llenar ese vacío legal con una construcción teórica foránea para aceptar el dolo eventual, sería menester que exista una previsión normativa expresa, mientras eso no suceda la conducta del partícipe que realice una contribución al hecho doloso de otro a título de dolo eventual lamentablemente será impune respecto del hecho más grave que se representó como posible que realice el autor. Responderá en la medida de su dolo directo.-

XIV.- La complicidad

Cómplice es quien coopera dolosamente en la realización de un hecho doloso cometido por otro. En palabras de Jescheck, complicidad es el auxilio doloso a otro en su hecho antijurídico y dolosamente realizado. Es el que dolosamente coopera en la realización de un delito doloso, sin dominio del hecho.

La ayuda en la complicidad es posible antes o durante el hecho y hasta su consumación material. Por ejemplo, si los ladrones emprendieron la fuga luego de apoderarse de una cosa mueble ajena, cabe complicidad en el robo si el cómplice emplea violencia contra el dueño de la cosa que persigue a los autores.

XV.- Castigo de la complicidad

La escala de punibilidad de cada autor de un delito se encuentra prevista en el artículo correspondiente de la parte especial del código penal aplicable según el caso, siendo naturalmente la misma para cualquier modalidad de autoría. A los instigadores y cómplices primarios el art 45 CP les adjudica similar punibilidad, disposición que no es acertada porque el partícipe merece una escala menor que el autor como señala más arriba.

Para los cómplices secundarios, el legislador previó una penalidad atenuada; se disminuye la pena abstracta correspondiente al delito de un tercio a la mitad. Si la pena fuere de reclusión perpetua, se aplicara prisión de quince a veinte años. (Art 46 CP). Por ejemplo el cómplice secundario que colabora en un robo cometido en lugar despoblado -cuya escala penal conminada en abstracto es de tres a diez años de prisión cfr 167 inc 1º CP- cometido por otro, podría sufrir una pena que varía entre uno y cinco años de prisión.-

Cabe aclarar que la pena del partícipe se fija en la relación con la parte del proceso ejecutivo cumplido por el autor. Si el autor ha consumado el delito, a los instigadores y cómplices primarios les corresponde la pena establecida para el delito –no para el autor- (art 45), al cómplice secundario la pena reducida de un tercio a la mitad (art 46 CP), reducción que es consecuencia de la significación del aporte causal.

Si el autor solo ha tentado el delito, la pena de los partícipes de primer grado es la fijada para la tentativa (art 47 CP), y la de los cómplices secundarios, la pena de la tentativa vuelta a reducir de un tercio a la mitad (art 44 y 47 CPA)

XVI.- La comunicabilidad de las circunstancias

La doctrina nacional se ha llamado *comunicabilidad de las circunstancias* a los que no son más que las consecuencias de la accesoriedad de la participación y del principio de la individualización personal de la culpabilidad aplicada a la interpretación del art 48 CP. Nuestro legislador adoptó el sistema de la accesoriedad limitada en el injusto a través del cual debe ser interpretado el art 48 del CP que dice “*Las relaciones, circunstancias y calidades personales, cuyo efecto sea disminuir o excluir la penalidad, no tendrán influencia sino respecto al autor o cómplice a quien correspondan. Tampoco tendrán influencia aquellas cuyo efecto sea agravar la penalidad, salvo el caso en que fueran conocidas por el partícipe*”. Esta norma refuerza el principio de la *personalidad individual de la responsabilidad penal*”. Se trata de una norma que debe ser alabada en cuanto respeta el principio de culpabilidad del autor.

El citado dispositivo enuncia una regla general y luego contiene una excepción. En principio toda relación, circunstancia y calidades personales que disminuyen o excluyen la penalidad y que solo tienen influencia respecto del autor o cómplice a quienes corresponda son aquellas referidas a la culpabilidad y a la exclusión o cancelación de la penalidad (por ejemplo la emoción violenta o las circunstancias del art 41 CP)

La excepción implica que *tendrán influencia* en la pena del partícipe las relaciones circunstancias y calidades personales que agraven la penalidad del autor cuando fueran conocidas por el partícipe (cómplice e instigador)

Esas circunstancias tendrán influencia, pero no sin más transfieren la culpabilidad del autor al partícipe. La motivación del autor puede tener influencia sobre la culpabilidad –aumentando la reprochabilidad de su aporte- del partícipe, pero no puede ser la motivación del partícipe cuando en realidad no lo sea.

Es un reflejo de la mayor reprochabilidad del autor en la reprochabilidad del partícipe, que debe valorarse en cada caso. La ley dice *tienen influencia*, lo que no es sinónimo de comunicar y menos extenderse, sino sólo producir algún efecto sobre la penalidad del partícipe.

Al disponer *tienen influencia* de ninguna manera puede entenderse como la consagración de la accesoriedad extrema.

XVII.- Clases de complicidad: Cómplices primarios y Secundarios

La ley argentina diferencia entre los cómplices primarios y los secundarios.

a.- El cómplice primario

El cómplice primario o cooperador necesario, es el que en la etapa preparatoria o de ejecución del hecho aporta una contribución, sin la cual el delito no habría podido cometerse.

Según Fontan Balestra los términos *auxilio y cooperación* que emplea el legislador abarcan toda intervención necesaria en el delito.

Auxilio quiere decir ayuda, socorro, amparo; *cooperar* significa tanto como obrar conjuntamente con otro. La cooperación requiere el acuerdo. Lo necesario es la acción del cómplice y no la persona del cómplice

Según Bacigalupo lo que caracteriza esta forma de complicidad es la intensidad del aporte en el delito, ya que sin este el hecho no habría podido cometerse de la forma en que se lo hizo.

Sin embargo, en mi opinión no queda claro que es un aporte intenso al hecho. Es un término absolutamente impreciso e inidóneo como criterio para distinguir al cómplice primario del secundario.

Si el aporte que realiza el partícipe necesario se da en la etapa de ejecución, es preciso determinar si tiene o no dominio del hecho, a efecto de no confundirlo con el autor o coautor.

Si Juan sostiene a Pedro mientras Agustín le aplica golpes de puño en el rostro que le provocan lesiones. El autor de las lesiones será Agustín mientras que Juan que intervino en la ejecución del hecho sin dominarlo, será solo partícipe necesario. Distinto sería si Juan y Agustín golpean entre los dos a Pedro quien no se defiende en cuyo caso al tener dominio del hecho será coautor de las lesiones. Aunque la verdad la cuestión es más teórica y nominal que práctica, al menos a la luz del derecho vigente argentino, porque en definitiva tanto Juan como Pedro correrán el riesgo de sufrir la misma pena, lo cual ya critique líneas arriba.

b.- El cómplice secundario

Los doctrinarios extraen este concepto del art 46 del Código Penal Argentino. Se dice que son cómplices secundarios los que cooperen de cualquier otro modo a la ejecución del hecho y los que presenten una ayuda posterior cumpliendo promesas anteriores.

XVIII.- Distinción entre cómplice primario y secundario

Si algún problema existe en la doctrina argentina es la distinción entre cómplice primario y el secundario. A punto tal que muchos autores creen necesario dejar librada la distinción al prudente arbitrio judicial.

Enseña Soler que la calidad de cómplice primario obedece a una cuestión substancial, depende de la naturaleza de su aporte. No pueden distinguirse los partícipes en inmediatos y mediatos a la consumación, sino en indispensables y no indispensable.

Este criterio en mi opinión no es claro porque no se indica que es lo indispensable y que no lo es, puede generar inseguridad e incerteza en las soluciones concretas. Por eso debe descartarse como parámetro delimitador.

Generalmente se pueden ver en doctrina dos criterios en los que se aglutinan los distintos autores para distinguir los cómplices necesarios de los no necesarios, que son aquellos partidarios de un criterio podríamos denominar concreto y los de un criterio abstracto.

a.-Criterio concreto: quienes participan de este criterio, afirmarán que será cooperador necesario aquel que con su conducta ponga una condición sin la cual el delito no se hubiera cometido.

Nos dirán que es autor todo aquel que pone una causa sin la cual el resultado no se habría efectuado, aceptando así la teoría de la equivalencia de las condiciones. Cerezo Mir citado por Donna ha sostenido que este criterio lleva a estimar que toda cooperación es necesaria, con lo cual se vacía de contenido la complicidad.

b.- Criterio abstracto: Este criterio afirma que hay que dejar de lado las circunstancias concretas del caso y preguntarse si la forma de cooperación es necesaria en general para la comisión del delito.

La crítica en este caso es que nunca será la cooperación necesaria, porque en abstracto siempre se habría podido conseguir otra forma de actuar. Como ejemplo se da el caso de que frente a un homicidio este se habría podido cometer sin la pistola que le entrego el otro delincuente (otro día y utilizando un arma distinta)

Según la posición abstracta, para averiguar si una condición es causa o no del resultado, el juez debería tener en cuenta que hubiera sucedido hipotéticamente, suprimiendo mentalmente la actividad cuya necesidad se pretende determinar. Si el delito se hubiera ejecutado también, el comportamiento objeto de examen

constituirá participación secundaria; si el resultado criminal no hubiera tenido lugar, el comportamiento será una participación necesaria.

Carrara citado por Soler ha objetado el criterio de distinguir los cómplices en necesarios y no necesarios, sobre la base de afirmar que el aporte aparecerá siempre como necesario, si se lo mira en concreto, y como no necesario si el hecho es concebido en abstracto.

Teniendo en cuenta la vaguedad e imprecisión de los criterios distintivos esbozados por la doctrina, en mi opinión, una futura reforma legal debería eliminarse la distinción y solo diferenciar a los efectos de la penalidad entre autores y partícipes a quien siempre le corresponderá una penalidad abstracta atenuada y que en concreto variará en función de la mayor o menor reprochabilidad de su aporte o colaboración al hecho doloso cuyo dominio tiene otro sujeto.

XIX.- La instigación

Aunque se castigue igual que al autor del delito, debemos saber que el instigador no es autor sino partícipe, por lo tanto le son aplicables todos los principios que vimos al estudiar la participación.

La reconstrucción dogmática de la instigación se extrae del art 45 del CP el cual castiga con la misma pena que los autores a aquellos sujetos *que hubiesen determinado directamente a otro a cometer el hecho*.

Según Donna la inducción es la motivación dolosa de otra persona a cometer intencionalmente un delito.

El inductor hace que otro adopte la resolución de voluntad de llevar a cabo una acción típica y antijurídica.

El inductor ha de lograr que el autor realice la acción delictiva, mediante *influencia psíquica*. Para Donna lo que define la inducción es la libertad del sujeto inducido, de manera que la decisión tomada por el propio autor elimina, tal como lo hemos visto, la posibilidad de otro autor detrás de él. Si el inductor toma las riendas del hecho pasará a ser coautor o autor.

El código plantea la expresión *determinar a otro*, con lo cual ha creado cierto tipo de problemas en su interpretación.

Literalmente, determinar presupone ejercer influencia sobre la dirección de comportamiento de otra persona. Quiere decir *hacer tomar una resolución*. El instigado

debe orientar su conducta a la meta mencionada por el inductor, consistente en la lesión típica de un bien jurídico concreto.

Por ello, determinar exige una influencia dirigente sobre la dirección de la conducta, que proporciona a quien aún no se encuentra resuelto a cometer el hecho, precisamente, la decisión de hacerlo bajo su propia responsabilidad, es decir, para actuar con dominio del hecho. De este modo el influjo psíquico constituye inducción solo si el autor adopta su decisión y persevera en ella con dependencia de la voluntad del que influye.

La ley argentina emplea para definir la instigación las palabras determinar directamente a cometerlo (el hecho).

Autores como Fontan Balestra aceptan que entre un eslabón (instigador) y el otro de la cadena (ejecutor) puede haber uno o más eslabones (instigadores y auxiliares), por eso considera correcta la punibilidad de la instigación a la instigación, dice el que instiga por medio de otro, determina directamente a cometer el hecho del autor material.

La idea del instigador mediato es la que determina la acción del ejecutor. Discrepo con la interpretación de este eminente jurista, porque en mi humilde entender el término *directamente* debería interpretarse como referido a un hecho concreto y a una persona determinada -sin intermediarios o eslabones entre instigador e instigado-.

Algunos autores creen que no es preciso que la instigación vaya acompañada de circunstancias de tiempo, modo o lugar, siendo suficiente la inducción a un delito determinado. No creo que ese entendimiento sea acertado porque la instigación para ser punible debe ir acompañada de todas las circunstancias de tiempo, modo y lugar, porque precisamente eso es un hecho en los términos de la ley. En efecto, el determinar presupone la concreción precisa y detallada del hecho. La imprecisión respecto de alguna de estas circunstancias del hecho que sean suplidas por voluntad del instigado torna atípica la conducta del instigador, porque hubo un exceso en su accionar no abarcado por el dolo del instigador.

Finalmente, resta aclarar que si el sujeto estaba decidido a ejecutar el delito cometido, el tercero será cómplice en la medida de su cooperación psíquica, que queda abarcado por la expresión “*de cualquier otro modo que trae la ley en el art 46 del CP*”

XX.- Medios de inducción

La determinación debe ser directa, con lo cual se excluyen los medios indirectos como las incitaciones sutiles, tentaciones, sugerencias veladas o ambiguas. Por ejemplo no es instigación si el amante le dice a la mujer “*que felices seríamos si no existiera tu marido*”; o la mujer que le dice a su joven pareja “*imagínate las cosas que podríamos hacer y los lugares que podríamos conocer si vos heredaras la fortuna de tu madre, pero para ello tendría que estar muerta*”.

Es posible considerar como idóneo cualquier medio en virtud del cual se ejerza una influencia creciente sobre la dirección de voluntad del sujeto a inducir: convencimiento, ruego, promesa de una recompensa. Las formas de inducir son difíciles de enumerar. La inducción será mediante acciones positivas de carácter psíquico.

XXI.- Dolo del inductor

La instigación solo puede ser dolosa. La determinación dolosa de otro al hecho antijurídico dolosamente cometido por el inducido presupone lo que se ha llamado doble dolo, respecto de la propia conducta y en relación con el hecho doloso del inducido.

XXII.- Conclusiones

Del presente trabajo puedo concluir que:

El Tit. VII del Libro Primero del código Penal Argentino denominado participación criminal se refiere solamente a los cómplices primarios, secundarios e instigadores, no a los autores.

La participación siempre es accesoria de un hecho típico y antijurídico (injusto doloso)

Para que la actividad del participe sea punible debe haber tenido comienzo de ejecución el hecho principal. Es atípica la tentativa de participación, no así la participación en un delito tentado.

El art 49 CP es irrazonable e innecesario para proteger la libre circulación de las ideas por medio de la prensa. Debe suprimirse en una futura reforma legislativa.

La acción del partícipe solo es punible cuando es dolosa. No es punible la participación culposa en injusto doloso ajeno, ni es punible la participación dolosa en un hecho principal culposo.

Viola el principio de legalidad aceptar la participación mediante una acción participativa realizada con dolo eventual. Es una laguna de punibilidad que debe aceptarse o modificarse la ley, pero es un vacío que no puede ser llenado mediante una construcción teórica foránea que abrevia en otra ley no aplicable en nuestro país.

La diferenciación entre cómplice necesario y no necesario es imprecisa y ambigua. Por ende, una futura reforma del Código en el tema debería hablar de autores y cómplices. Los primeros sufrirán la pena prevista para el delito cometido. A los cómplices se los conminará con una escala penal atenuada –que puede ser reducida a la mitad tanto el mínimo como el máximo u otra que se considere adecuada-, y se individualizará judicialmente su pena en función de lo mayor o menor reprochabilidad que trasunte del aporte concreto al hecho doloso ajeno, obviamente dentro de los márgenes punitivos atenuados que fueron mencionados

La determinación directa en la instigación debe ser a un hecho preciso y concreto -con todas las circunstancias de tiempo, modo o lugar-. También debe hacerse directamente a una persona determinada -sin intermediarios-.

XXIII.- Referencias bibliográficas

- Creus, Carlos Derecho Penal parte general, 4ª de actualizada y ampliada, Astrea Bs As 378 ss
- Donna, Edgardo Alberto: La autoría y la participación criminal, 2da ed ampliada y actualizada, Rubinzal-Culzoni, 2002, pag 92
- Fontan Balestra, Carlos: Derecho Penal, Introducción y Parte General, actualizado por Guillermo Ledesma, decimosexta edición, Adeledo-Perrot, p 403 ss
- Frías Caballero Jorge y otros: Teoría del delito, Librosca, Caracas, 1996, p 323
- Righi, Esteban; Fernández Alberto: Derecho Penal, La ley. El delito. El proceso y la pena, ed Hammurabi, primera edición primera reimpresión, Bs As, 2005, p 271
- Soler, Sebastián: Derecho Penal Argentino, II, actualizado por Guillermo Fierro, TEA, Buenos Aires, Argentina, 11ª reimpresión del año 2000, p 275

- Zaffaroni, Eugenio Raúl y otros: Derecho penal, Parte General, Ediar, 2da. Ed., Bs As, Argentina, p 767
- Romero Villanueva, Horacio: Código Penal de la Nación y Legislación complementaria anotados con jurisprudencia, 4º de ampliada y actualizada, Abeledo Perrot, Buenos Aires 2010, pag 178-197
- Domínguez Hernán: Participación en el hecho culposo y Participación culposa, publicado en Revista de Derecho de Derecho Penal Autoría y Participación I, Director Edgardo Donna, 2005-1, Rubinzal Culzoni, pag 195-227
- Cantisani, Ines La delgada línea entre cómplice necesario y secundario, publicado en Revista de Derecho de Derecho Penal Autoría y Participación II, Director Edgardo Donna, 2005-2, Rubinzal Culzoni, pag 353-395
- Código Penal Argentino vigente.