



UNIVERSIDAD EMPRESARIAL SIGLO 21

TRABAJO FINAL DE GRADUACION

“La Autoría en los Delitos con Múltiples Intervinientes, las Teorías de la Participación y su Incidencia en las Garantías del Individuo”

Alumna: Melina Luciana Arduino

Carrera: Abogacía

El trabajo que a continuación se expondrá describe cada uno de los sistemas de autoría, como así también cada una de las teorías existentes sobre participación delictiva, enrostrando de esta manera el problema que plantea la intervención de múltiples intervinientes en la comisión de un delito, al momento de fundamentar la aplicación de la pena. Mediante el análisis de la evolución de pensamiento dogmático respecto de la justificación de la punibilidad del partícipe, se delimitan ampliamente los conceptos de autor y partícipe, permitiéndose de esta manera una mejor distribución de las responsabilidades penales, respetuosa de las garantías del imputado al momento de hacerlo pasible de una sanción, garantías éstas que se encuentran consagradas en nuestra Constitución Nacional. Respecto de la metodología empleada, la misma es claramente cualitativa y descriptiva, recurriéndose a la observación de datos existentes tanto en doctrina nacional como extranjera a los fines de detallar correctamente la problemática anteriormente descripta.-

The work described below will present each of the authoring systems, as well as each of the existing theories of criminal involvement, thus reproached the problem of the involvement of multiple participants in the commission of a crime, the time to justify the penalty. By analyzing the evolution of dogmatic thinking regarding the justification of the criminality of the participant, is broadly define the concepts of author and participant, thus allowing a better distribution of criminal responsibility, respecting the guarantees of the accused at the time of it liable to a penalty, which guarantees they are enshrined in our Constitution. Regarding the methodology, it is clearly qualitative and descriptive, resorting to the observation of existing data in both domestic and foreign doctrine to correctly spell the end of the problems previously described.-

INDICE TEMATICO

Capítulo I: Definición del Problema, Métodos y Puntos de Partida

I.1 Introducción	Pág.04
I.2 Justificación de la elección del tema	Pág.06
I.3 Hipótesis formulada	Pág.07
I.4 Objetivo general	Pág.07
I.5 Objetivos específicos	Pág.07
I.6 Marco teórico	Pág.07
I.6.a Sistemas de autoría	Pág.07
I.6.b Autoría	Pág.09
I.7 Metodología	Pág.10
I.7.a Recolección, presentación de datos y análisis de los mismos	Pág.10

Capítulo II: La Autoría

II.1 Distintos conceptos de autor	Pág.11
II.1.a La concepción unitaria de autor	Pág.11
II.1.b La concepción extensiva de autor	Pág.12
II.1 c La concepción restrictiva de autor	Pág.13
II.2 Teorías para definir al autor	Pág.14
II.2.a Teoría formal objetiva	Pág.14
II.2.b Teoría subjetiva	Pág.17
II.2.c Teoría material objetiva	Pág.18
II.2.d Teoría del dominio del hecho	Pág.18
II.2.e Teoría de infracción del deber	Pág.22
II.2.e.1 Autoría en los delicta propia	Pág.24
II.2.e.2 Autoría en los delitos de propia mano	Pág.25
II.3 Distintas clases de autoría	Pág.26

II.3.a Autoría directa	Pág.27
II.3.b Autoría plural o coautoría	Pág.27
II.3.c Autoría mediata	Pág.30
II.3.c.1 Autoría mediata con instrumento que obra atípicamente	Pág.31
II.3.c.2 Autoría mediata con instrumento en estado de necesidad exculpante	Pág.32
II.3.c.3 Autoría mediata con instrumento sin capacidad para motivarse	Pág.33
II.3.c.4 Autoría mediata en los aparatos organizados de poder	Pág.34

Capítulo III: La Participación

III.1 Participación en sentido amplio y restringido	Pág.36
III.2 Principios que rigen la participación	Pág.37
III.3 Fundamentos de la punibilidad de la participación	Pág.40
III.3.a Teoría de la culpabilidad de la participación	Pág.40
III.3.b Teoría de la causación	Pág.40
III.3.c Teoría de la participación en lo ilícito	Pág.41
III.4 Accesoriedad de la participación	Pág.41
III.4.a Las excepciones a la accesoriedad limitada	Pág.43
III.4.b El exceso del autor en la Instigación	Pág.45
III.4.c La participación en cadena	Pág.47
III.5 Formas de participación en sentido restringido	Pág.48
III.5.a Instigación	Pág.49
III.5.a.1 El denominado agente provocador	Pág.51
III.5.b Complicidad	Pág.54
III.5.b.1 Distinción entre el cómplice primario y el coautor. Teorías	Pág.56
III.5.b.2 La complicidad secundaria	Pág.58
III.6 La participación en los delitos culposos	Pág.61

Capítulo IV: La Autoría y participación en el CP Argentino

IV.1 Breve análisis de la fórmula legal	Pág.64
IV.1.a El autor en nuestro Código Penal y su diferencia con los partícipes	Pág.66
IV.2 Reseña de jurisprudencia	Pág.70
IV.2.a Fallo en relación a la autoría	Pág.71
IV.2.b Fallos en relación a la coautoría	Pág.71
IV.2.c Fallos en relación a la autoría mediata	Pág.74
IV.2.d Fallo en relación a la complicidad primaria	Pág.76
IV.2.e Fallo en relación a la complicidad secundaria	Pág.76
IV.2.f Fallo en relación a la instigación	Pág.77
IV.2.g Fallos en relación a la comunicabilidad de las circunstancias y accesoriedad de la participación	Pág.77
<u>Conclusiones Finales</u>	Pág.80
<u>Bibliografía Consultada</u>	Pág.83

Capítulo I: Definición del Problema, métodos y puntos de partida

I.1 Introducción

A través del estudio de la Teoría del Delito y de sus categorías dogmáticas se ha visto que para la aplicación legítima de una pena se requiere la verificación previa de que la conducta del agente sea típica, antijurídica y culpable, es decir que en todo caso es preciso probar que alguien se comportó de la manera prevista en la ley, que ese comportamiento no estaba autorizado en las circunstancias en las que tuvo lugar y que su autor tenía las condiciones personales requeridas para responsabilizarlo por la conducta ejecutada.-

De allí que no se encuentren obstáculos para fundamentar la aplicación de la pena prevista en un tipo del Código Penal a quien decide libremente cometer el hecho descrito por la norma y en forma individual lo ejecuta.-

¿Qué tiene de típico “silbar”, “prestar un automóvil”, “entregar un revólver”? ¿Es acaso malversación de caudales públicos que la secretaria de un funcionario público sustraiga efectos cuya custodia estaban confiadas a dicho funcionario?.-

Esta problemática ha generado innumerables teorías que por un lado intentan fundamentar porqué la aplicación de penas a conductas que consideradas individualmente resultarían “atípicas”, no violentan los principios constitucionales de legalidad y de reserva, y por otro lado fijan límites estableciendo las condiciones de vinculación con el hecho principal, para que sean pasibles de sanción.-

La realidad nos muestra que la comisión de los delitos no siempre se presenta con la claridad con que aparecen descritos en los tipos penales. Muy por el contrario, la mayoría de las veces el delito es el resultado de las acciones articuladas de múltiples participantes en distintos estadios de su desarrollo.-

“Esta situación de pluralidad de agentes es lo que se denomina participación, concurrencia o concurso de personas en el delito. Para evitar confusiones, cabe precisar que la palabra participación tiene dos sentidos diferentes en el derecho penal: en sentido amplio; que es el que usa el Código Penal en la rúbrica del título 7º, participación es lo que se acaba de señalar, o sea una pluralidad de personas tomando parte en el delito, como participantes en el carácter que fuere, es decir como autores, cómplices e instigadores y en sentido limitado; en donde se dice que hay participación aun cuando una o mas personas toman parte en el delito ajeno, siendo partícipes solo los cómplices y los instigadores, con exclusión de los autores. Efectivamente, cuando leemos un libro sabemos quien es el autor o los autores. En el prólogo, estos suelen agradecer a quienes los han ayudado y, a veces, también a quienes les han sugerido el tema y los decidieron con su consejo y apoyo a escribir la obra. Para nada de esto necesitamos leer el Código Penal. Si el libro fuese una novela pornográfica donde los personajes fuesen reconocibles y se les atribuyesen comportamientos infamantes, habría un delito de injurias y, por ende, quien lo escribió seria el autor, quien colaboró seria el cómplice, y quien decidió al autor a escribirlo seria el instigador”.- ¹

“Nuestro Código Penal no solo rechaza la tesis del autor único, según la cual todos los que concurren en el delito son autores, sino que, por el contrario, respeta la base óptica de los conceptos de autor, cómplice e instigador, o sea, recoge de la realidad la distinción que viene impuesta por la naturaleza de las cosas. Pero adopta un criterio especial para la fijación de las penas, introduciendo una distinción entre los cómplices, según que estos sean simples cómplices (llamados cómplices secundarios por la doctrina dominante) y los llamados cómplices primarios, que prestan al hecho una cooperación imprescindible para su realización conforme al plan concreto, pero que no pueden ser considerados autores porque carecen de los requisitos típicos para serlo. En tanto los secundarios tienen una pena atenuada, los primarios tienen la misma que el autor. Por otra parte, impone la pena del autor al que se vale

¹ Eugenio Raúl ZAFFARONI, Alejandro ALAGIA, Alejandro SLOKAR, Manual de Derecho Penal, Parte General, Segunda Edición actualizada a diciembre 2006, Editorial Ediar. Pág. 606.

de quien no domina el hecho, que a veces es autor (autoría mediata), pero que en otras no puede serlo, porque le faltan los caracteres típicos exigidos para éste (y tampoco puede ser considerado instigador, porque su conducta no es accesoria).- ²

“Este sistema se asemeja a un baile de club de barrio, donde a veces pagan mas los hombres que las mujeres, pero también hay tarifas diferentes para los socios y no socios ... La tarifa para la entrada (pena) se cobra según sean sean socios o no, y quien quiera saber cuales son hombres y cuales mujeres, deberá tomarse la molestia de observarlos y contarlos. Es tarea del derecho penal, pues, desmenuzar cada una de estas tres figuras para averiguar, conforme a los datos que configuran la base óptica conceptual, cuales de ellos son los autores, cuales los instigadores y cuales los cómplices”.- ³

I.2 Justificación de la elección del tema

Este trabajo se propone efectuar un recorrido por las diversas doctrinas penales, describiendo cada una de las teorías existentes sobre la autoría y la participación, que permitan enrostrar el problema que plantea la intervención de varias personas en la realización de un delito al momento de fundamentar la distribución de las responsabilidades penales y delimitar que intervención, es decir, qué modalidad de acción y con qué conexión con el hecho, será merecedora de pena.-

Establecer esta delimitación resultará de suma importancia puesto que no cualquier aporte a la realización de un delito es plenamente relevante, y es justamente la teoría a la que adhiramos la que nos permitirá seleccionar de una forma o de otra la relevancia penal de una determinada participación en un delito.-

² Ibidem. Pág. 607.

³ Ibidem. Pág. 607/608.

I.3 Hipótesis formulada

Delimitar correctamente la autoría de la participación delictiva, permite una mejor distribución de responsabilidades penales, respetando y garantizando de esta manera, las garantías del imputado al momento de la aplicación de la pena.-

I.4 Objetivo General

Explicar la distribución de las responsabilidades penales en los delitos con múltiples intervinientes, describiendo los distintos sistemas de autoría, de manera tal que permita determinar a quien o a quienes se le imputa la comisión de un delito y en que medida se le aplica la pena de acuerdo a su participación en el mismo.-

I.5 Objetivos específicos

- a) Analizar la evolución del pensamiento dogmático respecto de la justificación de la punibilidad del partícipe.-
- b) Describir las distintas teorías sobre la participación delictiva.-
- c) Valorar la incidencia de las teorías de la participación sobre las garantías del individuo.-

I.6 Marco Teórico

I.6.a Sistemas de Autoría

Los sistemas de autoría son construcciones que se desarrollaron para determinar quienes serán considerados penalmente responsables por un injusto, y en su caso, en qué carácter, clasificándose en “Sistemas de Autoría Unitaria” y “Sistemas Diferenciadores”, según distingan o no entre autores y partícipes por la naturaleza de su intervención o por otros tipos de criterios.-

a) Sistemas de autoría unitaria

Para los sistemas de autoría unitaria todas las personas que intervienen en un delito son autores.-

El hecho de que algunas legislaciones consideren autores a todos los que toman parte en la comisión del delito y que por tal razón no sólo se les aplique la misma escala penal, sino que su conducta sea subsumida en el mismo tipo penal, no significa que se reconozcan diferencias fácticas entre la acción de quien efectivamente lleva a cabo la conducta descrita en el tipo, y la acción de quien por el contrario solo facilita la misma, la genera con la persuasión o colabora para su agotamiento exitoso.-

El único momento en que la importancia o intrascendencia del aporte puede ser valorada jurídicamente es a la hora de individualizar la sanción.-

Sin embargo, es ahí donde se centra la abismal diferencia entre esta construcción teórica y los sistemas diferenciadores. Estos distinguen a los intervinientes en el hecho en autores y partícipes, y a éstos últimos en necesarios y secundarios.-

Las legislaciones que acogieron sistemas unitarios, no prevén una dependencia jurídica entre la participación personal y la del resto de los intervinientes que permitieron el hecho.-

b) Sistemas diferenciadores

Los partidarios de estos sistemas consideran que existen diferencias valorativas y jurídicas que obligan a formular una distinción entre quienes son autores del hecho y aquellos que solo auxiliaron a su concreción. Además, destacan la estrecha dependencia jurídica existente entre la acción de los autores y la de los partícipes del hecho.-

Así, en los sistemas diferenciadores, la aplicación de pena a los partícipes se hace depender de que el hecho en el que confluyen voluntades,

sea al menos tentado⁴ por el autor, quien para ser considerado tal, debe haber realizado al menos una acción típica. -

I.6.b Autoría

Ahora bien, ¿Cómo establecemos si el sujeto actuó como autor o como partícipe? Esta determinación es sumamente importante, puesto que la punibilidad de éste último estará condicionada a que la acción del autor sea típica y antijurídica, y que por lo menos haya ingresado en el estadio de la tentativa.-

Se carece de una definición legal que proporcione pautas que nos permitan identificar al autor o autores, del resto de los intervinientes, toda vez que el art. 45 del Código Penal solo se limita a establecer que sufrirán la pena establecida para el delito *“... 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 ... los que hubiesen determinado a otro a cometerlo ...”*

Sin embargo, la doctrina ha desarrollado varias teorías para generar un método de identificación dogmática del autor de un hecho, y así distinguirlo de los partícipes.-

Entre ellas, podemos citar a la “Teoría Formal Objetiva”, a las “Teorías Subjetivas”, entre las que se destacan la Teoría del Dolo y la Teoría del Interés, a las “Teorías Mixtas” y a las “Teorías Materiales Objetivas”, dentro de las que, a su vez, se desarrollaron la Teoría de la Necesidad, la Teoría de la Simultaneidad, la Teoría de la Supremacía del autor, la Teoría de la Causalidad (física y psíquica), y la mas significativa, la Teoría del Dominio del Hecho.-

Debo poner de resalto que en el presente trabajo solo se desarrollarán aquellas teorías que han tenido mayor acogida jurisprudencial. -

⁴ El que con el fin de cometer un delito determinado, comienza su ejecución pero no lo consuma por circunstancias ajenas a su voluntad ... (artículo 42 del Código Penal Argentino).

I.7 Metodología

Se aplicará una metodología claramente cualitativa, toda vez que se procurará analizar exhaustivamente y con sumo detalle la problemática anteriormente descrita, recurriendo para ello a recolección de datos (enfoque holístico), existentes tanto en doctrina nacional como extranjera.-

En este sentido se llevará a cabo un análisis de la discusión en torno al concepto determinante de la autoría y de la participación y su evolución desde la teoría del dominio del hecho a la teoría de los delitos de infracción de deber.-

I.7. a Recolección, presentación de datos y análisis de los mismos

La recolección de datos para la elaboración del presente trabajo se efectivizará a partir de la utilización de fuentes secundarias, es decir, de material bibliográfico perteneciente a prestigiosos autores especializados en materia penal. Por otra parte, el análisis de los datos se realizará de manera cualitativa, a partir de la observación de documentos, que permitan describir y comprender el tema planteado.-

Capítulo II: La Autoría

II.1 Distintos Conceptos de autor

Han sido tres los conceptos de autor mantenidos por la doctrina penal, estos son: el unitario, el extensivo y el restrictivo.-

II.1.a La concepción unitaria de autor

El concepto unitario de autor, rechaza la distinción entre autor y partícipe, y niega todo vínculo de accesoriedad entre las responsabilidades de los distintos sujetos que participan en un hecho.-

El concepto unitario de autor se caracteriza por encuadrar todas las formas de intervención en el delito bajo una única figura de autoría.-

“En este sentido general se puede decir que históricamente han mantenido un concepto unitario legislaciones, o mejor dicho, sistemas jurídicos, en que no se hacían claras distinciones entre las personas que colaboraban de algún modo en el delito. Uno de éstos es el derecho romano, pese a que, de un modo casuístico, distinguía entre diversas formas de intervención, sin embargo no establecía consecuencia alguna derivada de tales distinciones”.-⁵

El concepto unitario ha sido acogido también por otras legislaciones, tales como el Código Penal Noruego de 1902, el Danés de 1930 o el Italiano de 1930. -

El concepto unitario de autor, ha sido muy objetado, en el sentido de que al transformarse todas las contribuciones que se hacen al hecho, en la causación de lesiones del bien jurídico, se va diluyendo lo que es injusto y específico de la acción de cada tipo. Por otro lado, en los delitos de propia

⁵ Miguel DIAZ y GARCIA CONLLEDO, La autoría en Derecho Penal, Primera Edición, 1991. Pág. 47/48.

mano y especiales (que mas adelante se tratarán), habría entonces que considerar autores a aquellos intervinientes extraños, por la pura causalidad de su cooperación, a pesar de que no actúen de propia mano o no estén cualificados para ser autores.-

Con el hecho de afirmar que son autores todos los sujetos que efectúen alguna contribución causal al hecho, se estaría eliminando las figuras del instigador y del cómplice.-

Cuando se trata de graduar la pena, estas figuras deben de reaparecer, porque se esta tratando de una intervención diferente en el hecho que debe ser merituada en el momento de determinar judicialmente una pena.-

II.1.b La concepción extensiva de autor

El concepto extensivo de autor, parte de premisas muy parecidas al concepto unitario y reconoce la igualdad de todas las formas de participación, pero como existen cláusulas en el derecho positivo que distinguen entre autores y partícipes, busca criterios para fundamentar esa distinción. A esos fundamentos los encuentra normalmente en la parte subjetiva de la conducta del sujeto, en el ánimo con el que actúa. Para éste concepto, las normas que hacen referencia a la participación en sentido estricto son causas de restricción de la punibilidad. -

Para Jescheck, el fundamento dogmático de ésta teoría es la idea básica de la teoría de la condición de la equivalencia de todas las condiciones del resultado. Según la misma, es autor todo aquel que ha contribuido a causar el resultado típico, sin necesidad de que su contribución al hecho consista en una acción típica. Según ella, también el inductor y el cómplice son en si autores, pero el establecimiento de especiales preceptos penales para la participación pone de manifiesto que estas formas de intervención en el marco del concepto global deben tratarse en forma distinta a la autoría misma. La inducción y la complicidad, aparecen así, como causas de restricción de la pena. Pero si autoría y participación no pueden distinguirse objetivamente, porque ambas

son equivalentes desde un prisma causal, solo resta la posibilidad de buscar la distinción en un criterio subjetivo. De ahí que el concepto extensivo de autor vaya unido a la teoría subjetiva de la participación.-⁶

Esta teoría establece, en líneas generales, que el autor quiere el hecho como “propio”, tiene “ánimus auctoris” y el partícipe quiere el hecho como “ajeno”, por lo que actúa con “ánimus socii”, motivo por el cual la delimitación entre autoría y participación ha pasado de ser una cuestión de tipo a convertirse en un problema de fijación de la pena. Por ejemplo: Aunque el sujeto coopere en un abuso sexual con acceso carnal, ejerciendo la violencia sobre la víctima, puede no obstante ser un autor. Quien induce a una mujer que actúa de propia mano y con plena responsabilidad a un aborto sobre si misma, es autor y no solo inductor si posee voluntad de autor.-

Es por ello que el concepto extensivo de autor, desde el ángulo de la teoría subjetiva de la participación, no garantiza una aplicación justa de la pena, ya que amplía la punibilidad a toda contribución causal y culpable al hecho, lo que en la práctica terminaría por disolver los tipos penales.-

II.1.c La concepción restrictiva de autor

El concepto restrictivo de autor establece que es autor quien con su comportamiento realiza la descripción típica descrita por la norma. Todo concepto restrictivo de autor ha de tener como base la diferencia entre autor y partícipe.-

Según esto, autor es, solo quien lleva a cabo por si mismo la acción típica, mientras que la sola contribución a la causación del resultado dañoso, a

⁶ H.H. JESCHECK, Tratado de Derecho Penal, Parte General, Volumen II, Edit. Bosch, Casa Editorial S.A. Pág. 894/895.

través de acciones no consideradas típicas, no pueden establecer autoría alguna. -

“Desde el prisma del concepto restrictivo de autor, la previsión de especiales formas de participación, como la inducción y la complicidad, significa que la punibilidad se amplía a acciones que quedan fuera del tipo, pues con arreglo al propio tipo solo podría castigarse al que por si mismo mata, hurta u ofrece resistencia. Otros intervinientes que se limitan a determinar al autor a la comisión del hecho o a auxiliarle en el mismo, deberían quedar impunes si no existiesen los especiales preceptos que regulan la inducción y la complicidad. Si la realización de la acción típica ya significa objetivamente algo distinto a su favorecimiento, se deduce por si solo que autoría y participación también deben distinguirse con arreglo a criterios objetivos. Por ello, el concepto restrictivo de autor va unido a una teoría objetiva de la participación”.-

7

Si bien el concepto restrictivo no es el único, si sería el más adecuado, ya que es el que mejor se adapta a las descripciones de los tipos penales de la parte especial del código penal.-

Frente al concepto extensivo de autor que parte de la idea de que en principio, todos los sujetos que intervienen en delito y a los cuales les sea objetivamente imputable el resultado del mismo, son autores, se encuentra siempre el concepto restrictivo, que indica sencillamente que no todos los que intervienen en un delito son autores, sino solo algunos de ellos. Por otro lado, existen preceptos que castigan o sancionan otras formas de intervención, extendiéndose de esta forma la punibilidad.-

II.2 Teorías para definir al autor

II.2.a Teoría formal objetiva

⁷ Ibidem. Pág. 893.

Para la teoría formal objetiva, el autor es el que ejecuta la acción expresada por el verbo típico. Esta doctrina fue dominante en Alemania entre 1915 y 1933. -

El concepto de autor en el sentido de la teoría formal objetiva se deduce de los tipos penales contenidos en la Parte Especial del Código Penal, pero con éste criterio se estaría dando una solución aparente, toda vez que por ejemplo, en el delito de homicidio, se dice que realiza el tipo el que mata a otro, pero de allí no es posible establecer quien es el que mata a otro cuando son varios los que toman parte en el hecho. Por ejemplo: Autor sería el que clava el puñal y no el que sostiene a la víctima para permitir el ataque.-

Los 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.-

La teoría formal objetiva distingue el autor del partícipe, según el aspecto exterior de los respectivos comportamientos, es decir, según si la acción se puede subsumir lógico-formalmente bajo el tipo penal, pero esta forma de caracterizar objetivamente a la autoría se contradecía con un pensamiento causalista que concebía un injusto objetivo, remitiendo todos los elementos subjetivos a la culpabilidad.-

Es así que el desenvolvimiento de la teoría del delito, y la incorporación de los elementos subjetivos en el tipo, terminó en cierta forma, con la posibilidad de una concepción puramente objetiva de la autoría, y fue de esta manera que en la medida en que la acción ejecutiva ya no era concebida de forma exclusivamente objetiva, los postulados de la teoría objetiva debieron relativizarse.-

“ ... Consecuencia de ello es el punto de vista expuesto por Mezger, para quien, si bien la teoría formal objetiva es básicamente correcta, también la realización de los elementos subjetivos de la ilicitud fundamentan la autoría”.⁸

Entonces, para los partidarios de esta teoría, autor es el que personalmente lleva a cabo parcial o totalmente la acción descrita por el verbo utilizado en el tipo (el que mata, el que apodera, el que usa el documento, etc).-

Esta teoría presenta innumerables ventajas al lograr percibir el hecho desde lo valorativo, desde su sentido como acontecer. Sin embargo, no logra superar su principal limitación al enfrentarse al fenómeno de la autoría mediata, es decir aquel que se vale de otro para ejecutar la acción, por ejemplo: el que se vale de un demente para matar a otro.-

Al partir de un punto tan acotado y rígido, no logra flexibilizarse lo suficiente como para abarcar en su definición de autor al que en su propósito se sirve de quien actúa sin dolo. Partiendo de la definición de autor que nos da esta teoría, mal puede ser autor de homicidio quien cambia las balas de fogeo por otras de verdad, de un arma que se utilizará en una obra de teatro.-

Para corregir este vacío, los partidarios de esta construcción, desarrollaron la teoría de la preponderancia, ampliando así el concepto de autor para los casos de autoría mediata, considerando a tal, a quien pese a no haber realizado la acción del tipo, participa de otros presupuestos de la punibilidad que residen en la culpabilidad y solo concurren en el autor.-

Puede criticarse también a algunos de sus representantes, la manera en que pretenden resolver claras situaciones de coautoría. Así, cuando consideran autor del homicidio a quien puso el veneno en la sopa y solo partícipe a quien

⁸ Citado por Enrique BACIGALUPO en Derecho Penal, Parte General, Editorial Hammurabi, 2º Edición, Argentina, 1999. Pág. 49.

distrajo a la víctima para hacer esto posible, o cuando otorgan calidad de autor al que clava el puñal y de partícipe al que sujetaba a la víctima por detrás.-

Tampoco da cuenta de situaciones en delitos especiales propios, en que la realización corporal de la acción típica no es suficiente para configurar la tipicidad de la acción.-

Pero no obstante las limitaciones destacadas, la teoría formal objetiva tiene el mérito de captar las acciones vivas y situarlas en el centro del acontecer humano, revelándose como precursora inmediata de la teoría del dominio del hecho, quien resuelve de mejor manera las situaciones arriba descriptas.-

II.2. b Teoría Subjetiva

Esta teoría, que va de la mano del concepto extensivo de autor, entiende que no es factible una delimitación de las distintas formas de participación desde el punto de vista de la teoría formal objetiva, vale decir, de si la acción se subsume en su aspecto externo bajo el tipo penal, y se centra por el contrario en la dirección de la voluntad del partícipe.-

Como se ha referenciado en oportunidad de exponer el concepto extensivo de autor (cfr. pág. 13), para ésta teoría, autor es el que hace un aporte al hecho queriéndolo como suyo, y cómplice es el que quiere el hecho como ajeno. Quiere el hecho como suyo el que tiene interés en el resultado y lo decisivo para determinar la autoría es la voluntad.-

Pero la distinción basada en criterios subjetivos llevó a la jurisprudencia alemana a decisiones totalmente reñidas con la justicia y el sentido común, en efecto, una de las sentencias mas citadas como ejemplo del absurdo es la que condena a la madre como autora del infanticidio de su hijo por ser de su interés personal el resultado, y partícipe, a su hermana que si bien era quien lo ahogó en la bañera no quería el hecho como propio. Otro caso de relevancia, es el

que considera partícipe del homicidio al sicario contratado por un país extranjero para cometerlo, puesto que no quería el hecho como propio.-

Esta teoría contradice la estructura del derecho penal, el cual se basa en tipicidades descritas y delimitadas objetivamente en el código penal, afectando de esta manera el principio de legalidad y de reserva.-

II.2.c Teoría material objetiva

Basándose en pautas objetivas, esta teoría intenta identificar el sentido de la actuación de múltiples intervinientes con criterios de contenido que superan la simple forma de comportamiento.-

“Como su nombre lo indica lo común de estas teorías es que, para distinguir entre autoría y participación, acuden a criterios distintos a la posición interna del sujeto respecto de su contribución al hecho, siendo por ello objetivas, y que tienen un carácter material, en el sentido de que no se conforman con una mera remisión a los tipos de delito ... ”.-⁹

Al decir de Nuñez, las teorías materiales objetivas no toman en cuenta la forma del aporte sino su valor, y es precisamente eso lo que las diferencia de la teoría formal objetiva, para la cual es autor el que realiza el tipo delictivo, ejecutándolo o interviniendo en la ejecución, mientras que el cómplice solo se limitaría a prestarle un auxilio o cooperación al autor.-

II.2.d Teoría del dominio del hecho

Los partidarios de esta teoría han elaborado un sin número de definiciones brindando pautas que permiten detectar al autor de un determinado suceso delictivo.-

⁹ Miguel DIAZ y GARCIA CONLLEDO, Op. Cit. Pág. 536.

“Autor es el señor del hecho”, “... es la figura central, la clave del suceso en forma de acción ...”¹⁰

En su manual, Zaffaroni nos brinda una definición casi idéntica. “Autor es quien domina el hecho, retiene en sus manos el curso causal, puede decidir sobre el si y el como o -mas brevemente dicho- quien puede decidir la configuración central del acontecimiento”.-¹¹

El dominio del hecho se da siempre de una manera concreta, pero a su vez puede presentarse como dominio de la acción, que es aquel que posee el autor cuando realiza el tipo de propia mano; como dominio funcional del hecho, que es cuando se presenta en forma de división de tareas, y como dominio de la voluntad, que tiene lugar cuando se domina la voluntad de otro, ya sea por necesidad o error. -

“El concepto de dominio del hecho se asienta sobre la finalidad de la conducta, que lo aproxima al dolo, del que debe distinguirse, toda vez que con dolo también actúan los partícipes, que, por definición, no tienen el dominio del hecho”.-¹²

Para Weber, el dominio del hecho quiere decir que el autor determina el sí y como el hecho ha de cometerse. Niese, cree que hay autoría cuando el agente ... posee la dirección final de la causalidad en el mundo exterior. Maurach, escribe que el dominio del hecho es el tener en las manos dolosamente el desarrollo típico del acontecimiento, la posibilidad de la que es consciente el agente de dirección final y conformadora del tipo, el dominio del hecho lo tiene todo operador que se halla en la situación real, de la que es consciente, de dejar correr, detener o interrumpir, según cual sea el comportamiento, la realización del tipo, el dominio del hecho es la dirección final del acontecimiento típico. Gallas, defensor también de este concepto de

¹⁰ Claus ROXIN, Op. Cit. Pág. 128.

¹¹ Eugenio Raúl ZAFFARONI, Alejandro ALAGIA, Alejandro SLOKAR, Op. Cit. Pág. 609/610.

¹² Ibidem. Pág. 610.

autor, cree que la autoría significa la relación del agente a un proceso de acontecimiento y al resultado de éste, que hace aparecer el acontecimiento total como su hecho y el resultado como su obra”.-¹³

“Existen también quienes proponen la idea de renunciar por completo a elementos determinables y decidir la cuestión de quien tiene el dominio del hecho en cada caso, en función de una visión global de todas las circunstancias del supuesto de hecho concreto”.-¹⁴

En efecto, algunos expresamente, otros corroborando con su actitud esta teoría, al emplear continuamente el concepto de dominio del hecho, sin introducirse en el análisis de su contenido, apoyan esta tesitura. Esto pareciera que se debe a la idea de que no es posible proporcionar datos abstractos mas exactos y de validez general, más útiles que el propio contenido gráfico de la fórmula en si, cuya plasticidad aporta un apoyo suficiente para la valoración judicial.-

Sin embargo, se advierte que conjuntamente con la aparente ventaja que aparejaría, al posibilitar una decisión justa acomodada a la individualización del caso concreto, surge la temida posibilidad de que la teoría de la participación se transforme en el feudo de los jueces, con la consiguiente merma en la seguridad jurídica.-

Roxin considera que “... un concepto indeterminado de dominio del hecho no solo sería insatisfactorio metodológica y dogmáticamente, sino que también inútil para su utilización práctica, y dejaría desorientada a la jurisprudencia ...”.-¹⁵

Por su lado “fijar” el concepto de dominio del hecho tampoco aparece como una solución. Criterios rígidos a los que deba subsumirse el concepto de

¹³ Citados por Enrique GIMBERNAT ORDEIG en Autor y Cómplice en Derecho Penal, Universidad de Madrid, Facultad de Derecho, Sección de Publicaciones e Intercambio. Pág. 128/129.

¹⁴ Claus ROXIN, Op. Cit. Pág. 128.

¹⁵ Ibidem. Pág. 139.

autor impiden merituar las circunstancias concretas del caso individual, para ser aplicable a todos los supuestos de hecho.-

La fijación de un concepto implica necesariamente recurrir a abstracciones que impiden acercar la diferenciación entre autoría y participación a la realidad, distanciándola de la posibilidad de aprehender en el sentido del fenómeno para captar el contenido de significado de los procesos que se articulan mediante las formas de participación.-

Roxin aboga por un concepto abierto de dominio del hecho. Un concepto que de cuenta de los cambiantes fenómenos vitales, que alcance a la vez, una gran medida de determinación y que permita someter a las formas básicas que se repiten en todos los casos, a una regulación generalizadora.-

Así, propone reemplazar la definición exacta por una descripción. Ella permitiría ajustarse a los cambiantes casos concretos. Descripciones como "... tiene dominio del hecho quien hace a), b), c), etc. ..."¹⁶

Con esto se evitaría el alejamiento de las relaciones de sentido que producen las abstracciones, así como la jurisprudencia de conceptos con lo que se apartarían todos los defectos del concepto fijado de autor.-

Por otra parte, estas descripciones darían respuesta a las cuestiones concretas rescatando las particularidades de la tipicidad y nitidez, de las situaciones reales obviadas por la oscura consideración global de la indeterminación.-

El concepto es abierto porque esta descripción, que delimita los casos típicos de intervención de varios sujetos en delito y permite un primer enjuiciamiento generalizador, se complementa con principios regulativos¹⁷ (orientativos) que dejan abierto para la valoración judicial, ciertos huecos.-

¹⁶ Ibidem. Pág. 144.

¹⁷ Ibidem. Pág. 135.

Para completar su teoría Roxin distingue los delitos del dominio del hecho de los delitos de infracción al deber que se caracterizan porque la autoría de la realización del tipo penal no se basa en el dominio del hecho sino en la infracción de un deber que incumbe al agente. Así, en los delitos de omisión y en los delitos especiales, sobre los que ahondaré en los títulos siguientes.-

Entiendo que esta teoría es la que mejor resguarda el principio de legalidad al expresar claramente lo prohibido y al describir correctamente que acciones son susceptibles de una sanción penal.-

II.2.e Teoría de infracción del deber

“En los últimos decenios se ha comprobado que no todos los tipos de delito tienen una estructura que permite explicar las cuestiones de la autoría a través de la teoría del dominio del hecho. En 1963 Roxin propuso, en este sentido, distinguir los delitos de dominio del hecho de los delitos de infracción del deber. En su versión originaria los delitos de infracción de deber se caracterizan porque la autoría de la realización del tipo penal no depende del dominio del hecho, sino de la infracción de un deber que incumbe al agente. Los delitos de infracción de deber, por lo tanto, se dan en tipos penales en los que la autoría se encuentra reducida a quienes les incumbe un determinado deber”.-¹⁸

Por ejemplo: Un funcionario público recibe dinero o dádiva por una persona interpuesta para hacer algo relativo a sus funciones. La persona interpuesta no puede ser acusada de cohecho, art. 256 del C.P. Solo el funcionario es autor de éste delito, aunque no haya tenido el dominio del hecho.-

Esta teoría hace referencia particularmente a los delitos especiales y los delitos de omisión y tiene sus consecuencias respecto de la accesoriedad, es

¹⁸ Enrique BACIGALUPO, Op. Cit. Pág. 496.

decir que mientras en la teoría del dominio del hecho, la participación requiere siempre un autor principal que obre dolosamente, esa circunstancia no es necesaria en los delitos de infracción de deber, en los que el partícipe, participa sin siquiera lesionar un deber especial, aunque el autor del hecho haya obrado sin dolo.-

Al desarrollar los conceptos de la teoría del dominio del hecho, se pudo advertir que ésta permitía distinguir entre autor y partícipe en los delitos de dominio, pero sin brindar solución satisfactoria para los delitos de infracción de deber, los cuales se hallan constituidos por los delitos de omisión y los delicta propia.-

La distinción entre delitos de dominio y de infracción al deber permite individualizar al autor, en estos últimos, como aquel que es destinatario de deberes especiales respecto de la protección de determinados bienes jurídicos, cuya lesión es materia de delito.-

Es autor, en esta clase de delitos, quien teniendo esos deberes especiales los incumple a la hora de perpetrarse la lesión al bien jurídico, siendo irrelevante si ésta se produce por un hecho cuyo desarrollo domina o no, importando solo si la lesión es producto del incumplimiento de esos deberes.-

En estos casos, no se podría plantear la autoría mediata, -que en los próximos títulos se abordará-, puesto que quien tiene a su cargo un deber especial (por ejemplo: el cuidado de un hijo) será autor inmediato del delito que lesione ese bien jurídico, tanto si ejecuta la acción lesiva como si induce a un tercero que no detenta esta calidad especial (curador, garante, etc.), a ejecutarla.-

La materia de la lesión jurídica es un deber extra penal y específica, que no alcanza a todo partícipe, sino solo a aquellos que se encuentran en una posición determinada respecto de la inviolabilidad del bien jurídico, esto es, que se encuentren obligados institucionalmente al cuidado de ese bien jurídico.-

Por lo tanto, en esta clase de delitos, el criterio para determinar la autoría se circunscribe a la infracción del deber especial que pesa sobre el agente, quedando al margen del análisis toda otra consideración relativa a si el agente tuvo o no el dominio del hecho.-

La coautoría, -que también se expondrá posteriormente-, en los delitos de infracción de deber de cuidado, en la mayoría de los casos, solo es posible cuando ambos participan de esa calidad especial, que los obliga de forma diversa frente al bien jurídico.-

“Contra la teoría de los delitos de infracción de deber se ha sostenido que, en la medida en la que todas las normas imponen deberes y todos los delitos consisten en la infracción de una norma, se debería deducir que todos los delitos tendrían entonces el carácter de delitos de infracción de deber”.¹⁹

II.2.e.1 Autoría en los delicta propria

Estos delitos son aquellos en los que solo puede ser autor quien detenta ciertas características personales (funcionario público, madre, curador, etc), llamado intraneus, es decir que la aptitud para ser autor está limitada a ciertas personas en razón de la particular función que cumple, o en razón de la calidad, estado o clase que ostente.-

¿Que sucede entonces cuando un intraneus se confabula con un extraneus para que éste realice las acciones que serían típicas si fueran ejecutadas por aquel?.-

Esto se resuelve con la siguiente afirmación: quien por determinada función o cualidad personal es obligado al cumplimiento de determinados deberes en relación a ciertos bienes jurídicos, la forma en que los incumpla es

¹⁹ Ibidem. Pág. 497.

irrelevante. Si lo hace comitiva u omisivamente, directa o mediatamente con la utilización de un extraneus no modifica su autoría directa.-

Otras soluciones brindan los que consideran al intraneus como autor mediato y al extraneus como partícipe.-

II.2.e.2 Autoría en los delitos de propia mano

Cuando hablamos de delitos de propia mano hacemos referencia a aquellos en los que se es autor cuando personalmente se ejecuta la acción del tipo, de allí que sea inconcebible tanto la coautoría como la autoría mediata.-

Esta categoría de delitos elaborada por la doctrina alemana, ha sido muy cuestionada.-

“Existen acciones punibles, escribe Binding, que solo pueden ser cometidas por el autor por propia mano, en las cuales, por consiguiente, está excluída la utilización como instrumento tanto de inimputables como de imputables ... Estos delitos a los que se refiere Binding, y de los que dice que solo puede ser autor el que ejecuta la actividad típica, estando excluída, por consiguiente, la autoría mediata, son los llamados delitos de propia mano ...”²⁰

Según Roxin, en ésta clase de infracciones no es la producción de un resultado guiado finalísticamente lo que constituye el injusto determinante, sino el llevar a cabo físicamente como tal, un acto reprobable. Tal como lo ejemplifica Gimbernát Ordeig, el juez que quiere prevaricar ha de dictar el mismo la sentencia; el desertor ha de huir con sus propias piernas; el hermano, si quiere cometer incesto, ha de realizar por si mismo el coito con la hermana; el testigo perjuro ha de expresarse por si mismo y jurar su testimonio.-²¹

²⁰ Citado por Enrique GIMBERNAT ORDEIG en Autor y Cómplice en Derecho Penal, Universidad de Madrid, Facultad de Derecho, Sección de Publicaciones e Intercambio. Pág. 242/243.

²¹ Citados por Guillermo Julio FIERRO en Teoría de la Participación Criminal, 2ª edición actualizada y ampliada, Editorial Astrea, 2001. Pág. 57.

El problema se plantea a la hora de determinar que tipos penales describen delitos de propia mano.-

Como lo destaca Bacigalupo, actualmente solo parece estar fuera de duda el delito de falso testimonio. La Jurisprudencia Alemana, que en un principio entendió que el delito de tenencia de armas y el de violación eran delitos de propia mano, posteriormente en ambos casos ha admitido la posibilidad de coautoría y en el caso de la violación, inclusive, la autoría mediata.-

La oscilación en la Jurisprudencia se debe a la insatisfacción que generaban los resultados de aplicar la teoría de la participación a ciertos delitos, si se los consideraban como delitos de propia mano, y estimo que es la misma insatisfacción la que lleva a Zaffaroni a descubrir en la parte general de nuestro Código Penal, el tipo especial de delito de determinación al delito, trabajando para ello con el siguiente ejemplo: La imposibilidad de hacer responsable penalmente a la mujer que duerme a la víctima de una violación, e hipnotiza al instrumento para que penetre sin actuar.-

Del mismo modo, apela a ésta figura para castigar a quien se vale de quien posee calidades personales especiales pero actúa con error de tipo.-

Considero que existen dos críticas a esta construcción: primero, es el propio Zaffaroni quien advierte que solo se puede ser partícipe de un injusto, por lo que luego no puede abogar la existencia de un delito de determinación al delito, puesto que si este último existiese, el determinador bien podría ser partícipe del mismo; y segundo, que hay acciones que son reprochables por determinadas causas, y son esas mismas causas las que las hacen pertenecer a la clasificación de delitos de propia mano o delicta propia, de allí que no pueda ser valorado de la misma manera el prevaricato de un juez que la acción de alguien que no siendo juez determina a otro prevaricar por error.-

II.3 Distintas clases de autoría

II.3.a Autoría directa

Existe autoría directa cuando un sujeto, exteriorizando una decisión de voluntad, realiza por sí la totalidad de la conducta descrita en el tipo.-

Cuando en la conducta del agente se verifica el dolo y han concurrido tanto los elementos objetivos como los subjetivos (calidad especial de sujeto activo y especiales elementos del ánimo), estamos frente a un caso de autoría simple y que no presenta problemas.-

El agente también será autor directo por tener exclusivamente el dominio del hecho, cuando se sirve de un sujeto que no realiza acción, puesto que lo habrá utilizado como cosa, como instrumento para la comisión del hecho.-

Según Zaffaroni, no cabe duda que hay dominio del hecho cuando un sujeto realiza personalmente la totalidad de la conducta descrita en el tipo, pero no debe confundirse esta afirmación con lo sostenido por la vieja teoría formal objetiva, pues para esta bastaba con que el sujeto realizase la parte externa, objetiva de la conducta. En la teoría del dominio del hecho, el autor debe cumplimentar el tipo no solo objetiva, sino subjetivamente. Cuando el agente cumple objetiva y subjetivamente con la conducta típica en forma directa, no hay duda acerca de que tiene en sus manos el curso del devenir central del hecho. También puede suceder que se valga de alguien que no realiza conducta como mero instrumento, o sea, como una masa mecánica (empuja a otro para hacer caer a un tercero que se lastima). En tal supuesto da lo mismo que utilice un cuerpo humano o una piedra, de modo que también será autor directo.-²²

II.3.b Autoría plural o coautoría

Son coautores quienes codominan el hecho.-

²² Eugenio Raúl ZAFFARONI, Alejandro ALAGIA, Alejandro SLOKAR, Op. Cit. Pág.611/612.

Para Welzel la coautoría es la ejecución distribuida entre varias personas de actos parciales interrelacionados finalmente, de una resolución de actuar sustentada conjuntamente por todos. El dominio del hecho corresponde ahí a todos.-²³

El codominio del hecho exige una voluntad unívoca al hecho. Esta voluntad común vincula a los coautores a través de la articulación funcional de sus aportaciones.-

Los coautores son autores y por ende para detentar esta calidad deben, además de dirigir el curso de los acontecimientos del hecho, participar de las calidades de autor requeridas por el tipo penal, para ser considerados coautores.-

Entonces cuando son las varias las personas que cometen un delito común, todos son penados como autores, ya que el dominio del hecho también fue común.-

Según Jescheck, la coautoría consiste, así en una división del trabajo, que o bien condiciona la propia posibilidad del hecho o lo posibilita, o bien reduce de forma esencial el riesgo de su producción. Requiere, en su aspecto subjetivo, que los intervinientes se vinculen recíprocamente mediante un acuerdo en común de realizar el hecho, debiendo asumir cada uno de ellos un cometido parcial necesario para la totalidad del plan, que les haga aparecer como cotitulares de la responsabilidad por la ejecución de todo el hecho. La resolución común de ejecutar el hecho es el vínculo que convierte las distintas partes en un todo. En sentido objetivo, la aportación de cada coautor debe encerrar un determinado grado de importancia funcional, de modo que la colaboración de cada uno de ellos mediante el desempeño de la función que a

²³ Citado por Claus ROXIN en Autoría y Dominio del Hecho en Derecho Penal, Editorial Marcial Pons, traducción de la sexta edición alemana por Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo, Madrid, 1998. Pág. 86.

cado uno le corresponde, se presente como una pieza esencial para la realización del plan general.- ²⁴

Pero mas allá de lo expuesto, puede que sucedan los hechos de otra forma, en efecto, puede haber una división de tareas que puede llegar a provocar confusiones entre quienes son autores y quienes son partícipes. Por ejemplo: En el caso que un sujeto se apodera del dinero de un negocio, mientras el otro apunta con un arma a todas personas que trabajan en el mismo, no significa que uno este cometiendo un robo y el otro amenazas calificadas, sino que ambos cometen un delito de robo calificado por el uso de armas.-

Para Zaffaroni, estos casos de reparto de tareas se resuelven por el llamado dominio funcional del hecho, que tiene lugar cuando el aporte que cada uno realiza al hecho es de tal naturaleza que, conforme al plan concreto, sin ese aporte el hecho no podría haberse llevado a cabo según dicho plan. En este caso tenemos un supuesto de coautoría y no de participación.- ²⁵

Es decir, que como estamos hablando de un plan concreto del hecho, establecer quienes son coautores y quienes partícipes es una cuestión que debe decidirse en cada caso conforme a las características de éste. Por ejemplo: no puede establecerse de ante mano si la persona que hace las veces de “campana” en el supuesto delito de robo, es coautor (autor) o partícipe, sino que se lo debe valorar frente al plan concreto del hecho, es decir que si el campana solo facilitó la consumación del hecho, para que éste pueda lograrse mas rápidamente, será un partícipe, pero cuando sin el campana el robo no habría podido cometerse, será un coautor.-

Obviamente que en la coautoría, cada uno de los coautores tienen que reunir los requisitos típicos para ser considerados autores. Cuando estos requisitos falten, aunque haya una división del trabajo y cada uno de ellos

²⁴ H.H. JESCHECK, Op. Cit. Pág. 937/938.

²⁵ Eugenio Raúl ZAFFARONI, Alejandro ALAGIA, Alejandro SLOKAR, Op. Cit. Pág. 616.

realice un aporte para que el hecho se realice, de acuerdo a un plan, no estaremos hablando de coautoría, sino de complicidad necesaria. Este es un límite legal al principio del dominio del hecho.-

“Los límites de la coautoría se deducen del hecho de que se trata de una forma de autoría basada en un común acuerdo. a) No cabe, por ello, coautoría en los delitos imprudentes, puesto que en ellos falta el común acuerdo. b) Como la coautoría representa una forma de autoría, solo puede ser coautor quien pueda ser un autor idóneo en relación a las demás contribuciones al hecho. No cabe autoría cuando el tipo requiere un determinado elemento jurídico en el autor que no concurre en el correspondiente interviniente, como la apropiación de la tenencia en la posesión indebida. Los elementos subjetivos del tipo, como la intención de apropiación en el hurto y el robo el ánimo de lucro en la receptación, deben concurrir también en todo interviniente que haya de considerarse autor. Mas la responsabilidad jurídico-penal de los coautores solo llega hasta donde alcance el común acuerdo (exceso) solamente pueden atribuirse a los mismos como autores individuales. Ejemplo: Un coautor da muerte a la víctima pese a que solamente se había acordado lesionarle”.- ²⁶

II.3.c Autoría mediata

Frente a la autoría o coautoría directa aparece la autoría o coautoría mediata.-

Si bien en ambas formas de autoría, directa o mediata, el autor tiene el dominio del hecho y debe poseer las características especiales de la autoría (objetivas y subjetivas, calidades personales y especiales elementos del ánimo) exigidas por el tipo, se diferencian esencialmente en que el dominio del hecho se ejerce de manera diversa.-

El autor directo tiene el dominio porque total o parcialmente realiza por sí la acción típica. Sin embargo, el autor mediato domina el hecho porque de una

²⁶ H.H. JESCHECK, Op. Cit. Pág. 940/941.

u otra forma domina la voluntad de otro u otros que son quienes ejecutan la acción típica logrando su objetivo a través de ellos.-

En los casos de autoría mediata, entiendo que ya no es posible hablar del dominio del hecho como dominio de la acción sino que existe un dominio funcional del hecho, porque lo que el autor mediato controla es la voluntad del otro.-

Existen diversos supuestos en los que se da la figura de la autoría mediata, por lo que en los títulos siguientes se procederá a explicar en que consisten los mismos.-

II.3.c.1 Autoría mediata con instrumento que obra atípicamente

Esta se presenta cuando el agente se sirve de otra persona que ejecuta una acción que resulta atípica ya sea porque el instrumento actuó sin dolo, o encontrándose en error de tipo.-

El autor tiene en estos casos el dominio del hecho al manipular la voluntad del instrumento que desconoce la concurrencia de las circunstancias del tipo.-

Zaffaroni sostiene que la autoría mediata no siempre presupone una autoría directa por parte del interpuesto, porque en el caso del que actúa sin dolo (por ejemplo: el que para cometer un homicidio se vale del actor mediante el reemplazo de balas de fogueo por otras de plomo), no puede ser el actor, autor doloso del delito (como máximo podrá ser culposo). La expresión autoría mediata indica autoría mediante determinación de otro, pero no un autor mediante otro autor, porque con frecuencia el interpuesto no es autor.-²⁷

Por su parte, Bacigalupo también hace la distinción, refiriéndose en el supuesto del instrumento que actúa atípicamente, al caso de quien es inducido

²⁷ Eugenio Raúl ZAFFARONI, Alejandro ALAGIA, Alejandro SLOKAR, Op. Cit. Pág. 613.

a provocarse lesiones a si mismo, mediante engaños de que el revolver está descargado.-

Este Jurista, también ubica como supuesto de autoría mediata de estafa procesal al caso de la parte que hace valer como prueba documentos falsos para manipular la voluntad del Juez que actúa conforme a derecho al dictar sentencia.-

II.3.c.2 Autoría mediata con instrumento en estado de necesidad exculpante

Algunos autores sostienen que también es autor mediato quien mediante amenazas obliga a otro a cometer un delito. La diferencia entre este caso y los anteriores radica en que el instrumento tiene conciencia de la ilegitimidad del acto; de allí que su conducta sea dolosa (el dolo se lo crea quien lo amenaza por medio de los males que le pronostica) y por ende, típica, mas no antijurídica.-

Por otra parte, el total dominio del hecho no necesariamente se encuentra en manos de quien amenaza, puesto que el amenazado, de la misma manera que el inimputable, puede no actuar como lo espera el agente.-

Para otros autores, la autoría mediata aparece cuando la coacción sufrida es tal que le impide al instrumento cualquier dominio de su voluntad.-

El hecho de que la ley no le exija actuar de un modo diverso al fijado por quien lo coacciona no significa que, a efectos de determinar el dominio del hecho, no sea relevante analizar si quien actúa con dolo ha perdido o no el dominio del hecho de la acción que le exige el agente y de allí determinar si tuvo la posibilidad de obrar de otra manera. Esta posibilidad de actuar de otra manera que la ley no le exige en el caso concreto, implica que quien lo coacciona no domina el hecho y de allí que tampoco sea autor mediato. Quienes sostienen esto consideran al coaccionador como un inductor ya que ha creado en el autor el dolo.-

II.3.c.3 Autoría mediata con instrumento sin capacidad para motivarse

En este supuesto nos encontramos frente al instrumento inimputable y frente al instrumento que actúa con error de prohibición.-

Al respecto Jescheck sostiene que mientras que los grupos tratados hasta aquí no se discuten en lo esencial, surgen dudas cuando alguien hace ejecutar un hecho punible por un instrumento incapaz de culpabilidad (niños, ebrios, enfermos mentales), pues estos casos, por virtud de la limitación de la accesoriedad, pueden incluirse tanto en la autoría mediata como en la inducción. Como siempre, lo decisivo es aquí el dominio del hecho por parte del hombre de atrás. Concorre con seguridad cuando éste ha producido intencionalmente la incapacidad de culpabilidad del intermediario, por ej., por embriaguez, para que se pliegue a sus planes. Pero también ha de admitirse autoría mediata en caso de que únicamente se conozca la incapacidad de culpabilidad y se aproveche este estado para la comisión del hecho. Por el contrario, si el niño o el enfermo mental se halla capacitado excepcionalmente para adoptar una resolución propia concurre inducción ...²⁸

Asimismo sostiene el mencionado autor que lo mismo vale para el caso de que el instrumento actúe en un error de prohibición invencible. No sólo debe estimarse autoría del hombre de atrás cuando él ha provocado intencionalmente el error, sino también cuando el mismo lo conoce y aprovecha. Mas si el error es vencible para quien ejecuta inmediatamente el hecho, éste actuará con culpabilidad ...²⁹

Bacigalupo distingue la situación según que el instrumento haya o no dominado el hecho. Si bien considera que ambos casos pueden ser resueltos como inducción si se comulga con la accesoriedad limitada, afirma que si el instrumento ha podido conservar el dominio del hecho a pesar de su inimputabilidad, la inducción es patente. Pero si la inimputabilidad impide al

²⁸ H.H. JESCHECK, Op. Cit. Pág. 925

²⁹ Ibidem. Pág. 925/926.

instrumento dominar el hecho, la autoría mediata es lo que da el verdadero sentido al hecho.-

Las mismas apreciaciones pueden hacerse respecto de quien se aprovecha del error de prohibición de otro, sea éste evitable o no, aunque en este último caso, Bacigalupo dice que puede darse autoría mediata.-

Por el contrario, Zaffaroni considera que, a diferencia de lo que acontece en los casos en que el instrumento obra sin dolo, en cumplimiento de un deber o autorizado por el derecho, cuando el instrumento es inimputable, el dominio del hecho no está en cabeza de quien lo intenta persuadir de la comisión de un delito, de allí que este no sea autor mediato. El inimputable no necesariamente actuará como quien lo decide o lo intenta persuadir.-

En este sentido comparto lo sostenido por Zaffaroni en cuanto sostiene que la falta de reprochabilidad de la acción del interpuesto no siempre proporciona al determinador el dominio del hecho, toda vez que el que determina solo cuenta con una probabilidad de que el instrumento cometa el injusto.-

En efecto, la existencia o no del dominio del hecho en estos casos solo puede presumirse y por lo tanto deberá probarse en cada caso en particular, aunque generalmente siempre se tratará de supuestos de instigación y no de autoría mediata.-

II.3.c.4 Autoría mediata en los aparatos organizados de poder

Existen autores que al tratar la delincuencia dentro de ámbitos de organizaciones de poder, abren la posibilidad de que en un mismo hecho delictivo concurren un autor directo y uno mediato.-

Estos doctrinarios sostienen que los líderes de estas organizaciones son autores mediatos de los delitos cometidos por sus subordinados, que al no haber actuado ni coaccionados ni por error, son autores directos.-

La idea de dominio del hecho se cuestiona frente a la posibilidad real de la organización, de reemplazar fácilmente a un ejecutor por otro.-

Otros, resuelven estas cuestiones con las regla de la coautoría, pero discrepo con esta posición y me inclino por negar que pueda existir coautoría entre un autor directo y otro mediato, toda vez que el art. 45 del C.P. equipara la pena dispuesta para el autor y el inductor, y si el instrumento actúa con dolo, típica, antijurídica y hasta culpablemente, no existe posibilidad alguna de impunidad para el líder inductor.-

Ello sin dudas, deja de resolver cuestiones como la autoría de un homicidio entendido dentro de la política de “terror de estado”.-

La cuestión podría pensarse en una cuestión de concurso ideal en la que al líder se le imputa en calidad de autor o coautor directo un hecho, por ejemplo: el genocidio, como hecho distinto al del homicidio puntual de cada una de las víctimas que, sin embargo, lo constituyen. Por el contrario, al homicida de cada víctima, ejecutor del homicidio, no se le podría imputar el genocidio.-

Capítulo III: La Participación

III.1 Participación en sentido amplio y restringido

En sentido amplio, se denomina participación a la concurrencia de personas en el delito. Abarca a todos los participantes, es decir a los autores, cómplices e instigadores.-

El llamado concepto extensivo de autor, tiene como principal misión justificar la autoría mediata, por lo que de acuerdo con éste concepto, tanto desde el punto de vista de la causación de un resultado, como desde el de la lesión al bien jurídico, toda aportación será básicamente equivalente y por lo tanto fundamentadora de autoría.-

La función de las teorías de la autoría y la participación en este contexto fue la de determinar cuales aportaciones de los partícipes merecen una atenuación de la pena.-

En sentido estricto, se denomina participación a la concurrencia de quienes participan sin ser autores. Acá participación es participación en la conducta del autor, que puede darse en forma de instigación, es decir cuando se decide a alguien a cometer un delito, o de complicidad, es decir cuando se coopera con alguien en su conducta delictiva.-

En la actualidad, la doctrina dominante sostiene el concepto restrictivo de autor, el cual parte de la idea de que los tipos penales de la parte especial sólo hacen referencia o describen el comportamiento del autor, y en consecuencia, la responsabilidad de los partícipes en el hecho cometido por el autor, se caracterizan como causas de extensión de la punibilidad.-

La participación, en cualquiera de las formas en que se manifieste es también una manera de delinquir; en efecto, no sólo el que ejecuta la acción típica es penalmente responsable de su conducta sino también todos aquellos

que de una forma u otra coopera o contribuyen a la producción de un resultado delictivo.-

Para que haya participación es condición la existencia de pluralidad de sujetos y éstos a su vez deben haber efectuado un aporte para que se produzca el resultado del hecho ilícito cometido.-

En el capítulo anterior se trató a la autoría por considerar necesario determinar previamente la noción de autor, para luego, en función de ello, analizar las distintas formas de participación.-

Y es que es imposible hablar de instigación o complicidad, cuando las mismas dependen de un hecho típico y antijurídico cometido por un autor, por lo que son conceptos que no pueden entenderse correctamente el uno sin el otro.-

La condición principal de la participación es que el partícipe no sea quien haya realizado la acción típica, por otra parte, no es posible la participación si no esta conectada a un injusto penal cuyo autor se trata de una persona distinta del partícipe.-

“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 ... La extensión de cualquiera de los tipos penales de la Parte Especial a otras conductas que no son su comisión misma solo es posible mediante el dispositivo técnico que proporcionan las reglas referidas a la participación en sentido estricto (inducción y complicidad)”.-³⁰

III.2 Principios que rigen la participación

A modo de introducción al presente título, citaré lo que el autor Ricardo Nuñez describe como comunidad de hecho y convergencia intencional.-

³⁰ Enrique BACIGALUPO, Op. Cit. Pág. 517/518.

“Comunidad de Hecho: Para que las conductas de varias personas constituyan participación criminal o concurso de delincuentes, no basta la coincidencia temporal y espacial de las distintas delincuencias. Juan y Diego no son partícipes en sentido criminal por el solo hecho de que cada uno haya hurtado por su lado en el mismo lugar y al mismo tiempo. Aquí las delincuencias carecen de toda base común. No existe siquiera una comunidad de hecho, ya que las variadas conductas individuales no representan aportes para un mismo efecto. Para que sea posible la responsabilidad común que la participación criminal supone, la base indefectible es un hecho común que la genere ... La participación exige, desde el punto material de la unidad del hecho, un concurso de contribuciones a este hecho. No requiere sin embargo, un concurso de acciones ... Estas contribuciones son prestadas de todas las maneras en que el hombre puede concurrir con otros al logro del fin delictivo, vale decir: con comisiones u omisiones, aportes físicos o morales, directos o indirectos, inmediatos o mediatos, principales o secundarios, anteriores, concomitantes o ulteriores al hecho, siempre que en este último caso estén ligados al mismo con promesas anteriores. No es necesario, sin embargo que la contribución de cada partícipe sea en si misma delictiva. Lo será cuando su aporte consista en un hecho delictuoso. Pero si la intervención no se concreta en esta especie de actos, los distintos aportes solo se vuelven delictivos por su referencia al hecho común. Por esto, no puede haber participación criminal si el hecho común no es un delito o una tentativa de delito”.-³¹

“Convergencia Intencional: ... La esencia de la participación reside en que la intervención de las distintas personas en el mismo hecho, se realiza en ayuda, sea recíproca entre si, sea unilateralmente, solo de una parte a otra. La ayuda supone en quienes la prestan una tendencia hacia el objetivo o hecho común, esto es una convergencia de las particulares intenciones en un mismo

³¹ Ricardo C. NUÑEZ, Tratado de Derecho Penal, Tomo Segundo, Parte General, 2ª reimpresión: junio 1988, Editora Córdoba. Pág. 272/274.

objetivo, que puede tener su fuente en el acuerdo de los participantes, reflexivo o improvisado, o en la respectiva intención de contribuir a un objetivo común”.³²

La participación en sus dos formas, instigación y complicidad, es el aporte doloso que se hace al injusto doloso de otro.-

Partícipe sería el que concurre en el injusto y es alcanzado por la prohibición típica sin ser autor. La participación siempre indica una relación, porque siempre se participa en algo, de lo que se deduce que la participación debe ser siempre accesoria de un injusto ajeno.-

No puede haber participación criminal, sea en forma de instigación o de complicidad, en la conducta de otro, si la conducta del otro no es típica y antijurídica.-

Al hablar de autoría, vemos que la misma puede ser dolosa, cuando se basa en el dominio de hecho, o culposa, cuando lo hace desde la causación. Es decir que el autor culposo es aquel que causa un resultado en razón de haber violado un deber de cuidado a su cargo, no pudiéndose hablar del dominio del hecho, toda vez que dicho concepto hace referencia al dolo del autor. -

La participación, en cambio, solo puede ser dolosa y solo queda limitada a los delitos dolosos, toda vez que en los delitos culposos, todo aquel que coloca una causa para que se de un resultado, es considerado autor.-

Por lo que de lo expuesto debe deducirse que tampoco hay participación culposa en delito doloso, es decir que si alguien presta una escopeta a un amigo, quien manifestó necesitarla para ir a cazar, no es cómplice culposo, si el amigo utiliza dicha escopeta para matar a su mujer. Por otra parte, tampoco hay participación dolosa en un delito culposo y menos aun existe participación culposa en delito culposo.-

³² Ibidem. Pág. 277/278.

III.3 Fundamentos de la punibilidad de la participación

La participación requiere el dolo de contribuir a un injusto doloso. Si la participación es participación en un injusto doloso, externamente requiere que el hecho principal se halle en una etapa ejecutiva para que la participación sea punible, es decir que por lo menos exista una tentativa, ya que si solo se trata de actos preparatorios no habría injusto alguno del cual participar.-

La inducción y la complicidad son respecto de la autoría, causas de extensión de la pena y por eso su punibilidad requiere una particular fundamentación. Al respecto han surgido diversas teorías:

III.3.a Teoría de la culpabilidad de la participación

“Para ella el fundamento de la punibilidad de la participación reside en la culpabilidad del partícipe respecto de la corrupción del autor, en otras palabras, en la influencia de aquel en éste, de lo que se deriva su culpabilidad y su pena. De ésta manera, la medida de la culpabilidad del partícipe depende de la existencia y medida de la culpabilidad del autor”.-³³

Entonces, según esta vieja teoría, el partícipe es castigado porque indujo al autor a la culpabilidad y a la pena y de alguna manera, también ha contribuido a la ejecución del hecho.-

III.3.b Teoría de la causación

“El punto de partida de esta teoría es la incidencia causal del partícipe en la realización del hecho. La circunstancia de que el aporte causal de aquel se analice a través del autor determina su mayor distancia respecto del resultado y, por lo tanto, su menor punibilidad. Si lo esencial es el aporte causal, la tipicidad de la conducta del autor desaparece como requisito y, en

³³ Enrique BACIGALUPO, Op. Cit. Pág. 518.

consecuencia, la participación se convertiría en un delito autónomo, es decir, perdería su naturaleza accesoria”.- ³⁴

Esta teoría no puede sostenerse desde el momento en que entra en contradicción con el requisito de la dependencia del hecho partícipe de otro hecho principal, por lo que resulta contraria a nuestro ordenamiento positivo.-

III.3.c Teoría de la participación en lo ilícito

“La participación consiste, según ella, en la violación de la prohibición de impulsar o apoyar otro hecho prohibido. Tal prohibición está contenida en las disposiciones particulares de la participación y no en las normas de la Parte Especial ...” ³⁵

Esta teoría sostiene que mas allá de que la participación es accesoria de un injusto, el partícipe no viola con su conducta el mismo precepto legal que viola el autor, sino que, al favorecer el injusto del autor, lesionaría o afectaría la paz jurídica. Un ejemplo es el caso de la participación en los delitos propios, en donde el partícipe, por más que no posea las calidades de autor requeridas para ser considerado tal, igualmente alteraría la paz jurídica, porque estaría contribuyendo al injusto del autor.-

Pero al sostener que el partícipe con su conducta afecta sólo la paz jurídica, nos estaríamos olvidando de los bienes jurídicos contenidos en la parte la Parte Especial, los cuales también se estarían también afectando.-

Esta teoría ha sido desplazada, quedando afirmado por lo tanto, el carácter accesorio de la participación.-

III.4 Accesoriedad de la participación

³⁴ Ibidem. Pág. 518.

³⁵ Ibidem. Pág. 519.

La accesoriad de la participación requiere el hecho de tomar parte en un injusto ajeno, y es por ese motivo, que tiene carácter accesorio.-

La participación requiere que el hecho principal haya al menos comenzado a ejecutarse, es decir que se conforma con la tentativa, por otro lado, el desistimiento de la misma, no afecta la punibilidad del partícipe que no haya desistido.-

Mientras no haya un acto de tentativa por parte del autor del hecho, la conducta del partícipe en los actos preparatorios es atípica. Por ejemplo: El que brinda las llaves de una vivienda a otro para que en oportunidad en que los dueños de la misma se encuentren de vacaciones, ingrese y se apodere de los objetos de valor que se encuentran en su interior, no será castigado como partícipe, si el que recibe las llaves, decide no realizar el hecho.-

Respecto de los elementos de la punibilidad que deben darse en el hecho principal, la doctrina mayoritaria entiende que debe regir el sistema de accesoriad limitada, es decir que el hecho principal debe ser típico, por encontrarse descrito en el tipo penal, y antijurídico, porque no debe de existir autorización legal para realizarlo. Por otro lado, la culpabilidad de cada partícipe, en cambio, es individual.-

“El art. 47 del C.P. obliga a acoger esta tesis: *si el acusado de complicidad no quiso cooperar sino en un hecho menos grave que el cometido por el autor, la pena será aplicada al cómplice solamente en razón del hecho que prometió ejecutar*. La gravedad del hecho no puede ser otra que la gravedad para el orden jurídico, es decir, el peso del hecho para éste, o sea, su magnitud de injusto penal. El querer cooperar denota el requerimiento de dolo por parte del cómplice. Todo esto descarta cualquier pretensión de fundamentar en nuestra ley la punición de la participación en la mera contribución a la causación del resultado”.³⁶

³⁶ Eugenio Raúl ZAFFARONI, Alejandro ALAGIA, Alejandro SLOKAR, Op. Cit. Pág. 626.

III.4.a Las excepciones a la accesoriadad limitada

“El art. 65 del C.P. español establece que las agravaciones o atenuantes de la pena que provengan de circunstancias especiales del autor no se extienden a los partícipes ...”³⁷

Este artículo hace referencia tanto a las circunstancias genéricas como a las que se encuentran en los delitos particulares, y rige para los elementos que correspondan a la culpabilidad, toda vez que los mismos se encuentran excluidos de la accesoriadad, que consagra el principio de accesoriadad limitada.-

Por otra parte, la jurisprudencia ha distinguido entre circunstancias objetivas y subjetivas, que no son otra cosa que circunstancias vinculadas al hecho y al autor. De esta manera, las circunstancias objetivas alcanzan al partícipe que las conoce, mientras que las subjetivas solo se aprecian respecto de aquel en el que concurren, y por consiguiente no se comunican al partícipe, aunque las haya conocido.-

Para que haya participación es necesario que el partícipe, cuya responsabilidad es preciso valorar a los fines de la aplicación de la pena, haya entendido que la acción que realiza integra el hecho principal, y desde ya que su voluntad debe coincidir de alguna forma con la del autor.-

Pero estas voluntades que concurren al hecho común, de ninguna manera implican una concurrencia en una entera igualdad de condiciones.-

En nuestro ordenamiento positivo no se habla de circunstancias objetivas y subjetivas a los fines de establecer la comunicabilidad de las mismas, sino de circunstancias personales. En efecto, el art. 48 del C.P. sostiene que *“las relaciones, circunstancias y calidades personales cuyo efecto sea disminuir o excluir la penalidad, no tendrán influencia sino respecto del*

³⁷ Enrique BACIGALUPO, Op. Cit. Pág. 522.

autor o cómplice a quienes correspondan. Tampoco tendrán influencia aquellas cuyo efecto sea agravar la penalidad, salvo el caso en que fueran conocidas por el partícipe”.-

Entonces, la regla general incluye a todas aquellas relaciones, circunstancias y calidades personales que hacen referencia a la culpabilidad, o a la exclusión o a la cancelación de la penalidad. Por ende, todas las circunstancias de inculpabilidad o de menor culpabilidad no influyen sino en la persona en la cual se dan, y de igual manera, respecto de cualquier otra circunstancia que excluya la punibilidad o la cancele.-

Por otra parte, cuando la ley dice que tampoco tendrán influencia aquellas cuyo efecto sea agravar la penalidad, salvo el caso en que fueran conocidas por el partícipe, está planteando una excepción referida a que si la agravante es de las que integran o constituyen la figura descrita en el tipo penal (por ejemplo la calidad de hijo o de padre requerida para que se configure el tipo descrito en el art. 80, inc. 1º del Código Penal), solo se comunican en el caso de que dicha agravante haya sido conocida por el partícipe.-

Cuando opera una causa de inculpabilidad, cualquiera que fuese, ésta beneficia solo al autor o al partícipe que se encuentra en situación de inculpabilidad.-

Cuando opera a favor de alguno de los concurrentes una causa penal de exclusión de la pena, la causa de exclusión de pena tampoco beneficia a los otros concurrentes.-

Asimismo, también opera a favor del autor una causa personal de exclusión de pena cuando este desiste voluntariamente de consumir el hecho. Si el partícipe desiste de su participación, este desistimiento no beneficiará al autor. -

Para Zaffaroni, existen dos clases de relaciones, circunstancias y calidades personales que agravan la penalidad del autor, fuera del injusto, y que tienen influencia sobre los partícipes: (a) unas son las comprendidas en una mayor culpabilidad dentro del marco del art. 41³⁸; (b) otras son las especialmente relevadas por la ley, tales como los homicidios calificados por la motivación. En ambos casos la ley establece que estas circunstancias tienen influencia, pero en modo alguno transfieren la culpabilidad del autor al partícipe, como no podría ser de otro modo: conocer la motivación del autor puede tener influencia sobre la culpabilidad del partícipe, pero no puede nunca ser la motivación del partícipe cuando en realidad no lo sea. El autor y el partícipe tendrán en cada caso las motivaciones que los hayan llevado a la realización de sus respectivas acciones y éstas no pueden ser inventadas por la ley ni por sus intérpretes: el conocimiento de las motivaciones más aberrantes del autor puede ser importante para aumentar el reproche de la acción del partícipe, pero nunca para sustituir sus propias motivaciones.-³⁹

III.4. b El exceso del autor en la Instigación

Si los autores se exceden y realizan un hecho más grave que aquel al que se los instigó o para el cual se les prestó ayuda o colaboración, los instigadores y cómplices no responderán sino por el hecho al cual instigaron o en el que creyeron colaborar. Como es lógico, cabe el dolo eventual respecto del exceso. Se pueden tratar tres supuestos diferentes:

³⁸ Artículo 40 del Código Penal Argentino: En las penas divisibles por razón de tiempo o de cantidad, los tribunales fijarán la condenación de acuerdo con las circunstancias atenuantes o agravantes particulares a cada caso y de conformidad a las reglas del artículo siguiente. Artículo 41 del Código Penal Argentino: A los efectos del artículo anterior, se tendrá en cuenta: 1º. la naturaleza de la acción y de los medios empleados para ejecutarla y la extensión del daño y del peligro causado; 2º. la edad, la educación, las costumbres y la conducta precedente del sujeto, la calidad de los motivos que lo determinaron a delinquir, especialmente la miseria o la dificultad de ganarse el sustento propio necesario y el de los suyos, la participación que haya tomado en el hecho, las reincidencias en que hubiera incurrido y los demás antecedentes y condiciones personales, así como los vínculos personales, la calidad de las personas y las circunstancias de tiempo, lugar, modo y ocasión que demuestren su mayor o menor peligrosidad. El juez deberá tomar conocimiento directo y de visu del sujeto, de la víctima y de las circunstancias del hecho en la medida requerida para cada caso.

³⁹ Eugenio Raúl ZAFFARONI, Alejandro ALAGIA, Alejandro SLOKAR, Op. Cit. Pág. 632.

El primero de ellos, es aquel en el que el autor realiza un tipo penal que contiene los mismos elementos que el delito inducido pero además otros que determinan una mayor punibilidad. Por ejemplo: inducción a unas lesiones y comisión de un homicidio.-

El segundo de ellos se da cuando existe entre el delito instigado y el delito cometido, una cierta semejanza. Por ejemplo: se induce a la comisión de una estafa mientras que el autor comete una extorsión.-

El tercero, en cambio, que se da cuando el delito cometido por el autor es totalmente distinto de aquel al cual fuera inducido a cometer, lo que determina que el inductor no sea responsable por el. Por ejemplo: se induce a un robo y se comete un abuso sexual. Como se puede observar, estos hechos no guardan entre si ninguna relación causal.-

La instigación siempre debe ser respecto de un hecho determinado, pero aun así el instigador no deja de ser responsable por las posibles consecuencias que puedan llegar a surgir del delito que se cometa a raíz de esta instigación.-

Por ejemplo: Si una persona instiga a otra para que amenace a una tercera, dándole para ello un arma de fuego, el instigador debe responder por las consecuencias que surjan por el uso de ese arma, es decir que en éste supuesto surge la figura del dolo eventual, toda vez que se acepta como una posibilidad que con el uso de un arma de fuego, puedan darse no solo unas amenazas calificadas sino que de eso hecho puede derivar la muerte de la víctima.-

Guillermo Julio Fierro⁴⁰, sostiene que en este sentido la Cámara de Garantía de Dolores resolvió correctamente en el caso Cabezas⁴¹ que tanto el

⁴⁰ Guillermo Julio FIERRO, Op. Cit. Pág. 460.

⁴¹ "Si bien no se ha acreditado la convergencia intencional de los concursantes en el homicidio de la víctima, sino que resultó un exceso por parte del autor material del crimen respecto de lo convenido originalmente, esto es, la sustracción y privación de la libertad de Cabezas, tal circunstancia no alcanza para desvincularlos totalmente del exceso cometido. Los cómplices primarios e instigadores del delito de sustracción de persona deben responder por el homicidio de la

instigador como los restantes partícipes en el hecho, debían responder por el homicidio perpetrado que fue un exceso del autor material, pues todos sabían que dicho sujeto estaba armado y consintieron participar en la privación de la libertad del periodista en esas condiciones.-

Ahora, lo contrario del exceso es el caso en que el autor cometa un hecho menos grave que el inducido, por ejemplo: se instiga a un robo y se comete un hurto. En este supuesto, debe reducirse la responsabilidad del inductor, teniendo como base al hecho realmente realizado por el autor, es decir, que el hecho menos gravoso realizado por el autor termina beneficiando al instigador, toda vez que no se le podría atribuir un delito que no fue cometido sino que solamente fue proyectado sobre el autor.-

En nuestro ordenamiento, el exceso se encuentra regulado en el art. 47 del C.P., que consagra el principio de la personalidad de la culpa al sostener que *“si el acusado de complicidad no quiso cooperar sino en un hecho menos grave que el cometido por el autor, la pena será aplicada al cómplice solamente en razón del hecho que prometió ejecutar”*.-

III.4.c La participación en cadena

La participación puede darse también en cadena, y esto es así cuando alguien instiga a instigar, alguien induce a otro a la complicidad, alguien es cómplice en la instigación o alguien es cómplice del cómplice, pero en todos estos supuestos, la tipicidad de las participaciones que se den en cadena dependerá de que al menos el autor comience a ejecutar el injusto y no de que el otro partícipe intente la participación. -

víctima a título de dolo eventual, porque si bien ello no era el resultado convenido, lo aceptaron como posible al conocer y consentir el empleo de un arma de fuego para llevar a cabo el plan delictivo, es decir que estimaron el homicidio como una seria posibilidad de realización, verbigracia, si la víctima se hubiera resistido, si bien es cierto que la lejanía del lugar de los hechos obra a favor de ellos, no es menos cierto que se presupone un conocimiento profesional de la violencia que conllevan los procedimientos de aprehensión y su condición de hombres de armas, las consecuencias y peligros concretos de su realización” (CApGarantíasPen, Solares, 2/2/00, LL, 2000-A-498, y LLBA, 2000-115 y siguientes) - Citado por Guillermo Julio FIERRO en Teoría de la Participación Criminal, 2º edición actualizada y ampliada, Editorial Astrea, 2001. Pág. 553/554.

Es también una posibilidad, que se de una concurrencia de participaciones, por ejemplo, el que instiga también puede cooperar en la ejecución del hecho. En estos casos, las formas mas graves de participación absorberán a las más leves. -

Al respecto sostiene Jescheck que cuando concurren en una persona autoría y participación, o inducción y complicidad en relación al mismo hecho (el autor, por ejemplo, instiga a otro a la coautoría o complicidad, o bien induce y presta además ayuda al hecho principal), las formas mas débiles de intervención retroceden ante las mas poderosas, esto es, la inducción tiene preferencia sobre la complicidad, y la coautoría sobre la inducción y la complicidad...⁴²

III.5 Formas de participación en sentido restringido

La participación estudia el problema de aquellos que aun tomando parte en el delito, no realizan la acción típica descrita por el tipo penal, por lo que la participación alcanza a los cómplices e instigadores que no realizan por si solos la acción descrita en el tipo, ya que no tienen el dominio del hecho.-

Es decir que determinar a alguien a matar a un tercero (instigar) no es matar a otro, y prestar ayuda a otro para que mate a un tercero, no es matar sino cooperar en el homicidio (complicidad).-

Entonces, resulta claro que las dos grandes formas que puede asumir la participación son la instigación y la complicidad.-

La instigación consiste en la determinación de otro a la comisión de un hecho punible en el que otro tiene el dominio de hecho, y la complicidad consiste en la prestación de una ayuda a otro para la ejecución de un hecho que no habría podido cometerse sin esa ayuda, o también puede consistir en la prestación de cualquier otra ayuda.-

⁴² H.H. JESCHECK, Op. Cit. Pág. 968.

En los subtítulos siguientes se procederá a ampliar cada una de las formas descriptas.-

III.5.a Instigación

“La instigación es una forma de determinación en la que el determinador no tiene el dominio del hecho; *determinar* significa aquí hacer surgir en el autor la decisión al hecho, es decir, provocar que el autor se decida. El dolo del inductor debe estar dirigido a un determinado hecho, por lo que la inducción desaparece cuando no puede individualizarse a la persona a quien se dirige la instigación ... De igual modo, debe estar referido a la ejecución de un hecho definido en sus elementos esenciales o rasgos fundamentales. De lo expuesto surge claramente que no puede ser objeto idóneo de la instigación el que ya está decidido al hecho. Por supuesto que no lo está quien duda sobre si cometerá o no el injusto. No es necesario que el instigador haga surgir la idea misma en el autor, sino que ésta puede estar instalada en el autor, siempre y cuando el instigador sea el que lo decida a ejecutarla”.-⁴³

Para que pueda hablarse de instigación, es necesario establecer lo subjetivo de dicha instigación, vale decir, que el instigador tiene que haber querido la ejecución de un hecho típico y antijurídico determinado por parte de la persona instigada.-

Cuando hablamos de dolo del instigador nos estamos refiriendo a que al mismo se le ha representado la consecuencia directa de su accionar y desde ya que pretende llevar a cabo esa acción a través de la persona instigada. -

Por otra parte, la acción instigadora debe presentarse de forma libre y espontánea, debe mover el ánimo del instigado e impulsarlo consecuentemente a la comisión del delito que le esta proponiendo el inductor. De esta forma, plenamente consciente de lo que está haciendo y de lo que quiere, el instigado debe comenzar a ejecutar el hecho al cual fue instigado.-

⁴³ Eugenio Raúl ZAFFARONI, Alejandro ALAGIA, Alejandro SLOKAR, Op. Cit. Pág. 633.

El dolo que ha sido creado en el instigado es idéntico al de cualquier otro autor, y una vez que éste es convencido por el instigador para que cometa el hecho delictivo, lo subjetivo de su conducta, no guarda ninguna diferencia con lo subjetivo de la conducta de cualquier otro autor en cualquier caso común de autoría.-

Por otra parte señala Fierro que no es posible la instigación sobre quien ya estaba decidido a cometer el delito al cual se lo incita (*omni modo facturus*). En este caso, parece correcto afirmar que como la instigación punible consiste en determinar a otro a cometer un delito, si ese otro ya estaba determinado a hacerlo, antes de la acción instigante desplegada, no hay una plena adecuación típica, pues el pretendido instigador no determinó a nadie. El sujeto era inidóneo ... Si el individuo ya estaba determinado no hay instigación, pero si la hay si la acción instigante refuerza la resolución del dubitativo, o hace renacer una determinación anterior desechada, o incrementa el contenido de la instigación induciéndolo a incurrir en una calificante (estaba decidido a cometer un robo simple y le aconseja llevar un arma, por las dudas). Tampoco está decidido quien subordina su actuación a una condición, como por ejemplo, que haya un acuerdo sobre el monto de la retribución que recibirá o estando decidido a la comisión del hecho la nueva proposición lo lleva a modificar sustancialmente el plan de acción. En el último supuesto, en que media una variación esencial del crimen originalmente proyectado, no cabe aplicar el concepto del *omni modo facturus*, pues nos encontramos ante una instigación nueva y autónoma, aunque guarde alguna relación con la anterior: si con el propósito de venganza un sujeto está firmemente dispuesto a golpear a su enemigo, y antes de hacerlo, es instigado por su compañero para que viole a la mujer de la eventual víctima, pues de ese modo la afectará en mayor grado, la instigación al delito efectivamente cometido (violación) es independiente de la voluntad preexistente de vengarse que tenía el instigado, y por ella debe responder.-⁴⁴

⁴⁴ Guillermo Julio FIERRO, Op. Cit. Pág. 437/438.

III.5.a.1 El denominado agente provocador

A la figura del agente provocador se le han dado distintos alcances, la doctrina se encuentra dividida al respecto, en efecto, hay quienes aceptan esta figura porque ven en ella un método para luchar contra la delincuencia y por otra parte, hay quienes la rechazan.-

Sostiene Zaffaroni que se llama *agente provocador* al que instiga a otro a cometer un delito con fines de investigación policial. Como principio general, debe considerarse que el agente provocador actúa típicamente. La ley pena a quien determina a otro a cometer un delito, sin distinguir si se trata de un delito tentado o consumado.- ⁴⁵

Asimismo, y al decir del mencionado autor, se afirma que la conducta del agente provocador está cubierta por un estado de necesidad en caso de que no haya otro recurso para descubrir un delito o por la atipicidad cuando media el consentimiento del sujeto pasivo. Agrega que esta tesis no se puede rechazar de plano, pero tampoco puede sostenerse que en todos los casos opera una causa de justificación respecto del agente provocador. (a) En principio, quedan fuera de consideración los hechos en los cuales no se persigue el fin de descubrir ningún delito ya cometido, ni de impedir uno inminente: en tales casos es incuestionable que el agente provocador incurre en un injusto. El policía que recorre farmacias insistiendo para que el encargado le venda una droga sin receta, no está amparado por ninguna causa de justificación. (b) En segundo término, si media un acuerdo de sujeto pasivo, puede haber una atipicidad, pues se trataría del famoso delito experimental, que es un delito inexistente: la víctima se pasea con expresión de tonto aguardando la reaparición del estafador y vigilada por agentes policiales. (c) Por último si se trata de interrumpir una serie de delitos o la continuación de un mismo delito, estando afectados o en peligro bienes jurídicos tales como la vida o la libertad sexual, sin que reste otra solución que acudir a la provocación de una nueva tentativa - idónea o inidónea -, se trata de una situación análoga a la

⁴⁵ Eugenio Raúl ZAFFARONI, Alejandro ALAGIA, Alejandro SLOKAR, Op. Cit. Pág. 630.

que habilita la coerción directa, y quien lo realiza estará cumpliendo con un deber jurídico o cooperando con quienes lo cumplen, de modo que la conducta no estará justificada por el estado de necesidad, sino que será atípica por cumplimiento de un deber jurídico ... De cualquier manera, sostiene por último Zaffaroni, la atipicidad o la justificación solo serán viables cuando la importancia de la lesión que se evita o el peligro que neutraliza sean de inminencia y magnitud tal que la imagen ética del estado no sufra desmedro. No se trata de casos meramente a descubrir y sancionar, sino de medidas que tienen por objeto evitar o interrumpir procesos lesivos inminentes en curso, respecto de bienes jurídicos fundamentales y amenazados en concreto ...⁴⁶

Entre quienes propugnan el rechazo de ésta figura, se encuentra Carrara⁴⁷ quien entiende que son agentes provocadores aquellos que “instigan a otros a cometer un delito no por estar interesados a que éste se consume, o por enemistad hacia el designado como víctima, sino por estarlo en que el delito se cometa o se intente para que le resulte algún perjuicio al imputado”.-

En este mismo sentido, para Jiménez Huerta⁴⁸, la conducta del agente provocador no es solamente típica, subsumible dentro del dispositivo ampliatorio (instigación), sino que también es antijurídica. Agrega que no puede aceptarse que cuando el agente provocador es un funcionario público, obra en cumplimiento de un deber inherente a su función, puesto que ella reside en prevenir, o en todo caso impedir, la comisión de delitos, pero nunca en provocarlos.-

Por otra parte, Fierro, haciendo referencia a las doctrinas que admiten esta figura, sostiene que un amplio sector doctrinal se inclina por la tesis de que estando la conducta del agente provocador encaminada a producir una mera tentativa de delito, dado que la acción no alcanzará a consumarse por

⁴⁶ Ibidem. Pág. 630/631.

⁴⁷ Citado por Guillermo Julio FIERRO en Teoría de la Participación Criminal, 2º edición actualizada y ampliada, Editorial Astrea, 2001. Pág. 464.

⁴⁸ Citado por Guillermo Julio FIERRO en Teoría de la Participación Criminal, 2º edición actualizada y ampliada, Editorial Astrea, 2001. Pág. 467.

cuanto ello será oportunamente impedido, no puede en puridad hablarse de instigación, ya que ésta requiere en el instigador una actuación con dolo de resultado, no de tentativa.-⁴⁹

Por su parte Mezger⁵⁰ distingue diferentes situaciones relacionándolas con el dolo del instigador (agente provocador). Si el instigado no quiere el resultado y solo busca el comienzo de la actividad delictuosa, le faltaría el dolo necesario para configurar la hipótesis de real instigación. Si, no obstante, se produce el resultado porque el agente no ha podido impedirlo, le cabría responsabilidad a título de culpa. Pero si quiere el resultado para, una vez cometido el delito, detener o hacer detener al autor, habría simplemente instigación.-

La mayor parte de los autores son coincidentes en afirmar que el agente provocador no debe responder por la culpabilidad de su conducta, toda vez que carece del dolo suficiente para ser un instigador.-

Actualmente este tema sigue siendo un problema significativo en materia de política criminal, principalmente en cuanto se refiere a la lucha contra el crimen organizado, el narcotráfico o el terrorismo de estado. De hecho en nuestro país la ley N° 24424 incorpora a la ley N° 23737 sobre tenencia, suministro y tráfico de estupefacientes, la figura del agente encubierto.-

En efecto, la mencionada ley dispone en su artículo 31 bis que: *“Durante el curso de una investigación y a los efectos de comprobar la comisión de algún delito previsto en esta ley o en el art. 866 del Código Aduanero, de impedir su consumación, de lograr la individualización o detención de los autores, partícipes o encubridores, o para obtener y asegurar los medios de prueba necesarios, el juez por resolución fundada podrá disponer, si las finalidades de la investigación no pudieran ser logradas de otro modo, que agentes de las fuerzas de seguridad en actividad, actuando en forma encubierta: a) Se*

⁴⁹ Guillermo Julio FIERRO, Op. Cit. Pág. 466.

⁵⁰ Citado por Guillermo Julio FIERRO en Teoría de la Participación Criminal, 2° edición actualizada y ampliada, Editorial Astrea, 2001. Pág.466.

introduzcan como integrantes de organizaciones delictivas que tengan entre sus fines la comisión de los delitos previstos en esta ley o en el art. 866 del Código Aduanero, y b) Participen en la realización de alguno de los hechos previstos en esta ley o en el art. 866 del Código Aduanero. La designación deberá consignar el nombre verdadero del agente y la falsa identidad con la actuará en el caso, y será reservada fuera de las actuaciones y con la debida seguridad ... “

Por otra parte en su artículo 31 ter establece que: *“No será punible el agente encubierto que como consecuencia necesaria del desarrollo de la actuación encomendada, se hubiese visto compelido a incurrir en un delito, siempre que este no implique poner en peligro cierto la vida o la integridad física de una persona o la imposición de un grave sufrimiento físico o moral a otro”-.*

Como se puede observar, estos dos artículos mencionados enrostran que la incorporación de esta figura, como un medio para luchar contra la delincuencia, principalmente el narcotráfico, es a prima facie, violatoria de los principios constitucionales que consagran el derecho a la intimidad y a la inviolabilidad del domicilio y es por tal motivo que la misma sólo es admitida en circunstancias sumamente extraordinarias.-

III.5.b Complicidad

“Cooperador o cómplice, en sentido amplio, es el que dolosamente coopera en la realización de un delito doloso”-.⁵¹

Como se puede observar no solo quien ejecuta la acción típica descrita en el tipo legal es merecedor de una pena, sino que también los son todos aquellos que de alguna forma cooperen, ayuden o auxilien para que esa acción típica se produzca.-

⁵¹ Enrique BACIGALUPO, Op. Cit. Pág 529.

De acuerdo a cuan importante haya sido o que calidad haya revestido el aporte prestado por aquellos que cooperaron, ayudaron o auxiliaron en la comisión del delito, dependerá su grado de responsabilidad y el consecuente castigo. El límite de la responsabilidad está dado por el alcance del dolo, por lo que el cooperador responde hasta donde se extiende su voluntad.-

Bacigalupo distingue entre el cooperador necesario y el cómplice, sosteniendo que el cooperador necesario es el que en la etapa de preparación del hecho principal aporta al mismo una contribución sin la cual el delito no hubiera podido cometerse. Agrega que dos elementos caracterizan esta forma de complicidad: la intensidad objetiva de su aportación al delito, sin él el hecho no se hubiera podido cometer; y el momento en que realiza la contribución ... Por ejemplo: el director de un banco que brinda a los autores antes de la ejecución la combinación de la caja fuerte, que éstos utilizarán en la ejecución del asalto, es cooperador necesario. Si, en cambio, el gerente concurre con los autores a la ejecución del hecho y abre la caja, aprovechando su conocimiento de la clave, será coautor, pues habrá tenido el dominio del hecho hasta el final. Por otra parte sostiene Bacigalupo que el cómplice ... es el que ha prestado una colaboración que no es indispensable para la comisión del delito. La única distinción que corresponde hacer entre los cómplices es la relativa a su aportación al hecho principal y al momento de la participación, que son presupuestos para determinar la pena aplicable. Desde el punto de vista del momento de la aportación de los cómplices, sólo cabe señalar que puede darse tanto en la etapa de preparación como en la etapa de la ejecución. No hay una complicidad posterior a la consumación, ni siquiera cuando se cumple una promesa anterior al delito: lo que determina la complicidad es la promesa anterior. Si esta promesa no tuvo incidencia en el hecho no habrá complicidad, pero si la tuvo habrá complicidad, aún cuando luego no se cumpla. El que promete asegurar y guardar el botín a quienes han decidido un robo es cómplice si los autores han contado con esa ayuda para la comisión del hecho, aún cuando éste quede en tentativa y no haya luego botín a asegurar y, por lo tanto, falte la posibilidad de cumplir la promesa.⁵²

⁵² Ibidem. Pág. 530/531.

En la complicidad, como en la instigación, muchos doctrinarios estiman que existe un doble dolo, toda vez que el cómplice debe querer brindar a la ayuda a la cual se comprometió.-

Pero la mayor parte de la doctrina entiende que en la complicidad debe de haber un dolo eventual, ya que tan solo se necesita saber de que se puede estar ayudando a cometer el hecho ilícito, y aun así no dar marcha atrás.-

Por otra parte, cabe aclarar que no se admite la complicidad en el delito imprudente, ya que las infracciones al deber de cuidado son siempre individuales, y cada una de las personas que cometa este tipo de infracciones debe responder por ellas personalmente.-

III.5.b.1 Distinción entre el cómplice primario y el coautor. Teorías

Zaffaroni sostiene, respecto de los cómplices primarios, que el CP se refiere a los que *prestaren al autor o autores un auxilio o cooperación sin los cuales no habría podido cometerse*, es decir que si ese auxilio o cooperación debe prestarse al autor o autores, esto significa que quienes lo prestan no son los autores. ¿Quiénes son los que prestan un auxilio indispensable a los autores sin serlo? Pues solo quienes pese a hacer un aporte indispensable, no pueden ser autores por tratarse de delitos propios o de delitos de propia mano. El que ejerce fuerza inmovilizando a una mujer mientras otro la viola, no es coautor de la violación, porque se trata de un delito de propia mano, pese a que hace un aporte indispensable según el plan concreto del hecho. Tampoco es autor de parricidio quien presta un auxilio indispensable al pariente, porque se trata de un delito propio que solo puede cometerlo el pariente. Tanto el que ejerce fuerza sobre la mujer como el que presta auxilio indispensable al pariente no pueden ser autores, por limitaciones legales al principio del dominio de hecho como configurador de la autoría, pero sin duda que son cómplices que, por tener el dominio del hecho, la ley sanciona con la misma pena que al autor del delito. Aparte de estos dos casos (delitos propios y delitos de propia mano) hay un tercer caso de limitación legal al principio del dominio del hecho

como configurador de la autoría. Se trata del caso de quien presta un auxilio o cooperación necesario en un acto preparatorio, anterior al comienzo de ejecución o tentativa, supuesto en que, pese a tener también el dominio del hecho, no puede ser considerado autor, porque el agente no toma parte en la ejecución del hecho, tal como lo requiere el art. 45 del C.P. Dentro de éste ámbito cabe incluir al llamado *entregador*, que facilita toda la información necesaria para un plan de robo. También se trata de una complicidad necesaria y no de una coautoría.⁵³

Siguiendo con este razonamiento, se puede entonces decir que el mencionado autor entiende que el art. 45 del Código Penal hace una distinción entre quienes toman parte en la ejecución del hecho, los autores; y entre quienes prestan al autor o autores una cooperación sin la cual el hecho no habría podido cometerse, los cómplices primarios. Estos cómplices que prestan ayuda al autor desde ya que no intervienen en la ejecución del hecho; y es precisamente esa circunstancia la que los distingue de los coautores, quienes, al igual que el autor si toman parte en la ejecución del hecho.-

Por otra parte, Zaffaroni le otorga un sentido amplio a lo que para el significa tomar parte en la ejecución del hecho, y según este punto de vista, y a modo de ejemplo, formarían parte en la ejecución del delito tanto el que ingresa a un banco a los fines de cometer un robo, como el que espera en la puerta de dicha entidad bancaria, arriba de su automóvil, para facilitar el escape, esto en tanto y en cuanto, las dos acciones descriptas formen parte de un plan común.-

En cambio, Fierro, sostiene que “la clave de bóveda ... para poder distinguir una categoría de otra, reside en los conceptos de la tipicidad y de la accesoriedad ... Afirma que coautor es aquel que tiene los atributos y cualidades exigidos al autor y concurre con otro u otros a la comisión de un hecho delictivo común, sea que cada uno lo realice en su totalidad o lleve a cabo una parte de la acción típica ... “⁵⁴

⁵³ Eugenio Raúl ZAFFARONI, Alejandro ALAGIA, Alejandro SLOKAR, Op. Cit. Pág. 621/622.

⁵⁴ Guillermo Julio FIERRO, Op. Cit. Pág.489.

Y agrega que un amplio sector de la doctrina en la cual se incluye Soler, sostiene que se es coautor en la medida en que también se es autor, independientemente de la acción del otro ... cómplice será el que presta una ayuda o colaboración, material o no, en un hecho ajeno, y haya o no acuerdo previo para distribuir las tareas de cada uno ... tiene por ello razón Soler al destacar: “Para ser autor o coautor de ciertos delitos es necesario reunir determinadas condiciones. El que no es hijo, no es un nunca autor de parricidio, aunque sea él quien mate junto con el hijo. Puede ayudar al hijo, como cómplice primario; pero a él la agravante sólo a través de la acción del hijo puede alcanzarle. He ahí la utilidad de la designación de cómplice primario y la prudencia de colocar la escala penal al mismo nivel.”⁵⁵

De acuerdo a lo reseñado, me inclino a favor de lo sostenido por Fierro, ya que mas allá de la equiparación de penas que prescribe el art. 45 del código de penal, calificar como coautor a quien no lleva a cabo ninguna acción típica significa una violación a los derechos del imputado; calificar como coautor a quien en realidad no lo es, terminaría por desbaratar el principio de legalidad.-

III.5.b.2 La complicidad secundaria

“La complicidad secundaria consiste en una cooperación dolosa que se presta al autor de un injusto penal doloso. La cooperación es la ayuda que el autor acepta, en forma tácita o expresa, es decir, que la misma siempre requiere coordinación entre autor y cómplice hasta la obtención del resultado típico. El conocimiento de la ayuda y su aceptación por parte del autor, son presupuestos objetivos de la tipicidad de la participación secundaria. Si el autor no se entera de la ayuda que se le presta -o si enterado la rechaza- no puede haber complicidad secundaria. No es necesario que sepa concretamente de quien procede la ayuda, ni tampoco cumplir ninguna formalidad para aceptarla. Nunca puede ser cómplice secundario quien dispone las cosas en forma tal

⁵⁵ Citado por Guillermo Julio FIERRO en Teoría de la Participación Criminal, 2º edición actualizada y ampliada, Editorial Astrea, 2001. Pág 491 y 493.

que el autor resulte engañado y crea que es un efecto de la naturaleza o del azar. En cuando a la forma de la complicidad, nada obsta para que ésta pueda tener lugar por omisión, como el funcionario que deja de cumplir con su deber de vigilancia para permitir que otro cometa un delito (las llamadas zonas liberadas)”.-⁵⁶

Sostiene Zaffaroni que “... la cooperación no debe ser necesaria para la comisión del hecho, pues en tal caso el agente tiene el dominio del hecho y será autor, o bien, si la ley limita la vigencia de este principio, será cómplice necesario o primario. Entre los cómplices simples, es decir, entre quienes cooperan de modo no necesario a la comisión del hecho, la ley no distingue categorías, aplicando a todos la escala reducida y remitiendo al art. 41 del C.P. para sus consecuencias en cuanto a la importancia del aporte, en donde expresamente se señala que para individualizar la pena debe tomarse en cuenta la participación que haya tomado en el hecho. De ésta forma, el código vigente distingue entre los autores y los cómplices en cuanto a sus consecuencias penales”.-⁵⁷

Ese aporte que efectúa el cómplice pueda darse de manera física o psíquicamente. Cuando se dice físicamente, se está haciendo referencia a la acción que realiza el cómplice y que facilita en consecuencia, la conducta del autor. Por otra parte, cuando se dice psíquicamente, se hace referencia a una doble interpretación, toda vez que el aporte psíquico puede consistir tanto en aconsejar al autor o en reforzar su decisión.-

Es entonces que el art. 45⁵⁸ de nuestro Código Penal sostiene que será complicidad primaria aquella sin la cual el hecho no hubiera podido cometerse;

⁵⁶ Eugenio Raúl ZAFFARONI, Alejandro ALAGIA, Alejandro SLOKAR, Op. Cit. Pág. 635.

⁵⁷ Ibidem. Pág 635.

⁵⁸ Artículo 45 del Código Penal Argentino: 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, tendrán la pena establecida para el delito. En la misma pena incurrirán los que hubiesen determinado directamente a otro a cometerlo.

y de acuerdo a lo prescripto en el art. 46⁵⁹ del mismo ordenamiento legal los que cooperen de cualquier otro modo a la ejecución del hecho serán castigados con una pena disminuida de un tercio a la mitad ... Por lo tanto, para que se trate de una complicidad secundaria, debe haber mediado cualquier forma de cooperación o ayuda que no esté comprendida en el art. 45 del C.P., pero dicha cooperación o ayuda, debe de ser también eficaz aunque en un grado menor que el requerido para la complicidad primaria.-

Debe señalarse que los cómplices secundarios se definen de un modo negativo, vale decir, todo aquel que ha prestado una colaboración que no es indispensable para la comisión del delito.-

El término cooperación comprendido en el art. 46 del C.P. presupone la existencia de una unidad de intención, de un acuerdo, siendo la promesa anterior al hecho lo que vincula en calidad de partícipe secundario, al que ayuda o auxilia después de la consumación, con el hecho mismo y con sus autores, toda vez que si prestara una ayuda posterior pero sin compromiso anterior, no estaríamos hablando de participación sino de encubrimiento.-

La participación secundaria requiere entonces esa conformidad de voluntades y de consentimiento, debe tratarse de una cooperación, de una ayuda, de un auxilio y fundamentalmente debe ser anterior o concomitante con el hecho delictivo, pero sin que ninguna actitud importe acto de ejecución.-

Al decir de Nuñez, “es la ayuda brindada a los ejecutores de manera ocasional, sin que su agente haya tenido ni tenga otro enlace con la trama delictiva. Por ejemplo: el que de paso y a sabiendas facilita la búsqueda del plano del lugar del hecho; o el que en las mismas condiciones y para facilitar el

⁵⁹ Artículo 46 del Código Penal Argentino: 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. Si la pena fuere de reclusión perpetua, se aplicará reclusión de quince a veinte años y si fuere de prisión perpetua, se aplicará prisión de diez a quince años.

hurto deja abierto el cajón o la puerta; o el casero que durante la ejecución del delito y para posibilitarlo omite encender la luz”.-⁶⁰

Sostiene asimismo este autor que “el significado de la complicidad por ayuda está expresado en la ley: la prestación de una ayuda posterior a la ejecución del hecho cumpliendo promesas anteriores al mismo (art. 46). Es la complicidad por aporte posterior a la ejecución pactada u ofrecida con anterioridad a ella. Dos son, por consiguiente, las características de esta complicidad: a) la promesa anterior, y b) la ayuda posterior. La promesa anterior concurre siempre que antes o durante la ejecución del hecho, el agente haya cooperado al mismo con una expresión de voluntad de ayuda para después de consumado. Esta promesa constituye el aporte a la ejecución del delito que le confiere a la ayuda posterior el mismo carácter de complicidad y la diferencia de la ayuda posterior constitutiva del encubrimiento. La promesa puede resultar de una connivencia de su agente con otro partícipe, o de la simple oferta de aquel conocida por éste. Pero en ambos casos, la promesa tiene que ser tomada en cuenta para obrar, por el partícipe que la recibió o por un tercero, pues de otra manera solo constituirá una tentativa de complicidad impune, o un encubrimiento si el agente presta la ayuda.-⁶¹

III.6 La participación en los delitos culposos

La admisión o no de la participación en los delitos culposos es uno de los temas más controvertidos que se han generado en la doctrina penal.-

Dentro de los autores que admiten la participación en los delitos culposos, se encuentra Nuñez⁶² quien recalca que al igual que aquel comete el delito culposo a título de autor no actúa con una intencionalidad delictiva concreta, pero si quiere llevar a cabo la acción imprudente que ocasionará el resultado punible, del mismo modo todos aquellos que colaboran de una

⁶⁰ Ricardo C. NUÑEZ, Op. Cit. Pág. 289.

⁶¹ Ibidem. Pág. 289/290.

⁶² Citado por Guillermo Julio FIERRO en Teoría de la Participación Criminal, 2º edición actualizada y ampliada, Editorial Astrea, 2001. Pág. 74.

manera u otra para la realización de esa acción imprudente se encuentran en la misma situación, y han ayudado intencionalmente para que se materializara dicha acción imprudente. Le son aplicables, por tanto el conjunto de normas que disciplinan el concurso de varias personas en la comisión de un delito.-

Ratificando esa línea conceptual y yendo al núcleo de la cuestión debatida, Rodríguez Devesa⁶³ manifiesta: “Ciertamente que ha de darse un acuerdo de voluntades, pero éste, que en los delitos dolosos se ha de referir al tipo del delito, en los culposos basta con que verse sobre la acción u omisión imprudente, sin necesidad de abarcar el resultado en los delitos materiales”.-

La doctrina que rechaza la aplicación de las normas de la participación criminal a los delitos culposos, entiende que para que pueda existir una verdadera participación criminal es necesario no solo la pluralidad de sujetos en la comisión de un delito, sino que también es necesario que cada uno de esos sujetos hayan realizado un aporte que concurra a la ejecución del mismo.-

Asimismo debe de haber una vinculación causa - efecto entre el aporte realizado por el partícipe y el resultado acaecido.-

Por otra parte ese partícipe debe saber que la actividad que realiza es una parte que integra un todo, es decir parte del delito respecto del cual contribuyó a realizar junto con los demás.-

Pero mas allá de la importancia que haya tenido la cooperación que se haya prestado en la ejecución del mismo, la misma jamás puede ser tolerada como participación en un delito culposo, porque, vuelvo a reiterar, la culpabilidad del cómplice, supone siempre y en primer lugar que este sepa y tenga toda la intencionalidad de estar contribuyendo a la producción del mismo y quien presta ayuda, pero creyendo que lo hace respecto de una acción que no encuentra tipificada como delito en el ordenamiento jurídico, aunque sea

⁶³ Citado por Guillermo Julio FIERRO en Teoría de la Participación Criminal, 2º edición actualizada y ampliada, Editorial Astrea, 2001. Pág. 74.

imprudente, no es cómplice en el sentido de la ley, ya que su voluntad no fue la contribuir como parte integrante de un todo típicamente antijurídico.-

Como lo señala Jiménez de Asúa⁶⁴, “quien auxilia a otro a transportar imprudentemente un explosivo que al estallar causa la muerte de varias personas, no es cómplice de homicidio culposo, porque el dueño de la acción no mata intencionalmente a sus víctimas”.-

“Las acciones negligentes, imperitas, imprudentes en si mismas son impunes. Recién pasan a ser objeto de castigo penal en tanto y en cuanto ellas generen efectivamente un resultado típicamente descripto y castigado. Ese resultado pudo o no haber sido representado por quien actuó en la emergencia de modo negligente, imperito o imprudente, pero ciertamente nunca pudo ser querido directamente o asentida su producción con conciencia de delictuosidad ...”⁶⁵

En los delitos culposos, lo que verdaderamente cobra importancia es el resultado que se ha producido por la violación de un deber de cuidado, y esto de ninguna manera puede haber sido querido ni perseguido por todos los sujetos que concurrieron para que este se produzca.-

La realización de un injusto imprudente por lo tanto, no satisface los requisitos de la participación y es por eso que todos los que concurren en el mismo son considerados autores y no partícipes de éste.-

⁶⁴ Citado por Guillermo Julio FIERRO en Teoría de la Participación Criminal, 2º edición actualizada y ampliada, Editorial Astrea, 2001. Pág. 71.

⁶⁵ Guillermo Julio FIERRO, Op. Cit. Pág. 71/72.

Capítulo IV: La Autoría y participación en el CP Argentino

IV.1 Breve análisis de la fórmula legal

La participación criminal se encuentra regulada en nuestro Código Penal en el Capítulo Primero, Título VII.-

Al respecto, el artículo 45 de nuestro ordenamiento legal establece 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, tendrán la pena establecida para el delito. En la misma pena incurrirán los que hubiesen determinado directamente a otro a cometerlo.-

El artículo 46, por otra parte, 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. Si la pena fuere de reclusión perpetua, se aplicará reclusión de quince a veinte años y si fuere de prisión perpetua, se aplicará prisión de diez a quince años.-

Del artículo 47 surge que si de las circunstancias particulares de la causa resultare que el acusado de complicidad no quiso cooperar sino en un hecho menos grave que el cometido por el autor, la pena será aplicada al cómplice solamente en razón del hecho que prometió ejecutar. Si el hecho no se consumase, la pena del cómplice se determinará conforme a los preceptos de este artículo y a los del título de la tentativa.-

Finalmente el artículo 48 dispone que las relaciones, circunstancias y calidades personales, cuyo efecto sea disminuir o excluir la penalidad, no tendrán influencia sino respecto al autor o cómplice a quienes correspondan. Tampoco tendrán influencia aquella cuyo efecto sea agravar la penalidad, salvo el caso en que fueren conocidas por el partícipe.-

Las mencionadas disposiciones establecen reglas que son aplicables a todos los tipos previstos en la parte especial del código penal como así también a los previstos en las leyes especiales, sin embargo dichas disposiciones también establecen excepciones en las que si bien existen pluralidad de intervinientes activos, no se aplican las reglas de la participación.-

“Encontramos así los casos de *codelinquencia* (que también se han denominado de participación *necesaria*, lo que es incorrecto o inconveniente porque puede confundirse con la complicidad “primaria” o “necesaria” que muchos designan con aquella expresión). En ellos la acción descripta por el tipo es inconcebible si no se conjugan las conductas por lo menos de dos autores (son los llamados “delitos de acción bilateral”, como el duelo o el adulterio), o hasta una pluralidad mayor de autores (son los “delitos de acción multilateral”, como la asociación ilícita - art. 210⁶⁶, Cód. Penal -) ... También a veces la ley castiga autónomamente la participación de quien, en realidad, o puede ser un partícipe con características de coautor o un simple cómplice, derogando a su respecto las normas generales que rigen la participación. Así ocurre entre nosotros con el encubrimiento (art. 277⁶⁷, Cód. Penal) donde media una ayuda posterior que, en muchas de sus hipótesis, puede constituir actividad de cómplice, pero que nuestra ley castiga como delito autónomo (salvo que la ayuda haya sido prestada al autor cumpliendo una promesa anterior al momento de la consumación)”.-⁶⁸

⁶⁶ Artículo 210 del Código Penal Argentino: Será reprimido con prisión o reclusión de tres a diez años, el que tomare parte en una asociación o banda de tres o más personas destinada a cometer delitos por el solo hecho de ser miembro de la asociación. Para los jefes u organizadores de la asociación el mínimo de la pena será de cinco años de prisión o reclusión

⁶⁷ Artículo 277 del Código Penal Argentino: Será reprimido con prisión de seis meses a tres años, el que sin promesa anterior al delito, cometiere después de su ejecución, algunos de los hechos siguientes: 1) ayudare a alguien a eludir las investigaciones de la autoridad o a sustraerse a la acción de ésta, u omitiere denunciar el hecho estando obligado a hacerlo; 2) procurare o ayudare a alguien a procurar la desaparición, ocultamiento o alteración de los rastros, pruebas o instrumentos del delito, o a asegurar el producto o el provecho del mismo; 3) adquiriere, recibiere u ocultare dinero, cosas o efectos que sabía provenientes de un delito, o interviniere en su adquisición, recepción u ocultamiento, con el fin de lucro. Si el autor hiciere de ello una actividad habitual la pena se elevara al doble.

⁶⁸ Carlos CREUS, Derecho Penal, Parte General, 5º edición actualizada y ampliada, 1º reimpresión, Edit. Astrea, 2004. Pág. 381/382.

Por otro lado también podemos considerar a una excepción a lo prescripto por el artículo 49 del Código Penal, en cuando establece que no se considerarán partícipes de los delitos cometidos por la prensa a las personas que solamente prestaren al autor del escrito o grabado la cooperación material necesaria para su publicación, difusión o venta, quedando así los que podrían considerarse cómplices, fuera del ámbito de la punibilidad.-

IV.1.a El autor en nuestro Código Penal y su diferencia con los partícipes.

Nuestro ordenamiento jurídico consagra el carácter restringido del concepto de autor, toda vez que hace referencia a otros intervinientes activos, a los cuales les niega el carácter de autor, como por ejemplo, los cómplices, poniéndolos de esta manera una una situación distinta respecto de la punibilidad, aunque en algunos casos la intensidad de la pena sea idéntica a la del autor.-

Para nuestra ley autor es el que ejecuta el hecho delictivo, y es la misma ley la que crea un estatuto especial para los partícipes, distinto del que regula la situación del autor.-

“En nuestra ley penal, como en otras que restringen el carácter de autor, el concepto de éste es *legal*, no natural, y como concepto legal es un *concepto remanente*, es decir, lo que queda después de excluir como autores a los partícipes que no lo son; autor no es el instigador ni tampoco el que haya *tomado parte en la ejecución del hecho* (art. 45, Cód. Penal) como cómplice”.⁶⁹

El Código Penal argentino rechaza absolutamente la tesis del autor único, según la cual todos los que concurren en el delito son autores, y los distingue, en consecuencia, de los cómplices y de los instigadores. Por otra parte fija las penas con un criterio especial y divide a los cómplices, por un lado en cómplices secundarios o simples cómplices y por el otro a los cómplices primarios, que son aquellos que han prestado al autor una cooperación que

⁶⁹ Ibidem. Pág. 387.

resulta imprescindible para que el hecho se realice, de acuerdo al plan común que hayan tenido.-

Respecto de la pena que le corresponde a cada uno por su intervención en el hecho, la ley pena en forma atenuada a los cómplices secundarios, mientras que a los primarios los pena con la misma pena que al autor. Asimismo, y aunque si bien nuestra ley no prevé la figura del autor mediato, la doctrina entiende que también se impone la pena del autor al que se vale de quien no domina el hecho.-

Creus sostiene que según la ley argentina, el coautor y el cómplice primario tienen la misma pena que el autor (art. 45, Cód. Penal) y el cómplice secundario una pena disminuída (art. 46, Cód. Penal), aunque hay que señalar que, en ocasiones, se determina una pena igual a la del autor para ciertos intervinientes “activos” en el delito, aunque se los pueda catalogar como cómplices secundarios (p.ej., art. 133⁷⁰, Cód. Penal). Estos principios de punibilidad se traducen después en disposiciones específicas que toman en cuenta la entidad de la culpabilidad (dolo) del partícipe y las circunstancias personales de agravación o atenuación. Según lo primero, el art. 47 del Cód. Penal dispone que “si de las circunstancias particulares de la causa resultare que el acusado de complicidad no quiso cooperar sino en un hecho menos grave que el cometido por el autor, la pena será aplicada al cómplice solamente en razón del hecho que prometió ejecutar”. El *exceso del autor*, con referencia al delito que tuvo presente el partícipe, no es atribuible a éste. Como se trata de un principio consagrado en orden a la determinación de la pena del partícipe en sentido estricto, el hecho de que la disposición legal se refiera al “acusado de complicidad” no obsta a que se extienda a los coautores en cuanto partícipes que, aun tomando parte en la ejecución del hecho, pueden haber actuado erróneamente en cuanto al carácter del tipo tenido en cuenta con relación al realizado por el autor (aunque se ha discutido, está fuera del

⁷⁰ Artículo 133 del Código Penal Argentino: Los ascendientes, descendientes, afines en línea recta, hermanos y cualquiera persona que, con abuso de autoridad, encargo o confianza cooperaren a la perpetración de los delitos comprendidos en este título, serán reprimidos con la pena de los autores.

principio de instigador, quien por la propia naturaleza de su participación, queda marginado del exceso del autor).- ⁷¹

En efecto, el dolo del partícipe puede limitar su responsabilidad en relación a un delito de menor entidad que el cometido por el autor, por ejemplo: el partícipe puede querer contribuir a unas lesiones cuando el autor comete un homicidio; o puede limitar su responsabilidad a una participación menos grave que la que en realidad lleva a cabo, por ejemplo: querer contribuir como partícipe secundario, cuando en realidad su aporte fue de tal entidad que sin el mismo el delito no hubiera podido cometerse, aunque debe señalarse que esto surge no solamente de la regla del artículo 47 del código penal sino también de la aplicación de la teoría del error.-

Como se ha abordado en el capítulo anterior, en muchos delitos se dan condiciones en relación al autor que tienen que ver con características que son típicas y relacionadas exclusivamente con su persona, ya sea porque se refieren a sus relaciones personales, por ejemplo en el supuesto del delito de homicidio calificado por el vínculo; o porque se refieren a sus calidades personales, por ejemplo la calidad de funcionario público en el delito de abuso de autoridad; o porque se refiere a las circunstancias personales, por ejemplo el delito cometido en estado de emoción violenta, las mismas pueden agravar o atenuar la pena con respecto a un delito determinado o pueden llegar también a eximir de responsabilidad.-

Cuando se trata de condiciones atenuantes de la pena, tal como surge del supuesto tipificado en el artículo 81, inciso 1º del C.P., que establece que: *“Se impondrá reclusión de tres a seis años, o prisión de uno a tres años: a) al que matare a otro, encontrándose en un estado de emoción violenta y que las circunstancias hicieren excusable”*; o cuando se trata de condiciones eximentes de la pena, por ejemplo cuando en relación al delito de encubrimiento y lavado de activos, el artículo 277 del Código Penal, inciso 3º establece que: *“Están exentos de responsabilidad criminal los que hubieren obrado en favor del*

⁷¹ Carlos CREUS, Op. Cit. Pág. 406.

cónyuge, de un pariente cuyo vínculo no excediere del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad o de un amigo íntimo o persona a la que se debiese especial gratitud” (aunque ésta exención no rija cuando se ayudare al autor o partícipe a asegurar el producto o provecho del delito o cuando el autor actúe con ánimo de lucro); dichas condiciones no favorecen a los demás coautores o partícipes.-

Ahora bien, cuando se trata de condiciones agravantes de la pena, por ejemplo, con respecto del delito de atentado y resistencia a la autoridad, respecto del cual, el artículo 238 del Código Penal en su inciso 3º establece que la pena se agravará si el culpable fuere funcionario público; dichas condiciones personales no perjudican a los coautores o partícipes a quienes no les correspondan, salvo de que dichas condiciones hayan sido conocidas al momento de realizar el aporte al hecho. Tales reglas, como ya se ha mencionado, encuentran su fundamento en el artículo 48 del Código Penal.-

Por otra parte, debe señalarse que quedan fuera de estas reglas descriptas, aquellos casos en donde las condiciones personales del autor se refieren a un delito propio o especial, por ejemplo la condición de ser juez en el delito de prevaricato.-

Respecto de la figura del instigador, Creus sostiene que “en su cláusula final, el art. 45 del Cód. Penal dispone la misma pena del autor para el que hubiese “determinado directamente a otro” a cometer el delito. Tal es la figura del *instigador* que, a diferencia del autor mediato, no quiere cometer el delito empleando instrumentalmente a otro, sino que quiere que el otro *cometa* el delito siendo autor del mismo, insertando un aporte no ejecutivo, sino de motivación y, por tanto, previo: el de instigador. Por eso, la instigación aparece como una particular forma de participación en el delito instigado, que puede ser de cualquier carácter, incluidos delitos propios o especiales y de propia mano. Sin embargo, a veces la ley autonomiza la instigación para punirla al margen de las reglas de la participación, como ocurre con la instigación al duelo (art. 99, inc. 1º, Cód. Penal). Otras veces contempla formas de instigación distintas, que no reúnen las características de la participativa y que por eso castiga como

delito autónomo (p.ej., la instigación pública a cometer delitos -art. 209, Cód. Penal- donde falta la “determinación” de un concreto autor), o que se refieren a hechos en sí no delictivos (p.ej., instigación al suicidio, art. 83, Cód. Penal). Todas estas hipótesis están fuera del art. 45 del Cód. Penal”.- ⁷²

Se puede sostener entonces que la instigación es una forma de participación psíquica en el delito cometido por la persona instigada, acá también se da el principio de accesoriedad, pero el mismo no depende ya de la acción que lleva a cabo el partícipe sino de la que lleva a cabo el autor instigado.-

En cuanto a la responsabilidad como partícipe, el instigador debe responder en la medida de su culpabilidad, que se infiere de aquello que ha querido de la persona instigada, por lo que si este se excede en el hecho al cual se lo instigó, el instigador no debe responder por el exceso, por ejemplo: el que instigó a unas lesiones y se cometió un homicidio.-

Por otra parte, si el instigado ha cometido un delito menos grave que aquel al cual se lo instigó, por ejemplo comete unas lesiones, cuando en realidad se lo instigó a un homicidio, el instigador debe responder en la medida del delito que se cometió, pues solo en el ha podido participar.-

Nuestro Código Penal adopta el criterio de accesoriedad limitada, es decir que considera a la participación como accesoria a un hecho principal típico y antijurídico, por lo que el artículo 48 del dicho ordenamiento legal debe ser interpretado conforme a las reglas que surgen del principio de la accesoriedad limitada, porque sino quedaría desvirtuada la construcción racional de la participación en el derecho penal.-

IV.2 Reseña de jurisprudencia

⁷² Ibidem. Pág. 408/409.

A través de los fallos jurisprudenciales que en los títulos siguientes se enunciarán, se podrán observar los lineamientos que han servido de guía a los Tribunales argentinos al momento de la aplicación de las reglas de la autoría y la participación criminal en el delito, como así también las premisas que se han tenido en cuenta al momento de fundamentar los mismos:

IV.2. a Fallo en relación a la autoría

“Autor es el que ejecuta el delito, es decir, el que pone en obra la acción u omisión definida por la ley, en el caso del hurto simple el que se apoderare de una cosa mueble total o parcialmente ajena ... Veamos como evolucionó el concepto de autor y su distinción con el partícipe. Al respecto cabe precisar que si aplicamos la teoría objetiva tendríamos que dar razón al Dr. E. L. y al fiscal porque S. no ejecutó, no realizó la acción típica, pero con este criterio se escapan conductas como las de aquel que utiliza a otro o el que acompaña con la voluntad de cometerlo pero por división de tareas no ejecuta exteriormente el hecho. Sin embargo, la misma ya fue superada no solo por la subjetiva; ésta a su vez extiende en forma incontrolada a la prueba respecto de la autoría basándose solo en ese aspecto, que admite que cualquier actividad realizada es autoría y lo que importa es haber participado en el delito sobre la base de un plan común, siendo autor consecuentemente “quien quiere el hecho como propio”. También ésta fórmula con el tiempo se advirtió que era un artificio que fracasaba, finalmente se arriba a la siguiente evolución con la mixtura de ambos elementos objetivos y subjetivos, y con ellos en forma inseparable se conforma la acción, dejándose de lado fórmulas como la acción de ejecución o voluntad del autor, entiendo que es autor quien tiene la voluntad final de realización como el dominio sobre el hecho, y que la coautoría es una forma de autoría”.-⁷³

IV.2. b Fallos en relación a la coautoría

⁷³ C.Crim. y Corr. La Rioja, 3º, 5/7/1998, “F.c.S., J.G. y otros”, LLGran Cuyo 1998-670; fallo citado en Revista de Derecho Penal y Procesal Penal, Editorial Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2009. Pág. 2119

“Cabe apuntar al respecto que ... la coautoría frente a las restantes formas de autoría se refleja en el dominio sobre la realización del suceso delictivo que pertenece a varias personas ... las que actúan de modo concertado y en función del plan común o acuerdo previo asumidos por éstos. En estos casos la titularidad por la comisión del hecho reviste una particular característica: la realización del delito se presenta como la obra en conjunto de varios individuos (autores), cuyos aportes para su ejecución resultan ser recíprocamente dependientes para la consumación exitosa del plan delictivo común ... (Aboso, Gustavo E., “Aspectos esenciales de la coautoría funcional y sus consecuencias dogmáticas”, en Revista de Derecho Penal, “Autoría y Participación I”, 2005-1, Ed. Rubinzal-Culzoni, ps. 230/231).-⁷⁴

Otro: “Siguiendo la teoría del dominio funcional del hecho, debe responder como coautor el imputado que, en connivencia con el autor, tomó de rehén a un celador penitenciario, logrando la sustracción de las llaves e impidiendo que active la alarma, circunstancia que permitió que su consorte de causa ingrese a un pabellón lindero y le cause la muerte a otro interno. En efecto, el aludido, en la división de trabajo, respondiendo a una decisión común o si se quiere convergencia intencional, en la empresa delictiva pergeñada con otras personas, actuó en íntima conexión final con la acción homicida, y también en la fase ejecutiva, abarcando la tentativa y consumación de aquella, tiempo durante el cual mantuvo inmovilizado al funcionario. Su contribución al hecho, por lo demás, resultó, a no dudarlo, significativa y esencial en el marco del complejo unitario de la acción. Su obrar configuró el “sí” y el “cómo” de la correalización del tipo. Su codominio no deja lugar a dudas si se advierte que estuvo a su cargo hacer posible que el injusto típico se cometiera o no y el modo de cometerlo. Piénsese en lo fácil que le hubiera resultado cambiar el curso causal con liberar a su rehén, o activar la alarma para lograr la inmediata irrupción en el lugar del Servicio Penitenciario Federal, lo que lejos estuvo de hacer. No hay elemento de juicio alguno en el sub iudice que autorice a sostener que en el plan delictivo ya reseñado el acusado quisiera la muerte de

⁷⁴ C. Nac. Crim. y Corr., sala 7º, 21/05/2007, “Calfat, Claudia y otro”, LL 2007-C-648; fallo citado en Revista de Derecho Penal y Procesal Penal, Editorial Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2009. Pág. 2119/2120.

persona alguna. Ello no obstante, si no se pierde de vista que en la coautoría - como ya se señalara - puede concurrir el dolo eventual, es de observar que éste acompañó subjetivamente el obrar del incuso, ya que no le pudo pasar desapercibido que compañeros suyos del pabellón se desplazaron encapuchados y portando - de la misma forma que el - “facas”, cuyo altísimo poder de vulnerabilidad, de acuerdo a las reglas de la sana crítica racional, le permitieron representarse la posibilidad de que podía provocarse una muerte, y ello no obstante, dio su asentimiento a tal contingencia”.- ⁷⁵

Otro: “El artículo 45 del Código Penal manifiesta que son coautores aquellos que toman participación en la ejecución del hecho, sin requerir la determinación de quien ha efectuado tal o cual conducta; por lo que no sería imprescindible esbozar extendidos fundamentos. No debe olvidarse que no todo el que interviene en la ejecución es coautor, pues para ello debe además formar parte del acuerdo de división del trabajo en el delito, previo o durante el hecho, de manera concluyente. Para la teoría del dominio del hecho, la respuesta estará dada en cada caso por la referencia al dominio del hecho que, atendiendo a lo que se ha dado en llamar “autoría funcional”, no puede determinarse en abstracto, sino que en cada caso se investigará si la contribución “... en el estado de la ejecución constituye un presupuesto indispensable para la realización del resultado buscado”. En tal sentido, el “plan del hecho” cobra relevancia, por cuando sin ponderar la forma en que los sujetos han planeado concretamente el hecho, no podrá determinarse quien realizó una contribución a la ejecución y quien se limitó a ayudar a los ejecutores; es decir, si el dominio del hecho estuvo en algún momento ejecutivo en las manos del sujeto, si de su actividad dependió el éxito o el fracaso de la empresa, o no. Teoría para la cual entonces, dicho de un modo mas simple: será coautor el que realice un aporte que sea necesario para llevar adelante el hecho en la forma concretamente planeada, de manera que cuando sin ese

⁷⁵ TOCr. N°12, 16-5-2000, “A., G.A.”, c. 841; fallo citado por Edgardo Alberto DONNA, Javier Esteban DE LA FUENTE, Maria Cecilia I. MAIZA y Roxana Gabriela PIÑA, en El Código Penal y su Interpretación en la Jurisprudencia, Tomo II, Editorial Rubinzal-Culzoni, 2004. Pág. 64/65.

aporte en la etapa ejecutiva, el plan se hubiese frustrado, allí tenemos a un coautor”.-⁷⁶

Otro: “El elemento subjetivo de la coautoría es la existencia de una decisión conjunta al hecho, la que puede provenir de un acuerdo expreso o tácito, el que se basa en la distribución de las funciones o roles de cada uno de los que toman parte en su ejecución. Este acuerdo común al ilícito permite atribuir a cada uno de los partícipes los aportes de los otros. Asimismo, el aspecto objetivo de la coautoría es la ejecución de esa decisión mediante división de trabajo con miras al resultado global de la lesión al bien jurídico, debiendo los aportes necesarios o imprescindibles que llevaran a cabo cada uno de los integrantes ser realizados en la etapa ejecutiva del hecho, es decir, en el estado de la tentativa, lo que se desprende de la misma letra del artículo 45 del CP. En igual sentido, exigiendo en los coautores el acuerdo común para cometer el hecho, sienta el principio de la imputación recíproca de las distintas contribuciones, de manera que cada coautor pueda considerarse como autor de la totalidad. En el presente caso, el aporte prestado por la imputada al hecho es propio del coautor del delito de comercio de estupefacientes que se le imputa, toda vez que su participación en la etapa ejecutiva del mismo fue indispensable para que se llevara a cabo, ya que las encausadas obraron de manera conjunta y organizada, distribuyendo su tarea, una como entregadora de los estupefacientes y otra como recaudadora del precio de venta”.-⁷⁷

IV.2. c Fallos en relación a la autoría mediata

⁷⁶ CNCas. Pen, sala IV, 24-4-2007, “Lifavi, Roberto Miguel S/Recurso de Casación”, c. 5460, reg. 8560.4, magistrados: Hornos, Capolupo de Durañona y Vedia, Berraz de Vidal, BJCNCas.Pen. www.pjn.gov.ar; fallo citado por Edgardo Alberto DONNA en El Código Penal y su Interpretación en la Jurisprudencia, actualización al 31 de diciembre de 2009, Tomo I, Editorial Rubinzal-Culzoni, 2010. Pág. 186/187.

⁷⁷ CNCas. Pen., sala III, 19-12-2006, “Carguancho Huanasca, Gudelia y otro s/Recurso de casación”, c. 7163, reg. 1543.06.3, magistrados: Tragant, Riggi, Ledesma. www.pjn.gov.ar, fallo citado por Edgardo Alberto DONNA en El Código Penal y su Interpretación en la Jurisprudencia, actualización al 31 de diciembre de 2009, Tomo I, Editorial Rubinzal-Culzoni, 2010. Pág. 190.

. “El autor mediato se sirve de otro como de un instrumento, es decir que se vale de las genuinas acciones de otro - el autor inmediato, quien lleva a cabo la acción típica descrita en el tipo - y no de su mero cuerpo. En el proyecto elaborado por el autor mediato, a éste le resulta lo mismo quién es el que ejecuta la acción. En autos en aquellos casos donde no se demostró la intervención directa del imputado en la ejecución de los hechos pero sí su dominio jerárquico y fáctico del centro de detención donde tuvieron lugar los restantes, se puede identificar al nombrado como autor mediato. Es decir que cualquiera fuese el nombre que se quisiera dar a su intervención en los episodios delictuales de ningún modo puede entenderse como atinentes a la responsabilidad objetiva que dice la defensa particular”.-⁷⁸

Otro: “La doctrina nacional ha manifestado que “la dogmática penal sitúa el caso del jefe de un aparato de poder como una hipótesis de autoría mediata, sobre la base de que el plan de acción solo puede ser puesto en ejecución por la voluntad de quien manda, y es controlado por el como jefe de una estructura organizada, cuyos escalones inferiores son fácilmente reemplazables por un número muy amplio de ejecutores directos, para el caso de que uno de ellos se negara a la realización de un acto individual. La estructura ofrece entonces, de por sí, todas las condiciones para una alta instrumentalización de las voluntades de los dependientes, es decir: un dominio mediato del hecho, a través de la voluntad de los subordinados que actúan como autores directos ... Respecto del autor mediato, que dirige el aparato de poder, es irrelevante como se desenvuelva el curso causal que conduce a la muerte, mientras no se aparte esencialmente de lo previsto como posible ... lo correcto para autores mediatos de un aparato de poder ... es independizar la atribución al autor de las causalidades con que se realice el hecho concreto por parte del ejecutor. Para el comandante en jefe de la Armada era desconocida y trivial la ejecución concreta del hecho final; entonces, toda muerte que siguiera a una tortura es - al menos respecto del autor mediato - homicidio doloso con ensañamiento

⁷⁸ CNCas.Pen., sala I, 18-5-2007, “Etehecolatz, Miguel Osvaldo Roberto S/Recurso de casación e inconstitucionalidad”, c. 7896, reg. 10.488.1, magistrados: Madueño, Catucchi, Mitchel, BJCNCas.Pen. www.pjn.gov.ar; fallo citado por Edgardo Alberto DONNA en El Código Penal y su Interpretación en la Jurisprudencia, actualización al 31 de diciembre de 2009, Tomo I, Editorial Rubinzal-Culzoni, 2010. Pág. 195.

(Sancinetti, Marcelo A. y Ferrante, El Derecho Penal en la protección de los derechos humanos. La protección de los derechos humanos mediante el Derecho Penal en las transiciones democráticas, Argentina, Buenos Aires, Hammurabi, 1999, p.153).-⁷⁹

IV.2.d Fallo en relación a la complicidad primaria

“El homicidio es un tipo de delito que requiere la calidad de doloso para determinar la participación primaria en la elaboración del ilícito; necesariamente el sujeto debe saber que está realizando un aporte necesario en la producción de un resultado que afecta a un bien jurídico. Y además debe querer que ese aporte lo afecte. El homicidio calificado en grado de partícipe primario requiere para su configuración de una elaboración conjunta, donde el ejercicio de la violencia se materializa si bien en distintos grados (uno ejecuta, otro presta una cooperación indispensable), con una finalidad dolosa idéntica: producir un resultado dañoso.”-⁸⁰

IV.2.e Fallo en relación a la complicidad secundaria

“Responde como partícipe secundario en el homicidio verificado, el procesado que prestó una colaboración moral o intelectual al autor del hecho - al perseguir al occiso y permanecer al lado del procesado - y material - al golpear y arrojar baldosas a la víctima ya casi terminal - dado que si bien desde un punto de vista causal-material, sus actos no han producido la muerte de nadie, no puede ignorarse la ayuda moral que prestó. “La complicidad psíquica

⁷⁹ CFed. De la Plata, sala III, 9-11-2006, “Etchecolatz, Miguel Osvaldo s/Homicidio calificado”, expte.3937, jueces: Pacilio, Nogueira, Vallefin. www.pjn.gov.ar. WebRubinzal pypenal7.1.2.r2; fallo citado por Edgardo Alberto DONNA en El Código Penal y su Interpretación en la Jurisprudencia, actualización al 31 de diciembre de 2009, Tomo I, Editorial Rubinzal-Culzoni, 2010 Pág. 195/196.

⁸⁰ STJ de Santiago del Estero, 22-12-2000, 21124. JUBA; fallo citado por Edgardo Alberto DONNA, Javier Esteban DE LA FUENTE, María Cecilia I. MAIZA y Roxana Gabriela PIÑA. Pág. 66.

puede tener lugar, en especial, mediante el fortalecimiento de la voluntad de actuar del autor principal”.-⁸¹

IV.2.f Fallo en relación a la instigación

“... Corresponde calificarlo como “instigador” a quien determinó al autor a la comisión directa del delito. Así refiere la doctrina que “... la inducción debe ser de tal entidad que pueda conectarse causalmente, desde el punto de vista psíquico con la voluntad del inducido ...necesarias serán por tanto la presencia de elementos adicionales que fundamenten el desvalor de acción de la inducción y justifiquen su equiparación a la autoría. Esta exigencia adicional se plasma en la necesidad de que la incitación represente, desde una perspectiva ex ante y atendiendo a los especiales conocimientos del inductor, un incremento relevante del riesgo de que el inducido adopte y ejecute la resolución delictiva a la que se le incita ... consecuencia de ésta exigencia de peligrosidad es el requisito exigido expresamente en la ley, de que la incitación sea directa ... para tener relevancia como forma de participación, castigada con la misma pena de la verdadera autoría, la inducción debe ser además de directa, eficaz, es decir que tenga entidad suficiente para que el inductor decida cometer el delito y comience por lo menos su ejecución ... el límite mínimo de la inducción lo constituye, su diferencia con la simple recomendación o consejo al autor del delito que, en principio, sólo puede servir para fundamentar la responsabilidad a título de complicidad ...”⁸²

IV.2.g Fallos en relación a la comunicabilidad de las circunstancias y accesoriedad de la participación

“Existe en autos el hecho principal del que habría participado en carácter de partícipe primario el imputado Mauro Cesar Farchetto, ya que Fabio Rodrigo Farchetto perpetró una conducta típica y antijurídica (que es el grado de

⁸¹ CNCCorr., sala I, 4-7-90, “G.S., G”, c.36.737; fallo citado por Edgardo Alberto DONNA, Javier Esteban DE LA FUENTE, María Cecilia I. MAIZA y Roxana Gabriela PIÑA. Pág. 66/67.

⁸² C. Crim. y Corr. Santiago del Estero. 2º, 7/8/2008, “Azar, Musa y otros”, LLNOA 2008-803, septiembre); fallo citado en Revista de Derecho Penal y Procesal Penal, Editorial Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2009. Pág. 2150/2151.

dependencia de la participación respecto del hecho del autor principal exigible según la denominada “teoría de la accesoriedad limitada”, generalmente aceptada), que no fue merecedora de reproche, por defectos de la subjetividad del autor, que se comportó si el dolo requerido por el delito en cuestión. Sólo puede ser autor de la figura delictiva tipificada en el artículo 302, inc.3º, segundo supuesto, del Código Penal -frustración maliciosa del pago de cheques- el librador del cheque, es decir, el firmante del documento, sin cuyo requisito el cheque carece de validez. Y en el caso, el librador del cheque, Fabio Rodríguez Farchetto, firmó el documento y frustró, aunque sin malicia, el pago del referido instrumento. Como consecuencia de ello, cuando el fallo en crisis enfatiza que el autor del delito Fabio Rodrigo Farchetto fue sobreseído porque el hecho investigado no se cometió, pretende significar según surge de los considerandos de la resolución que el mencionado Fabio Rodrigo Farchetto libró el cheque y dio la orden de que no fuera pagado, aunque lo hizo sin la intención que la figura demanda. Mauro Cesar Farchetto realizó una conducta que, en el contexto de la presente causa, significa un auxilio o una cooperación sin los cuales no habría podido cometerse un hecho que fue cometido, según se desprende de una resolución pasada en autoridad de cosa juzgada, por la única persona que podría haberlo hecho: Fabio Rodrigo Farchetto, quien, sin embargo, actuó sin el dolo directo que presupone el delito en cuestión”.-⁸³

Otro: “El artículo 48 del Código Penal, en el concepto de “relaciones, circunstancias y calidades personales” se limita a abarcar aquellas que se refieren a la culpabilidad y a la exclusión o cancelación de la penalidad. Si quien coopera con una persona que está amparada en una causa de justificación no responde por ello puesto que ha participado en un acto que el Derecho -contingentemente- permite, resulta claro que la condición esencial de la participación criminal exige la intervención en un injusto penal (conducta típica y antijurídica). La calificación de la conducta del imputado en el marco de la coautoría del homicidio calificado por el vínculo parental es errada si dicho

⁸³ TSJ de Córdoba, 23-11-2004, “Farchetto, Mauro César p.s.a. estafas reiteradas, etc. Recurso de casación”, expte. “F” 12/03, jueces: Tarditti, Cafure de Battistelli, Rubio, www.justiciacordoba.gov.ar, WebRubinzal ppy penal7.6.r7; fallo citado por Citado por Edgardo Alberto DONNA en El Código Penal y su Interpretación en la Jurisprudencia, actualización al 31 de diciembre de 2009, Tomo I, Editorial Rubinzal-Culzoni, 2010. Pág. 205/206.

sujeto, que afrontó la conducta de matar ante la pasividad del coimputado que es el que estaba vinculado parentalmente con el sujeto pasivo, carecía de la cualidad que hubiera obligado a tipificar el hecho como parricidio”.-⁸⁴

⁸⁴ Trib.Cas. Pen. De Buenos Aires, sala I, 15-11-2005, “G., J. A. s/Recurso de casación”, c. 4412, jueces: Natiello, Biombo y Sal Llargués, WebRubinzal pypenal7.6.r2, 3 y 4; fallo citado por Edgardo Alberto DONNA en El Código Penal y su Interpretación en la Jurisprudencia, actualización al 31 de diciembre de 2009, Tomo I, Editorial Rubinzal-Culzoni, 2010. Pág. 206/207.

Conclusiones Finales

Luego del desarrollo precedente puedo concluir sosteniendo que una correcta distinción entre autor y partícipe permite mejorar la función de prevención mediante motivación que tiene el derecho penal liberal, toda vez que le posibilita al sujeto conocer de antemano la responsabilidad penal en un hecho con pluralidad de intervinientes y actuar sobre esa decisión.-

El reconocimiento de un derecho de culpabilidad por el hecho, le asegura a los ciudadanos que solo serán sancionados por las acciones u omisiones que lleven a cabo y no por sus ideas, ni por su personalidad ni por su peligrosidad.-

Entiendo que una correcta delimitación en orden a la participación criminal, debe tener en cuenta que no puede hacerse responsable al autor por sus meras intenciones o elementos de su ámbito interno, y es en este sentido, que la necesidad de que exista una tentativa por parte del autor para castigar al partícipe, pretende resguardar el principio de reserva reconocido por nuestra Carta Magna. Por otra parte el castigo que se imponga a los distintos participantes debe ser siempre proporcional a la afectación del bien jurídico, cabe decir que quien mas aporte en sus afectaciones más deberá responder.-

La participación en el delito se presenta como un gran problema doctrinario en la teoría del delito, y las tesis son tan encontradas que las soluciones coincidentes se reducen a un escaso número, lo que no deja de perturbar la aplicación práctica de la ley.-

Como se pudo observar a lo largo de este trabajo, el conflicto en torno al cual han girado las distintas teorías sobre la autoría y la participación criminal, ha sido tratar de encontrar la manera de lograr la distinción entre el autor y los colaboradores que hayan participado en la realización de un hecho delictivo, valorar cada conducta desplegada por los sujetos intervinientes y de acuerdo a esa valoración, penar dichas conductas, y estimo que la consecuencia mas importante de la distinción dogmática entre autor y partícipe es la punibilidad de

éste último, la cual es accesoria a la del autor, quien en realidad es la figura en torno a la cual gira la configuración del tipo penal.-

Respecto de las teorías para definir al autor, y a los fines de esbozar una postura al respecto, debo considerar principalmente el principio de legalidad, el cual a su vez es complementado por el principio de reserva y que se refiere a la facultad del hombre de obrar dentro de lo permitido, es decir dentro de lo no prohibido por el ordenamiento jurídico, sin que su conducta pueda acarrearle sanción alguna. De igual manera debo considerar el principio de culpabilidad, el cual representa el límite mínimo que el Estado debe respetar si es que pretende legitimar su intervención.-

Y es en base a ello que me permito sostener que la teoría que satisface en mayor medida los supuestos que se refieren a la intervención estatal por medio de la pena, sin vulnerar estos principios mencionados, es la teoría del dominio del hecho, toda vez que la misma permite determinar fehacientemente bajo que presupuestos y condiciones, un delito puede atribuirse como obra de un autor, sosteniendo en consecuencia que autor es quien tiene en sus manos el curso del devenir central del hecho, cumpliendo de esta manera, objetiva y subjetivamente con la conducta típica descrita en el tipo.-

En relación a la participación de personas en el delito, la misma implica extender legalmente los tipos penales y su punibilidad, sancionándose de ésta manera no solo a los ejecutan la acción descrita como típica en la ley, sino también a los que determinan o colaboran de algún modo para que el delito sea consumado; y es así que considero que sin estas disposiciones ampliatorias sería imposible condenar a los que determinan o colaboran, pues de hacerlo, se estaría vulnerando el principio de legalidad.-

Por otra parte, y en lo que concierne a las teorías de la participación criminal, entiendo que el principio de culpabilidad, permite rechazar de plano cualquier teoría que no tenga en cuenta la necesaria vinculación subjetiva del sujeto participante con el hecho principal; y es por ello que valoro positivamente la teoría de la accesoriadad de la participación, y en especial, el sistema de la

accesoriedad limitada a la que adhiere nuestra ley penal, en el cual el partícipe accede al hecho principal (típico y antijurídico) y no a la culpabilidad del autor o autores.-

Asimismo y para responder penalmente como partícipe, el sujeto debe saber que aporta a un hecho común y responde como tal, en la medida de lo que ha querido según el conocimiento que tenga del hecho a realizar y en el cual ha entendido intervenir en su actividad, estableciéndose de esta manera una delimitación de responsabilidades, que garantiza justa y equitativamente la cuantía de la pena a aplicar a cada persona imputada de un delito y en relación al aporte efectuado al mismo.-

Mas allá de las conclusiones precedentemente vertidas y no obstante la vasta producción dogmática de los autores citados, se observa que la vida actual nos presenta situaciones que deja sin respuesta satisfactoria a quienes deben aplicar el derecho penal.-

A pesar de la creatividad con que los mismos enfrentan los problemas que surgen de la aplicación de normas creadas a la luz de otros momentos históricos, vemos que sus esfuerzos denodados no alcanzan para resolver los casos que actualmente se presentan, los que jamás pudieron ser previstos por las abstracciones teóricas.-

Aún así es loable el incansable esfuerzo de quienes no se rinden frente a esta vertiginosidad que denuncia vano el intento de congelar todo en teorías dogmáticas y toman como un desafío el proporcionar criterios racionales que aseguren un marco de seguridad jurídica dentro del cual la aplicación del derecho penal no signifique un menoscabo al principio de legalidad, el cual constituye la máxima garantía del imputado respecto de la aplicación de la ley penal.-

Bibliografía Consultada

- Eugenio Raúl ZAFFARONI, Alejandro ALAGIA Alejandro SLOKAR, Manual de Derecho Penal, Parte General, Editorial Ediar, segunda edición actualizada a diciembre de 2006.-

- Enrique BACIGALUPO, Derecho Penal, Parte General, Editorial Hammurabi, 2º Edición, Argentina, 1999.-

-. Claus ROXIN, Autoría y Dominio del Hecho en Derecho Penal. Editorial Marcial Pons, traducción de la sexta edición alemana por Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo, Madrid, 1998.-

- Carlos Santiago NINO, Los Límites de la Responsabilidad Penal, Una Teoría Liberal del Delito, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1980.-

- Edgardo Alberto DONNA, Javier Esteban DE LA FUENTE, Maria Cecilia I. MAIZA, Roxana Gabriela PIÑA, El Código Penal y su Interpretación en la Jurisprudencia, Tomo II, Editorial Rubinzal-Culzoni, 2004.-

-Edgardo Alberto DONNA, El Código Penal y su Interpretación en la Jurisprudencia, actualización al 31 de diciembre de 2009, Tomo I, Editorial Rubinzal-Culzoni, 2010.-

-Revista de Derecho Penal y Procesal Penal, Editorial Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2009.-

- Carlos CREUS, Derecho Penal, Parte General, 5º edición actualizada y ampliada, 1º reimpresión, Edit. Astrea, 2004.-

- H.H. JESCHECK, Tratado de Derecho Penal, Parte General, Volumen II, Edit. Bosch, Casa Editorial S.A.-

- Enrique GIMBERNAT ORDEIG, Autor y Cómplice en Derecho Penal, Universidad de Madrid, Facultad de Derecho, Sección de Publicaciones e Intercambio.-

- Miguel DIAZ y GARCIA CONLLEDO, La autoría en Derecho Penal, Primera Edición, 1991.-

- Ricardo ROBLES PLANAS, Participación en el delito e imprudencia, Ediciones Nueva Jurídica, 2002.-

- Guillermo Julio FIERRO, Teoría de la participación criminal, 2º edición actualizada y ampliada, Editorial Astrea, 2001.-

- Ricardo C. NUÑEZ, Tratado de Derecho Penal, Tomo Segundo, Parte General, 2º reimpresión: junio 1988, Editora Córdoba.-

Formulario descriptivo del Trabajo Final de Graduación

Este formulario estará completo sólo si se acompaña de la presentación de un resumen en castellano y un abstract en inglés del TFG

El mismo deberá incorporarse a las versiones impresas del TFG, previa aprobación del resumen en castellano por parte de la CAE evaluadora.

Recomendaciones para la generación del "resumen" o "abstract" (inglés)

“Constituye una anticipación condensada del problema que se desarrollará en forma más extensa en el trabajo escrito. Su objetivo es orientar al lector a identificar el contenido básico del texto en forma rápida y a determinar su relevancia. Su extensión varía entre 150/350 palabras. Incluye en forma clara y breve: los objetivos y alcances del estudio, los procedimientos básicos, los contenidos y los resultados. Escrito en un solo párrafo, en tercera persona, contiene únicamente ideas centrales; no tiene citas, abreviaturas, ni referencias bibliográficas. En general el autor debe asegurar que el resumen refleje correctamente el propósito y el contenido, sin incluir información que no esté presente en el cuerpo del escrito. Debe ser conciso y específico”.

Identificación del Autor

Apellido y nombre del autor:	ARDUINO MELINA LUCIANA
E-mail:	arduinomelina@hotmail.com
Título de grado que obtiene:	ABOGADA

Identificación del Trabajo Final de Graduación

Título del TFG en español	“La autoría en los delitos con múltiples intervinientes, las teorías de la participación y su incidencia en las garantías del individuo”
Título del TFG en inglés	“Actors With multiple crimes, theories participation and its impact on the individual warranties”
Integrantes de la CAE	Dres. José Luis Lago y Maximiliano Davies
Fecha de último coloquio con la CAE	29 de marzo de 2011
Versión digital del TFG: contenido y tipo de archivo en el que fue guardado	Trabajo Final de Graduación (PDF) Resumen y Abstract Formulario descriptivo del TFG

Autorización de publicación en formato electrónico

Autorizo por la presente, a la Biblioteca de la Universidad Empresarial Siglo 21 a publicar la versión electrónica de mi tesis. (marcar con una cruz lo que corresponda)

Publicación electrónica:

Después de UN (1) mes

Firma del alumno