

GUÍA DE LA BOLILLA 12

TEMA: PARTICIPACIÓN CRIMINAL

Por: Diego A. Peretti Ávila

SUMARIO: I. CONCEPTO. II. PRINCIPIO DETERMINADOR. III. CATEGORÍAS. IV. DISTINCIÓN ENTRE AUTORÍA Y COMPLICIDAD: IV.1. TEORÍAS: IV.1. Teoría Formal-Objetiva. IV.2. Teorías Material-Objetivas: IV.2.1. Teoría de la Equivalencia de las Condiciones: IV.2.1.A. Tesis que equipara los conceptos de causa y condición. IV.2.1.B. Tesis que distingue entre causa y condición. IV.2.2. Teoría de la Valoración de los Aportes Causales. IV.2.3. Teoría del Dominio del Hecho. IV.3. Teoría Subjetiva. V. EL SISTEMA DEL CÓDIGO PENAL. V.1. AUTORÍA – COAUTORÍA: V.1.1. Autor. V.1.2. Autor Mediato. V.1.3. Coautor. V.2. COMPLICIDAD: V.2.1. Concepto. V.2.2. Responsabilidad de los cómplices. V.3. INSTIGACIÓN. VI. PENALIDAD –ESCALAS-: VI.1. DELITO CONSUMADO. VI.2. DELITO TENTADO. VII. COMUNICABILIDAD DE LAS RELACIONES, CIRCUNSTANCIAS O CALIDADES PERSONALES.

I. CONCEPTO:

Existe participación si varias personas intervienen como sujetos activos en el proceso de comisión del mismo hecho delictivo en ayuda recíproca o unilateral.

El concepto de participación presupone **tres principios comunes** a esta institución:

A) **Comunidad de hecho –2 o más personas-**: que hace referencia a la intervención de varias personas como sujetos activos en el proceso de comisión del **mismo hecho delictivo**.

B) **Convergencia intencional**: que implica ayuda recíproca o unilateral, pero dirigida a la realización de una **meta que es común** para todas las partes intervinientes.

C) **Accesoriedad**: **No existe ningún partícipe si no hay un autor** del hecho. La participación gira en torno a un hecho común a todos los intervinientes en la acción delictiva, por esto se dice que es accesoria.

La accesoriadad de la participación gira alrededor de ese hecho común, por eso se dice que **es real** no personal –**se refiere sólo al hecho ejecutado**-.

El hecho común puede ser:

- consumado;
- tentado (sin embargo no se admite la tentativa de participación, sino la participación en grado de tentativa);
- referido a delitos de acción o de omisión;
- un delito doloso y o un delito culposo (Nuñez admite la participación criminal en los delitos culposos; en contra de esta tesis se ubica, por ejemplo Zaffaroni). Jamás se admite la participación culposa en delitos dolosos.

No existe participación cuando:

- **La ley exige pluralidad de sujeto activo** (ej.: Asociación Ilícita –art. 210 C.P.);
- **Tratándose de delitos de prensa, cuando sólo se prestare al autor la cooperación material necesaria para su publicación, difusión o venta** (art. 49 C.P.);
- **Cuando el tipo delictivo exige la cooperación voluntaria de la víctima** (ej.: Usura – art. 175 Bis C.P.-);
- **Se dan casos que encuadran en la figura del Encubrimiento** –art. 277 C.P.-, porque **esta intervención espontánea –no hay acuerdo previo- es posterior** a la consumación y **la participación exige intervención anterior** a la realización del resultado **o posterior pero en cumplimiento de promesa anterior**.

II. PRINCIPIO DETERMINADOR:

El principio determinador de la calidad de partícipe es el “causal” –son partícipes sólo los que han hecho aportes para la comisión del hecho-.

III. CATEGORÍAS:

La adopción del principio causal no implica la recepción en el Código de la “Teoría de la Equivalencia de las Condiciones”, sino que **se aplica el concepto restrictivo de la autoría**.

Entre las categorías posibles encontramos las siguientes:

- **Autor:** es quien toma parte en el hecho típico –o en los actos de ejecución del hecho típico-;
- **Instigador:** es quien determina directamente a otro a cometer un delito;
- **Cómplice Necesario:** es quien presta al autor o autores un auxilio o cooperación sin los cuales el hecho no habría podido cometerse –en el modo en que se cometió-;

• **Cómplices No Necesarios:** pueden pertenecer a dos clases:

A) los que **cooperaren de cualquier otro modo** a la ejecución del hecho –que no sean actividades propias del cómplice primario- y,

B) los que **prestaren ayudas posteriores cumpliendo promesas anteriores hechas con anterioridad a la comisión del hecho**. –si no hay promesa o acuerdo previo no hay complicidad no necesaria-.

IV. DISTINCIÓN ENTRE AUTORÍA Y COMPLICIDAD:

IV.1.TEORÍAS:

IV.1.Teoría Formal-Objetiva:

El autor es el que realiza el tipo delictivo, ejecutándolo o interviniendo en su ejecución (toma en cuenta la **forma del aporte** y es la que recepta el Código Penal).

IV.2. Teorías Material-Objetivas:

Estas corrientes, a diferencia de la tesis “Formal-Objetiva”, toman en cuenta para distinguir la presencia del autor, más que la forma, **el valor del aporte** realizado por cada uno de los partícipes y, dentro de esta línea de pensamiento se pueden destacar dos posiciones principales.

IV. 2.1. Teoría de la Equivalencia de las Condiciones:

Los partidarios de esta corriente, que son quiénes receptan la Teoría de la Equivalencia de las Condiciones de Von Buri, pueden sub-clasificarse en dos sectores:

IV.2.1.A. Tesis que equipara los conceptos de causa y condición:

Para los defensores de esta línea de pensamiento, se aplica un concepto extensivo de autoría según el cual son autores todos aquellos que ponen una condición para la producción del hecho, con tal que dicha condición no pueda ser suprimida mentalmente sin dar como resultado la inexistencia del hecho.

Esta doctrina ha sido rechazada de plano por el Código Penal Argentino que adopta el concepto restrictivo de autoría, que se manifiesta principalmente en los siguientes puntos:

- El C.P. hace distinción entre autores, instigadores y cómplices –si hubiese receptado el concepto extensivo de la autoría, no tendría razón de ser esta clasificación, puesto que todos serían autores o coautores del hecho-;
- La diferenciación a la que hacemos referencia en el punto anterior no es sólo terminológica, sino que se distinguen los castigos previstos según se trate de autor, instigador y cómplice necesario, por un lado –corresponde a todos la misma penalidad-, de los cómplices no necesarios –a quienes se aplica una sanción disminuida-;
- El artículo 47 del C.P. establece los límites subjetivos de la participación en la medida del hecho en el que el acusado quiso cooperar o que prometió ejecutar y,

- El artículo 48 del C.P. establece limitaciones a los efectos de la transmisión de las relaciones, circunstancias y calidades personales entre los partícipes del delito.

IV.2.1.B. Tesis que distingue entre causa y condición:

Según los que sostienen esta corriente, también partidaria de la “Equivalencia de Condiciones”, **se debe distinguir**, a los efectos de discriminar la autoría de la complicidad **la causa** del hecho **de las condiciones** para su producción.

De acuerdo a este enfoque **autor será el que aporta la causa** para que el hecho típico se produzca –quien dispara el arma y hiere de muerte- y **cómplice el que aporta una condición** –el que le facilita el arma de fuego-.

A este punto de vista se le critica, por un lado, que, en la práctica, existen **problemas para diferenciar**, en modo exacto e indiscutible los términos “causa” y “condición” y, en segundo lugar, porque el Código Penal **sólo toma el valor del aporte causal** como criterio **para distinguir la complicidad necesaria de la no necesaria**.

IV.2.2. Teoría de la Valoración de los Aportes Causales:

Esta corriente, a los efectos de determinar la autoría, tiene como criterio orientador no sólo la ejecución por parte del agente de los presupuestos objetivos de la figura típica, sino también **si el aporte** realizado para esta actividad realizado por alguno de los partícipes ha **sido dirimente a los fines de la ejecución del delito**.

Esta posición no niega el aporte de la Tesis Formal Objetiva, ni impugna sus fundamentos, solamente la complementa con aspectos materiales que hacen a la valoración causal del aporte realizado por cada uno de los socios del delito.

El Tribunal Superior de la provincia de Córdoba aplica esta tesis en la causa :

IV.2.3. Teoría del Dominio del Hecho:

Para esta corriente de pensamiento sería autor todo aquel que tiene el efectivo poder para la ejecución o no del delito, en la forma en que se produce –tiene el poder, no sólo de interrumpirlo o abortarlo, sino también de “moldear” su ejecución-.

El dominio del hecho puede consistir en:

- Dominio de la acción: es el que tiene el autor directo que ejecuta la acción típica;
- Dominio de la voluntad: es el caso de quien se sirve de otra persona, que no puede resistir su voluntad, como “herramienta” para ejecutar la acción típica – autor mediato-;
- Dominio funcional: es el control sobre el hecho que tiene cada uno de los partícipes a través de la función específica que respectivamente cumplen en la producción del suceso total –coautoría-.

Lo que se le critica a esta teoría, entre otras cosas, es que lo que esta corriente define como autoría es perfectamente compatible con lo que, dentro del Código Penal Argentino, encuadra en la complicidad.

Como ejemplo de lo referido en el párrafo anterior, nadie dudará que, de acuerdo a los parámetros establecidos por nuestra Legislación Penal, el “campana” encuadra, indiscutiblemente, dentro de la hipótesis de la complicidad; siendo que este último tiene el poder de interrumpir la ejecución del delito –dando la voz de alarma-. De acuerdo a los estándares de la “Teoría del Dominio del Hecho” a este debería considerársele coautor.

IV.2.4. Teorías Sociologistas:

Según este tipo de posturas el criterio para distinguir la autoría de la participación se centrará en el “status” –posición en la organización- que ocupa cada uno de los intervinientes y el “rol” –comportamiento esperado de acuerdo al status que ocupa- que habrán de desempeñar cada uno de los mismos.

El concepto de status y roles en la producción del evento implica la existencia de desplegar determinadas conductas –roles- de acuerdo a la posición social.

Los roles están determinados socialmente, para que no haya delito, basta que el interviniente se limite a cumplir, de modo correcto el rol que le ha sido atribuido –por ejemplo: el mozo que es médico, a pesar de darse cuenta de estar sirviendo un alimento que puede llegar a producir consecuencias dañinas para la salud, no comete una acción delictiva si se limita a servir los alimentos, de acuerdo al pedido, cumpliendo su función de “buen mozo”, siempre se debe recordar que en este caso, su status no es el de

médico, sino el de mozo, es por esto que basta que el agente desempeñe bien el rol acorde al status que ocupa en esas circunstancias-.

Tomando el ejemplo anterior, el mozo nunca generará con su actividad de servir un riesgo no permitido, sino que lo hará aquél que tiene el rol asignado, de acuerdo a su posición de controlar la calidad y salubridad de los alimentos, a este último corresponde la responsabilidad.

Siguiendo esta línea de desarrollo, los autores sociologistas sostienen, como criterio de distinción entre la complicidad y la autoría a la “**competencia**”, aspecto que está íntimamente relacionado con el status y los roles esperados de los partícipes en la producción del suceso delictivo.

Para esta corriente autor será quién tenga la **competencia decisiva** sobre determinado ámbito de **organización** del hecho delictivo (esta es la tesis de Jakobs).

IV.3. Teoría Subjetiva:

Para este punto de vista **autor** es quien quiere cometer el delito por su propia decisión y por intereses personales –quiere el hecho como “propio”-, es decir que es quien actúa con “animus auctoris”. Mientras que **partícipe** será aquél que quiere la producción del resultado como “ajeno” –por voluntad de otro, él sólo coadyuva a la producción de ese resultado-, es decir que actúa con “animus socii”.

Esta teoría no se encuentra receptada en el Código Penal y basta ver el caso del artículo 80, Inc. 3º, para convencerse de ello. De acuerdo a la Tesis Subjetiva, el que mata por precio o promesa remuneratoria no sería autor del delito, sino cómplice –el verdadero autor sería el comisionante o promitente-.

V. EL SISTEMA DEL CÓDIGO PENAL:

Como referimos arriba, nuestra Legislación adoptó a los efectos de diferenciar la autoría de la complicidad la Tesis Formal-Objetiva.

En base al sistema establecido en el Libro VII del Título I del Código Penal, podemos distinguir las categorías siguientes en la Participación Criminal:

V.1.AUTORÍA -COAUTORÍA:

V.1.1. Autor:

Para el artículo 45 del C.P., **autor es el que pone en obra la acción o la omisión definida por la ley.**

El autor puede ejecutar el delito por sí mismo o valiéndose de cualquier instrumento.

Cada tipo delictivo equivale a una forma de autoría.

V.1.2. Autor Mediato:

Es el que ejecuta el delito valiéndose como instrumento de una persona que es inimputable o que actúa por error o violentada en su voluntad por medio de coacción.

Este concepto de autor mediato presupone las siguientes afirmaciones:

- El agente ejecuta el delito a través de otra persona –queda fuera el caso de dominación física, debido a que el forzado no actúa, sino que es actuado-;
- No se puede hablar de autoría mediata en el caso de delitos que requieren de determinadas condiciones subjetivas del autor –ánimo de lucro- o calidades especiales del autor –funcionario público- si no concurren en el agente, aunque las posea el tercero;
- Tampoco podemos decir que existe autoría mediata en el caso que el agente pretendiera valerse de un tercero que sólo puede cometer él mismo –el juez que quiere prevaricar sólo puede dictar él la sentencia-.

V.1.3.Coautor:

Es coautor, no quien realiza todos los actos que la consumación del tipo exige, sino el que cumple alguno o alguno de esos actos.

Para determinar si existe o no coautoría **habrá que estar a cada tipo específico**, por ejemplo, en el caso del tipo del **Robo** (art. 164 C.P.) no se habla solamente del **apoderamiento ilegítimo de una cosa mueble total o parcialmente ajena**; sino

que se refiere al apoderamiento ilegítimo que surge de **aplicar fuerza sobre las cosas o violencia física en las personas**. Es por esto que es tan autor de robo aquél que se apropia de la cosa como aquél encargado de forzar la cerradura de la puerta.

En estos casos, evidentemente, no se requiere que el coautor actualice todos los presupuestos del tipo, puesto que se trataría de un autor único, sino que lleve a cabo alguno o algunos de esos actos.

V.2. COMPLICIDAD:

V.2.1. Concepto:

Por complicidad se entiende la contribución no ejecutiva al tipo delictivo, es decir lo que **se vincula externamente a la conducta típica** -no como elemento interno de la misma (presupuestos ejecutivos u objetivos del tipo)- **como facilitación para la realización de esos presupuestos objetivos –no se trata de actos ejecutivos del tipo, eso es autoría-**.

El cómplice, es el que “ayuda” o “coopera” en la comisión del hecho delictivo. Por **ayuda** se entiende: “*la contribución espontánea –no acordada previamente- prestada por el cómplice al autor o autores para que el hecho se realice*”; mientras que al hablar de **cooperación**, nos referiremos a “*la contribución no espontánea, es decir, acordada previamente a la realización del hecho típico*”.

Según el sistema del Código Penal, la complicidad puede ser **necesaria** o **no necesaria**:

Se entiende por **cómplice necesario**: “**aquel partícipe delictivo sin cuyo auxilio o cooperación, el hecho no se podría haber verificado de la manera en que se verificó**” –siempre y cuando, obviamente, no estemos hablando de casos de coautoría- (art. 45 C.P.).

El mismo Cuerpo Legal define a los **cómplices no necesarios** como: “**los que cooperen de cualquier otro modo a la ejecución del hecho y los que presten una ayuda posterior cumpliendo promesas anteriores al mismo**”.

V.2.2. Responsabilidad de los cómplices:

Como ya referimos antes, la complicidad es accesoria –está irremisiblemente unida al hecho principal y, en principio sigue la suerte de éste-; pero esta accesoriadad está limitada subjetivamente.

Este límite subjetivo, según el artículo 47 C.P., está representado por **el hecho en el que el partícipe quiso cooperar** –“querer” **que debe surgir**, necesariamente, **de las circunstancias particulares de la causa** – o **prometió ejecutar**. Como dice el referido texto legal: *“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.”*.

Sobre esta regla citada se acepta que:

- Se aplica de igual modo tanto a la complicidad por auxilio como a la por cooperación;
- No se aplica a la coautoría, en atención a que el coautor –al ejecutar alguno de los presupuestos objetivos del tipo-no puede alegar una intención distinta a la producción del resultado injusto y,
- Tampoco se aplica a la instigación, debido a que el instigador nunca responde por el exceso del instigado; por lo tanto, para este caso, la regla sería innecesaria.

V.3. INSTIGACIÓN:

Es **instigador el que hubiese determinado directamente a otro a cometer un delito** (art. 45 C.P. In Fine).

Respecto de la instigación se puede decir que:

- Es una participación puramente psíquica;
- Si el autor estaba decidido a ejecutar el delito cometido, el 3º será responsable **en la medida de su auxilio o cooperación psíquica**;

- La determinación del autor al delito por el instigador supone la cooperación consciente, voluntaria y libre de ambos;
- No se puede hablar de instigación culposa;
- No se puede hablar, en principio, de instigación si el instigado no consuma el delito o, al menos, no lo intenta –excepciones a este principio serían los arts. 99, Inc. 1º y 209, ambos del C.P.-;
- **Determinar directamente quiere decir que la acción del instigador se encamine derechamente a lograr que el autor se resuelva a la comisión del delito** –no implica que, necesariamente, instigador e instigado deban coincidir en el tiempo y en el espacio-;
- La determinación al auxilio o cooperación en un delito no es considerada instigación, sino complicidad.

VI.PENALIDAD –ESCALAS-:

En nuestro Código Penal, las sanciones están repartidas, de acuerdo al nivel de participación que se trate, a saber:

VI.1. DELITO CONSUMADO:

A) En el caso de **autoría** –directa, mediata y coautoría-; **instigación** y **complicidad necesaria**, de acuerdo al artículo 45 del citado cuerpo legal; rige la pena establecida para el delito –**la misma para todos**-.

B) En caso de **complicidad no necesaria** y siguiendo con la interpretación de la cátedra que se expuso al hablar de tentativa, la escala que se aplicará será de:

- 2/3 DEL MÍNIMO y LA MITAD DEL MÁXIMO de la escala penal correspondiente al delito consumado de que se trate;
- Si la pena fuere de reclusión perpetua, se aplicará reclusión de quince a veinte años;
- Si la pena fuere de prisión perpetua, se aplicará prisión de diez a quince años.

VI.2. DELITO TENTADO:

A) si se da el caso del artículo 45 C.P. –autoría, instigación y complicidad necesaria-, se aplican las reglas del artículo 44 C.P. –que rige la tentativa-;

B) en caso de complicidad no necesaria, se aplican a la escala del punto anterior las reglas de la tentativa.

VII. COMUNICABILIDAD DE LAS RELACIONES, CIRCUNSTANCIAS O CALIDADES PERSONALES.

Los partícipes, **necesariamente**, cargan –siempre con la limitación subjetiva del art. 47- con todo lo que son **los elementos del delito** -este concepto refiere a los componentes y características, no independientes, que atañen a la figura delictiva en sí, no cualidades que sólo afectan al autor, por estar sólo relacionadas con él-.

En relación con **los accidentes de naturaleza personal determinantes respecto de la responsabilidad de los partícipes en el delito**, el socio delictivo **no necesariamente** carga con éstos, sino en la medida de lo que dispone el art. 48 del Código Penal.

El concepto del párrafo anterior implica que estos accidentes no se refieren a la aplicación de la pena, sino que las alteran o las dejan de lado por su efecto sobre la criminalidad del hecho cometido.

No forman parte de estos accidentes:

- Las calidades personales del autor que especializan el delito –por ejemplo, la condición de funcionario público en la malversación de caudales públicos –art. 260 C.P.-;
- Las circunstancias o agravantes de los arts. 40 y 41 del C.P. –porque son las que se refieren a la aplicación de la pena-;
- Las calidades agravantes personales generales, como es el caso de la condición de reincidente de uno de los partícipes –art. 50 C.P.-;
- Ni las calidades personales que excluyen la capacidad delictiva -minoridad o inimputabilidad-.

Una vez delimitado el concepto de “*accidentes de naturaleza personal determinantes respecto de la responsabilidad de los partícipes en el delito*”, podemos introducirnos correctamente en el texto del artículo 48 del C.P. que dice: “*Las relaciones, circunstancias y calidades personales, cuyo efecto sea disminuir o excluir la penalidad, no tendrán influencia sino respecto al autor o cómplice a quienes correspondan. Tampoco tendrán influencia aquellas cuyo efecto sea agravar la penalidad, salvo el caso en que fueren conocidas por el partícipe.*”.

De la definición que nos da el art. 48 C.P. se derivan dos importantes conclusiones:

- **La relación de comunicabilidad** de relaciones, circunstancia o calidades personales **sólo se de autor a partícipe** – nunca de partícipe a autor-;
- Las circunstancias o calidades agravantes de la pena, sólo serán comunicables al partícipe **si fueron conocidas por éste**.