

Universidad del Azuay

Cuenca – Ecuador

Gabriela Arévalo Toledo

Especialización en Derecho Penal

La Autoría y La Participación en Materia Penal

Tutor

Dr. Jorge Morales Álvarez

24 de Julio de 2013

Resumen

Muchas de las ocasiones dentro del ámbito Penal, únicamente pensamos que a cada ilícito le corresponde una pena como una forma de sanción, pero casi nunca nos detenemos a pensar si la pena impuesta es proporcional al hecho cometido, problema que generalmente podemos verlo, cuando en un hecho delictivo, intervienen varias personas que realizan diferentes aportes para consumir el hecho.

Por lo que dentro del presente trabajo, buscaré delimitar cada una de las formas de participación, marcando una clara diferencia entre “el autor” y “el partícipe”; entendiéndose al *autor* a quien se le puede imputar el hecho, como aquel que busca y quiere el resultado como suyo, y ya sea de forma directa, mediante otro o por la división del trabajo busca obtener un resultado certero; y *partícipe* a aquel que no teniendo dominio del hecho, presta ayuda accesoria y dependiente del hecho principal.

ABSTRACT

In the criminal field in many occasions we only think about the fact that for each illicit there is a punishment in the way of a sanction. However, we hardly ever stop to think if the punishment is proportional to the offense. We can observe this when several people take part in a criminal act and have different levels of participation in it.

Therefore, in the present work I will attempt to define the level of participation. I will establish a clear difference between the “author” and the “participant”. The author is the person that has been imputed of a criminal act. He seeks and wants to receive recognition for it whether it is in a direct or indirect manner, through another person or by dividing the job in order to obtain a precise result. The participant is the person who does not have domain over the act, but provides help, advice, and assists during the principal act.

Índice

Abstract.....	2
Introducción.....	5
Antecedentes.....	6

CAPITULO I

Autor.....	8
Teoría para definir el concepto de autor.....	9

Clases de autoría

Autoría directa o individual.....	10
Coautoría.....	11
Coautoría funcional.....	11
Autoría concomitante.....	11
Autoría coadyuvante.....	12
Autoría mediata.....	12

La participación.....	15
Punibilidad de la participación.....	16
Teoría de la participación en la culpabilidad o la llamada teoría de corrupción.....	16
Teoría de la participación en el injusto.....	17
Teoría de la causación.....	17
Teoría de la participación en el ilícito.....	17
El dolo.....	19
Formas delictivas especiales.....	19
La complicidad.....	20
Momento de prestación de ayuda.....	21
Causalidad y dolo.....	21

Clases de complicidad	
La inducción.....	22
Diferencia entre instigación e instigación aparente.....	22
Elementos de la Inducción.....	22
Medios y formas de inducción.....	23
Dolo.....	23
Agente provocador.....	24
La acción del inducido y el exceso del autor principal.....	24
La Autoría y La Participación en los delitos especiales.....	25
El Dominio del Hecho.....	25
Infracción del Deber.....	26
Argumentos en pro y en contra de la Teoría de la “Infracción del Deber”.....	29
Dominio del hecho por dominio de la voluntad dentro de las estructuras organizadas de poder.....	32
Regulación de la Participación en el Código Penal Argentino.....	35
Conclusiones.....	37
Bibliografía.....	39

LA AUTORÍA Y LA PARTICIPACIÓN EN MATERIA PENAL

INTRODUCCIÓN

Siempre nos hemos preocupado de delimitar cuáles son las acciones u omisiones que pueden ser calificadas como infracciones y de imponer una pena para cada una de ellas, pero muy raras veces nos preguntamos cuál es el grado de responsabilidad que tiene quien comete un delito, pues no presenta mayor problema cuando concurre uno solo en la realización del hecho típico, el problema surge cuando en la realización concurren varias personas dentro del mismo hecho, en determinar quién o quiénes han intervenido como autores y quienes han prestado la ayuda necesaria en su caso los partícipes, por eso dentro del presente trabajo que lo he denominado “La Autoría y la Participación” buscaré explicar cuáles son los grados de participación, buscando las tendencias doctrinarias más aceptadas para distinguir estos dos tipos de responsabilidad.

El principal problema se presenta cuando en un hecho delictivo han participado varias personas, determinar quién de ellos ha actuado como autor y quienes han colaborado como partícipes, entendiéndose que autor será quien ha realizado todos los hechos idóneos para la obtención de un resultado que ha buscado como suyo y los partícipes quienes han prestado la colaboración necesaria para la consumación del hecho pero independientemente del resultado que se obtenga.

Pero también cabe indicar que existen delitos específicos que para que puedan realizarse como tal, requieren de la conducta de por lo menos dos autores como fue en cierto momento El Adulterio y el Duelo disposiciones que a la fecha se encuentra derogadas pero que en su tiempo tuvieron plena vigencia en nuestra legislación penal “aunque no siempre se requiera de todos una conducta ‘delictuosa’ (p.ej., el ‘partícipe’ del adulterio puede desconocer que yace con una mujer casada”¹, e inclusive de la participación necesaria de varias personas como es el caso de las Asociaciones Ilícitas regulado en el Art 369 del Código Penal.

¹ CARLOS CREUS, Derecho Penal Parte General, ob. Cit, pág. 393.

ANTECEDENTES

La diferenciación terminológica de "autor" e "instigador", y con ello la actual división de "autor", "instigador" y "cómplice", es relativamente moderna, ya que procede del siglo XIX.

En el siglo XVIII, afirma Hruschka, se diferenciaba únicamente entre auctor delicti y socius delicti, por lo cual también ya a comienzos del siglo XIX se utilizaban regularmente sólo dos sustantivos, "causante" y "cómplice".

Pero dentro de la idea de causante se distinguía entre el "causante físico" y el "intelectual". El causante físico, según la opinión de Feuerbach, "es aquél que ha cometido, a través de sus propias fuerzas, inmediatamente la acción que acarrea el concepto de infracción". Y causante intelectual "es la persona que ha influido directamente en la producción del hecho, ya que por propio interés en el hecho ha logrado determinar la voluntad de otro a la producción del efecto antijurídico.

En 1820, la cuestión sufre una nueva modificación con Mittermeier, quien propone designar al "causante físico" con la palabra autor (Thater), ya que antes de esa fecha dicha expresión no era casi utilizada.

A mitad de siglo la expresión se generaliza, pero sólo para designar al actuante inmediato, y al llamado "causante intelectual" se lo comienza a llamar de manera ocasional "instigador".

Afirma Hruschka que el término técnico aparece en Anton Bauer quien, en el esbozo de un libro de Derecho Penal para Hannover en 1825, utiliza la palabra "instigador" para "todos aquellos" "que han inducido a otro en forma premeditada a la perpetración del delito".

Bauer justificaba la expresión "instigador" afirmando que es más clara que la de "causante intelectual". De ahí en más, algunos Estados han tomado de la legislación de Hannover la palabra "instigador" en sus leyes, que ya en la mitad del siglo fue aceptada por los doctrinarios.

Pero queda claro que las expresiones "causante físico" y "autor", así como "causante intelectual" e "instigador", son encontrados respectivamente como sinónimos y usualmente utilizados.

En 1858 escribe Halschner que el concepto de la autoría intelectual es contradictorio cuando entre la actividad del causante intelectual y la del causante físico se acepta "una causalidad abstracta".

"Cuando por parte del causante físico es necesariamente exigida una acción libre, entonces la voluntad tiene su fundamento en él mismo y no en la voluntad del instigador". "La actividad del causante intelectual reside", según Halschner, "sólo en un determinar a la autodeterminación". El beneficio está en "tenerlo expresado clara y fundamentadamente", escribe Halschner.

Diez años más tarde Langenbeck afirmaba: "causante intelectual o instigador se acostumbra a nombrar a aquel que determina la voluntad de otro intencionalmente a la perpetración del delito. Exactamente así tomada no iría esa definición, porque no puede hablarse de la determinación de la voluntad de otro, porque entre causa y resultado [...] estuvo siempre en el medio la libre autodeterminación del instigado".

Y en la nota al pie de página, afirma Hruschka, se aclara: "El sujeto determinante se comporta de manera comparativa sólo a lo determinado, como causa al resultado, la voluntad del segundo sujeto no sería más voluntad, no sería más libertad si la voluntad del primero se condujo sencillamente como causa hacia él; porque la causa necesita el resultado".

También aparece, en los autores de mitad del siglo pasado, otro problema que es denominado "instigación aparente". Existen casos, escribe Langenbeck, para los cuales "sólo existe instigación aparente", porque el autor no "aparece como sujeto actuante libre". La utilización de un "incapaz de imputabilidad subjetiva", "la provocación o la utilización de una equivocación en actuantes inmediatos", "vía absoluta", "los casos donde el autor intelectual sobre el hombre de adelante" "influye de alguna manera [...] y son equiparables jurídicamente a fuerza irresistible". La pregunta es por qué esos casos no son de instigación. La respuesta decisiva la da Kostli ya en 1845. El llamado instigador aparente está más aislado, por lo tanto, para considerarlo también como

causante físico. Este causante físico no realiza ninguna acción por sus medios, sino que aparece como un obrar de causas naturales, y sólo como un efecto de la acción del primero.²

CAPITULO I

AUTOR Y PARCICIPE

1.1 AUTOR

Edgardo Donna en su obra *La Autoría y La participación Criminal* define “Cuando hablamos de autor nos referimos al sujeto a quien se le puede imputar el hecho como suyo, aquel que lo realiza y del que puede decirse que “ese hecho le pertenece” en su generalidad.” definición que en un principio resulta clara y precisa pero que en muchos casos resulta muy difícil poder identificar al autor, y aún más determinar cuál fue la verdadera intención con que actuó si en el caso intervienen varias personas que realizan deferentes aportes para consumar el hecho, podemos el ejemplo que nos trae Donna en su obra *Autoría y La participación Criminal* “supongamos que con el fin de asesinar a X, A, mediante el pago de una suma de dinero, dio el impulso inicial, en tanto C consiguió las armas, B averiguó la oportunidad más adecuada para la comisión del hecho, D efectuó el disparo mortal y E consiguió un vehículo motorizado con el cual F ayudó a D a huir con posterioridad a la perpetración del delito” ante la concurrencia de todas estas personas resulta más complejo definir quién o quienes actúan como autores, por lo cual es necesario que dentro de la doctrina exista parámetros claros y aún más en las legislaciones defina de una manera clara lo que deberá entenderse como autor así Donna cita a “Jescheck, en similar sentido, afirma que la clasificación de las manifestaciones de la intervención en la acción punible no es cosa que queda al libre criterio del legislador o del juez. Se trata, por el contrario, de la descripción de

² EDGARDO DONNA, *La Autoría y La Participación Criminal*, ob. Cit, pág. 123.

procesos vitales que a través de su sentido social se encuentran también cumplidamente determinados para el enjuiciamiento jurídico. Conceptos como autoría, autoría mediata, coautoría, inducción y complicidad han sido acuñados de antemano por la naturaleza de las cosas, y de ahí que jurídicamente deban conservar un contenido que se corresponda con su comprensión natural”

1.2 TEORIA PARA DEFINIR EL CONCEPTO DE AUTOR

En principio y como un concepto aceptado se determinaba el concepto de autor en dos acepciones; *la primera* “se puede considerar autor a cualquier sujeto que haya cooperado de algún modo en el hecho, sin hacer ningún tipo de diferenciación entre los distintos aportes de los intervinientes. A esta posición responde el llamado concepto unitario de autor”, basada en un proceso netamente causal en el cual toda contribución lo convertiría en autor, sin importar su grado de participación así como tampoco el interés que tenga cada uno en la consumación del acto. Busca completamente realizar una distinción entre ellos, sino únicamente basarla en la llamada “medición judicial de la pena” en la que el Juez no debe analizar si es autor o participe sino imponer la sanción en base se la importancia y significación de la aportación para la consumación del acto delictivo.

La principal crítica que presenta esta teoría se basa en los delitos llamados especiales ya que para que pueda consumarse la realización de ciertos tipos penales como por ejemplo “el prevaricato” el autor tiene que reunir ciertos requisitos especiales y al intervenir otro que no reúna dichos requisitos será absurdo considerarlo como autor de prevaricato a quien no tendría dicha potestad.

La segunda, “...es distinguir varias formas de intervención según el grado e importancia material de los aportes realizados. Desde este punto de vista se procede a diferenciar al autor del resto de los partícipes, atribuyendo aquel carácter sólo a la figura central del hecho.”³, quizá la teoría más aceptada, pero la que también más inconvenientes presenta dada las diversa teorías existentes sobre la misma, llamadas

³ EDGARDO DONNA, La Autoría y La Participación Criminal, ob. Cit, pág. 13.

las teorías diferenciadoras que divide en; una *teoría Subjetiva*, en la que “será autor el que actúe con *animus auctoris*, y participe, el que lo haga *animus socii*”⁴ esta teoría se basa en que objetivamente resultaría imposible determinar la intervención de cada uno de los sujetos, siendo necesario establecer cuál es el ánimo con el actúa cada uno de ellos, al establecer si el hecho lo quería como suyo (voluntad de realizarlo) o si simplemente prestaba la colaboración para que otro pueda consumarlo. Donna en su obra *La Autoría y la Participación Criminal* cita a Roxin “Si el autor quiere llevar a la consumación su propio hecho, pero el partícipe sólo quiere apoyar un hecho ajeno, el del autor, sólo cabe aquí hallar el sentido de que el partícipe únicamente puede tener una voluntad dependiente de la de la del autor, dejando a criterio de éste si el hecho se va a consumir o no. Frente a esta voluntad dependiente del partícipe, el coautor no reconoce la voluntad superior a la suya. Más bien su voluntad es de igual categoría que la de los demás coautores, y ciertamente, según su parecer, el delito ha de materializarse con la cooperación de éstos, sin que no obstante considere tales voluntades como determinantes de la propia”⁵

Por otro lado una *Teoría Objetiva*, en la que “considera como autor a quien ejecuta personalmente, ya sea total o parcialmente, la acción típica descrita en los tipos de la parte especial. En caso de que el delito sea pluriactivo, será autor el que realice aunque sea alguno de los elementos típicos. Desde este punto de vista sólo se tiene en cuenta si el sujeto realiza de propia mano el verbo típico”⁶

1.3 CLASES DE AUTORIA

AUTORIA DIRECTA O INIVIDUAL: “quien ejecuta por sí mismo la acción típica, aquel cuya conducta es subsumible, sin más, en el tipo de la parte especial”⁷ debiendo definirlo quien lo ejecuta por su propia mano, teniendo el dominio total de

⁴ EDGARDO DONNA, *La Autoría y La Participación Criminal*, ob. Cit, pág. 17.

⁵ ROXIN citado por EDGARDO DONNA, *La Autoría y La Participación Criminal*, ob. Cit, pág. 19.

⁶ EDGARDO DONNA, *La Autoría y La Participación Criminal*, ob. Cit, pgs 24 y 25.

⁷ EDGARDO DONNA, *La Autoría y La Participación Criminal*, ob. Cit, pg. 41.

acción, muchos doctrinarios concuerdan en que sería el único requisito para considerar la autoría directa.

COAUTORIA: “según el plan de los intervinientes, se distribuyen las aportaciones necesarias para la ejecución, sea en todos los estadios del delito, sea entre los distintos estadios, de manera que personas no participantes de la ejecución co-determinan la configuración de ésta o el que se lleve o no a cabo”⁸ este criterio basa su fundamento en dos requisitos indispensables; el primero, en la decisión común del hecho y la segunda; en la intervención de cada uno de ellos con el ánimo de autor.

COAUTORIA FUNCIONAL: “...lo importante es la división del trabajo, sin la cual la comisión del tipo penal sería irrealizable... cada uno de los coautores tiene en sus manos el dominio del hecho, a través de su función específica en la ejecución del suceso total, porque como el plan concreto incluye su aporte, sí el no hace su parte el hecho fracasa”⁹ este tipo de coautoría se limitaría únicamente a los hechos dolosos, ya que existe un consentimiento, planificación y una división de trabajoⁱ dirigidos a obtener un fin común.

Por lo que debe quedar claro que existe un co-dominio del hecho, en que todos buscan el cumplimiento de un fin, independiente que todos lo ejerzan al mismo tiempo ya que las aportaciones pueden darse en tiempos distintos.

AUTORÍA CONCOMITANTE: “...un obrar conjunto de varios sujetos sin acuerdo recíproco en la producción de un resultado, con lo cual el hecho de cada uno se aprecia y juzga en sí mismo. Verbigracia: **A** golpea a **B** y lo deja inconsciente, retirándose. Llega **C** y al verlo inconsciente aprovecha para sustraerle la billetera. **A** será sancionado por el delito de lesiones y **C** por hurto, mientras que si se hubiera puesto de acuerdo y realizado los actos de este modo en base a la

⁸ EDGARDO DONNA, La Autoría y La Participación Criminal, ob. Cit, pg. 42.

⁹ EDGARDO DONNA, La Autoría y La Participación Criminal, ob. Cit, pg. 43.

división del trabajo, ambos serían punibles como coautores del delito de robo”¹⁰ a diferencia de lo que sucede en la coautoría no existe un acuerdo de voluntades para ejecutar un fin común, lo existe es autoría separada de cada uno de ellos en la ejecución del ilícito.

AUTORÍA COADYUVANTE: entendiéndose como autor coadyuvante al colaborador necesario, que actúa en forma deliberada e intencional, sin la cual no se hubiera ejecutado el hecho ilícito, manteniendo vínculo con la ejecución de manera principal y desde el inicio del plan con el autor principal. Considerándose el aporte o la función que cumple el mismo indispensable y sin la cual jamás se hubiera podido consumir el hecho.

AUTORIA MEDIATA: “El autor mediato no causa o colabora en un hecho ajeno, sino que realiza por sí mismo el hecho propio, aunque mediante la incorporación de otro ser humano como sujeto en sí idóneo para la comisión responsable del hecho.”¹¹ Existen circunstancias en las que el autor no ejecuta directamente el hecho punible, sino que se vale de otro quien inducido ya sea por error o fuerza como un instrumento para cometerlo, aquí su voluntad se encuentra sometida a la del autor mediato.

La autoría mediata se basa en el dominio del hecho ya que tiene en sus manos el curso del acontecimiento pues conoce y quiere dicho dominio, buscando realizarlo por medio de un tercero a quien lo dirige en la realización del acto.

La Autoría Mediata en los delitos especiales, para Roxin se basa en que solo cierto grupo de personas pueden ser autores en determinados delitos, personas que se encuentran determinadas y delimitadas, de forma que extraños no podrían ser autores directos, mediatos o coautores, ya que solo ellos tienen un deber que los demás no poseen el mismo que nace de otras ramas del Derecho sin importar si se dan por acción u omisión. Esta teoría fue duramente criticada al considerar que

¹⁰ EDGARDO DONNA, La Autoría y La Participación Criminal, ob. Cit, pg. 44.

¹¹ EDGARDO DONNA, La Autoría y La Participación Criminal, ob. Cit, pg. 46.

únicamente se estaba dando un desvalor de la acción y no de resultado, y la dificultad que resultaría el tratar de distinguir entre delito consumado y tentativa, y en vaguedad de los deberesⁱⁱ.

Para este tipo de autoría tomaremos a Edgardo Donna quien establece que existen tres formas de autoría mediata:

a) Autoría mediata frente a actuaciones no típicas del autor mediato. La teoría de Roxin: el dominio de la acción, dominio de la voluntad.

a.1) “...los casos de falta de acción del intermediario. Es el supuesto de la utilización del ser humano como proyectil”.

a.2) Casos en que el instrumento actúa sin dolo (dominio de la voluntad por error)

“Afirma Roxin que la situación en que el sujeto de detrás se sirve de un instrumento bajo error para cometer un delito...el autor inmediato, por su falta de dolo, no puede ver los hechos tal como son y, debido a ello, tampoco puede oponer resistencia al autor de atrás que maneja maliciosamente los hechos; el ladrón que le pide a un tercero que le acerque que le acerque una cartera y éste cumple con el pedido, sin sospechar que en realidad está sustrayendo una cartera ajena. La tercera persona es una herramienta ciega del autor, un instrumento de la voluntad de aquél, debido al error de tipo. El dominio de la voluntad se funda en el mayor conocimiento que tiene el autor mediato de la circunstancias del tipo con respecto al instrumento, ya que ambos conocen las circunstancias en igual medida no hay posibilidad de dominio de la voluntad del otro.

...el dominio de la voluntad se funda en el mayor conocimiento que tiene el autor mediato de las circunstancias del tipo con respecto al instrumento, ya que si ambos conocen las circunstancias en igual medida, no hay posibilidad de dominio de la voluntad del otro.

Otro ejemplo de autoría mediata es el caso ‘Bahía de Gansos’. Un campesino, con intención de apropiárselos, le ordena al empleado que traiga unos gansos ajenos detrás de su cerca. Obsérvese que no hay inducción al hurto, ya que el empleado, según la interpretación de Hirsch, no tiene intención de apropiarse de

los gansos. En este caso, se puede armar una construcción de la teoría de la autoría mediata. El autor carece de la voluntad de apropiación, en cambio sí la tiene el hombre de atrás, quien poseía el dominio con relación de la acción de apropiación

- b) La autoría mediata y la actualización lícita del instrumento (dominio de la voluntad, según Roxín)

Se utiliza como instrumento a una persona que actúa amparada por una causa de justificación, de manera que la conducta lícita del instrumento no excluye la responsabilidad del hombre de atrás.

Es el caso del particular que señala un sujeto a un funcionario policial, diciéndole que es quien lo acaba de asaltar, para que éste lo detenga. El policía lo detiene y con ello actúa, si bien como víctima de un error, jurídicamente.

Sólo existe responsabilidad como autor mediato frente a una actuación lícita del instrumento cuando el hombre de atrás tiene el dominio del hecho y no está cubierto por la causal de justificación aplicable al intermediario.

De allí que será autor mediato la persona que incite a un enfermo mental para que mate a un tercero, y éste lo mata en legítima defensa. Por ejemplo, A incita a un enfermo mental B, a quien él desea eliminar, a atacar a C, y éste lo mata en legítima defensa

Por el contrario, la autoría mediata queda excluida, por la falta de dominio del hecho, cuando ha o el que está detrás no ha creado la situación de legítima defensa: quien aconseja al agredido de manera antijurídica para que realice una acción de defensa o de ayuda participa de manera no punible en un hecho principal que se ajusta a Derecho, aun cuando a él le importe menos la salvación del agredido que la lesión del agresor.

- c) Autoría mediata en los casos de ausencia de responsabilidad del instrumento (dominio de la voluntad en Roxin)

También se dará un supuesto de autoría mediata cuando el instrumento actúe típica y antijurídicamente pero no le sea exigible una conducta adecuada a la norma...es la fuente de peligro bajo cuya presión el instigado comete su acción.

También es el caso del sujeto que actúa coaccionado, esto es, bajo amenaza de muerte, a cometer un hecho punible. Se ha considerado que el autor inmediato obra como un instrumento pues no tiene libertad de acción.

...el llamado autor de adelante tiene un mínimo de libertad, pero está no le alcanza para dejar de ser un instrumento del autor de atrás, ya que es una libertad irrelevante para el Derecho. Sería el caso de la mujer embarazada A que es obligada por B, mediante amenazas graves, a ingerir un medio abortivo. La mujer es la ejecutora del aborto, pero no tiene responsabilidad por el hecho. B no es mero instigador, sino autor mediato, pues detentó el dominio superior sobre el curso de la acción a través de la presión coactiva sobre A. también es el caso del padre que es obligado, mediante el secuestro de su hijo, a transportar estupefacientes hacia una ciudad del extranjero, bajo amenaza de que si no lo hace matarán a su hijo. Cuando el padre transporta los estupefacientes en esas condiciones, si bien lo hace con un mínimo de libertad, ésta no es suficiente para hacerlo responsable por su hecho, pues quien mantiene el dominio final es el secuestrador.

En estos ejemplos se plantea, el problema de por qué no imputarle al autor de atrás la inducción, en base a la teoría de la accesoriedad limitada. Hirsch responde a esta posición afirmando que se trata de un caso de autoría mediata, ya que la acción del sujeto de adelante es una acción no libre, precisamente en el sentido estructural prejurídico. No hay una decisión por propia voluntad, sino por una imposición inevitable que es por el autor de atrás en la formación de su voluntad”¹²

2 LA PARTICIPACIÓN

“Partícipe es aquél que no tiene el dominio del hecho, aunque haya tomado parte en él. Por eso es cierta la afirmación de que el partícipe no debe haber tenido dominio del hecho o no haber estado obligado por el deber especial en los delitos de infracción al deber”

¹² EDGARDO DONNA, La Autoría y La Participación Criminal, ob. Cit, pgs. 51 a 57

Lo que se deberá entender como una contribución a la realización del delito del autor en un hecho ajeno, que no son acciones por si solas, sino que siempre se darán en base al actuar del autor.

PUNIBILIDAD DE LA PARTICIPACIÓN

“...condición esencial de la participación es que el partícipe no haya realizado la acción típica, es decir, no debe haber tenido el dominio del hecho principal... la participación no da la lugar a un tipo autónomo, aun delito en sí, sino a un ‘tipo de referencia’ o ‘concepto de referencia’. No es posible entonces la participación si no se la conecta a un hecho punible cuyo autor es otro, distinto del partícipe”.¹³

Siendo la participación necesariamente accesoria y dependiente de la existencia del hecho principal.

Bokelman autor citado por Donna define que dicha accesoriidad no nace de la ley, sino que ella está en la naturaleza misma de la cosa.

Si bien Donna afirma que existe un consenso en la accesoriidad, afirma que no lo hay sobre la dependencia del hecho principal por lo que clasifica las siguientes teorías:

1. Teoría de la participación en la culpabilidad o la llamada teoría de corrupción.

“...el fundamento de la punibilidad de la participación reside en la culpabilidad del partícipe respecto de la corrupción del autor, es decir, la influencia del que participa en el que actúa, de lo que se deriva su culpabilidad y su pena”.¹⁴

Con lo cual la medición de la responsabilidad de la pena del partícipe siempre dependerá de la existencia y medida del autor.

¹³ EDGARDO DONNA, La Autoría y La Participación Criminal, ob. Cit, pg. 93

¹⁴ EDGARDO DONNA, La Autoría y La Participación Criminal, ob. Cit, pg. 94

2. Teoría de la participación en el injusto.

“...el fundamento de la punición está dado porque la acción del partícipe hace posible el injusto del autor”.¹⁵

3. Teoría de la causación.

“...del aporte causal de partícipe en la realización del hecho. ‘No es el injusto del autor lo que se le imputa al partícipe, sino la causación de aquel resultado que constituye el resultado del hecho del autor’. La circunstancia de que el aporte causal del partícipe se canalice a través del autor determina su mayor distancia en la relación al resultado y, por lo tanto, su menor punibilidad”.¹⁶

4. Teoría de la participación en el ilícito.

“...la esencia de la participación está en la motivación o en el apoyo de un ilícito típico ajeno, sin consideración de la causalidad del aporte del partícipe para la punibilidad, ni tampoco de si la causalidad debe ser reconocida como elemento esencial fundante de la pena junto a otros”.

Jakobs afirma dentro de la obra *Autoría y Participación criminal* de Edgardo Donna que “la ley sólo describe la actividad del autor, por ende, la punibilidad del partícipe es una ampliación de la punibilidad. Si bien el hecho no le pertenece, el partícipe ‘tiene sólo una parte en el hecho, sólo que reducida cuantitativamente. La ejecución del hecho principal no es sólo ejecución para el interviniente en concepto de autor, sino también para el partícipe... de modo que ‘sin el hecho principal la participación no es materialmente delito; aisladamente, no pasa de ser un acto interno entre los intervinientes, pero sin llegar a constituir una perturbación exteriorizada; sólo el hecho principal exterioriza el comportamiento del partícipe’”.¹⁷

a) Accesoriedad de la participación

¹⁵ *Ibíd*em

¹⁶ EDGARDO DONNA, *La Autoría y La Participación Criminal*, ob. Cit, pg. 95

¹⁷ EDGARDO DONNA, *La Autoría y La Participación Criminal*, ob. Cit, pg. 96

“La participación tiene carácter accesorio porque presupone tomar parte en un hecho ajeno. Accesoriedad significa la dependencia del hecho de los partícipes del hecho del autor”.¹⁸

b) *Dependencia del grado de realización*

“Afirma Cerezo Mir que la dependencia de los partícipes está en función de los autores, y que ella se manifiesta en dos aspectos diferentes que lleva a que se hable de accesoriedad cuantitativa y accesoriedad cualitativa.

La accesoriedad cuantitativa implica que el hecho del autor debe haber tenido comienzo de ejecución el hecho es impune.

...en cuanto a la accesoriedad cualitativa, esta se refiere a la dependencia de la responsabilidad de los partícipes, respecto del autor. Sobre el punto de han dado las siguientes teorías:

b.1 Accesoriedad mínima: requiere que el hecho principal sea típico.

b.2 Accesoriedad limitada: exige que el hecho principal sea típico y antijurídico.

b.3 Accesoriedad externa: requiere que el hecho principal sea típico, antijurídico y culpable.

b.4 Hiperaccesoriedad: va más lejos y exige que también las circunstancias personales agravantes y atenuantes del autor del hecho principal beneficie o perjudique al partícipe.

b.5 Que la accesoriedad se relacione con el hecho típico, antijurídico, y que exista responsabilidad por el hecho.”

c) *La dependencia del dolo del autor*

“En cuanto a la dependencia del dolo del autor del hecho principal en la instigación o inducción, ella está impuesta por su propia naturaleza. Instigar es determinar a otro a que decida realizar un hecho antijurídico. Lo mismo ocurre con la

¹⁸ EDGARDO DONNA, La Autoría y La Participación Criminal, ob. Cit, pg. 97

complicidad, qué solo es posible en relación a un hecho principal en el cual el autor tenga el dominio del hecho, lo que sin dolo no es posible”.¹⁹

EL DOLO

El dolo se entiende como la conciencia y voluntad de causar un daño por lo que “No sólo el autor principal debe actuar con dolo, sino también el partícipe, quien debe realizar su aporte en forma dolosa” (DONNNA, 2002) la doctrina considera que es suficiente un dolo eventual, ya que si la complicidad fuere imprudente estaríamos frente a una complicidad impune, no siendo necesario para Donna que exista un acuerdo expreso y anterior al hecho, basta que sea tácito y simultaneo; ya si la actuación del autor excede del dolo del partícipe existiría un exceso cualitativo²⁰.

FORMAS DELECTIVAS ESPECIALES

Donna clasifica y define tres formas delictivas especiales dentro de la participación:

1. *Participación en el delito de omisión impropia*: omisión entendida como equivalencia de una acción, se puede afirmar que existe la llamada acción de omisión, cuando la lesión a un bien jurídico es provocada mediante inactividad corporal. La participación por comisión en el delito de omisión es rechazada, por parte de la doctrina quienes según Donna niegan la existencia del dolo omisivo, por otro lado agrega el autor que otra parte de la doctrina ha admitido la coautoría en este tipo de delitos, si varias personas ocupan la posición de garantía, cita el ejemplo de Cerezo, cuando los dirigentes de una sociedad de responsabilidad limitada acuerdan no retirar el producto nocivo del mercado.

Siendo las únicas formas, ya que afirma que no es posible, la autoría mediata en los delitos de omisión, la autoría mediata

¹⁹ EDGARDO DONNA, La Autoría y La Participación Criminal, ob. Cit, pg. 99

²⁰ EDGARDO DONNA, La Autoría y La Participación Criminal, ob. Cit, pg. 100

es hecho propio del hombre de atrás, no importa qué deberes incumbía al instrumento; la inducción tampoco es posible en este tipo de delitos, la inducción en los delitos de omisión es inconcebible ya que no existe modo de suscitar la decisión del hecho.

2. ***Participación en delitos especiales:*** la participación de sujetos extraños en delitos especiales es posible. Si se trata de un delito especial, como por ejemplo un delito propio de un funcionario público, al participe le será aplicada la pena del intraneus, aunque debería ser atenuada. Pero, si se trata de un delito especial en sentido amplio, por ser una cualidad agravante de la pena el extraño sólo será penado de acuerdo con el delito base sobre el cual se construye el respectivo tipo especial en sentido amplio.
3. ***Participación en la tentativa:*** la participación en la tentativa de la participación intentada, en la primera el acto de participación tuvo éxito, en tanto el hecho principal ha fracasado, en cambio la segunda, la participación ha fracasado, sea porque el autor principal no ha mostrado inclinación al hecho, sea porque ha rechazado la ayuda ofrecida.

2.1 LA COMPLICIDAD

“...el cómplice es aquel que interviniendo de cualquier manera en el hecho, sin el dominio funcional ni con las características de autor idóneo, participa en el hecho de otro y es cómplice”²¹

²¹ EDGARDO DONNA, La Autoría y La Participación Criminal, ob. Cit, pg. 107

MOMENTO DE PRESTACION DE AYUDA

Para Carlos Creus el momento de la acción que convierte al sujeto en partícipe por complicidad, puede darse *antes de la ejecución del hecho* (en los actos preparatorios), en el contexto de ejecución interviniendo en ella con actos de suyo no integrativos de la acción típica, como hemos visto, o *después de la consumación*, siempre que su actividad contributiva haya sido prometida por él antes de la consumación, es decir con anterioridad al comienzo de la ejecución o durante el transcurso de la ejecución.²²

CAUSALIDAD y DOLO

Así también señala que los principios básicos que rigen a la complicidad son fundamentalmente dos: la primera la accesoriedad, en la que se requiere que la actividad u omisión del cómplice debe constituir un aporte al hecho del autor, en la cual debe aparecer una *circunstancia objetiva* como un aporte que ingrese efectivamente en la mecánica causal del delito, *una circunstancia subjetiva* como el querer contribuir a la acción del autor y *una circunstancia jurídica* que el aporte no exige coincidencia en cuanto al tipo-figura específico, pero sí en cuanto a la acción básica común a distintos tipos. La segunda la exterioridad que conjuga dos circunstancias: la manifestación de la acción del autor mediante actos de ejecución, en los que como mínimo se hayan alcanzado la etapa de la tentativa, aunque éste no tiene que ser de carácter material ya que puede tratarse de una complicidad intelectual; y la revelación de la complicidad en el mundo exterior, es decir que no quede reducida ni al mundo de las ideas del cómplice, ni al mundo de las ideas del autor; el simple compromiso del agente de actuar como cómplice de la ejecución del hecho no constituye complicidad; aun la promesa de ayuda posterior a la consumación que no se transforma en acto objetivo.²³

²² CARLOS CREUS, Derecho Penal Parte General, ob. Cit, pág. 412.

²³ CARLOS CREUS, Derecho Penal Parte General, ob. Cit, págs. 412 y 413

CLASES DE COMPLICIDAD

2.2 LA INDUCCIÓN

“...es la motivación dolosa de otra persona a cometer un delito. Y más concretamente se trata de una corrupción de un hombre libre. Con lo cual el inductor hace que otra persona adopte la resolución de voluntad de llevar a cabo una acción típica y antijurídica”²⁴, entendiéndose como inducción la influencia que tiene sobre otro a fin de que este se convenza de ejecutar un hecho delictivo por su propia decisión.

La responsabilidad del inductor siempre estará sujeta del estado de consumación que ejecute el principal así para Donna, la responsabilidad del inductor depende del autor principal, ya que es partícipe del delito cometido por el autor principal...está atado a la suerte del principal, la pena depende de hasta dónde ha llegado el delito...como mínimo, el hecho principal debe haber tenido comienzo de ejecución, caso contrario la inducción es impune.²⁵

DIFERENCIA ENTRE INSTIGACIÓN E INSTIGACIÓN APARENTE

La diferencia entre el llamado “hombre de atrás” que determina a otro a una acción, que para el autor es delito y el “hombre de atrás” que termina a otro como instrumento para el delito, para Edgardo Donna; lo que define a la inducción es la libertad del autor o sujeto inducido, de manera que la decisión tomada por el propio autor elimina, la posibilidad de otro autor detrás de él. Si el inductor toma las riendas del hecho, pasará a ser coautor o autor... el inductor deberá responder por el hecho del autor, que ha sido por él inducido a la comisión del delito²⁶.

ELEMENTOS DE LA INDUCCIÓN

La inducción entendida como el “*determinar a otro*” deberá entenderse como la influencia que se ejerce a otro, a realizar cierto tipo de acción.ⁱⁱⁱ

²⁴ EDGARDO DONNA, La Autoría y La Participación Criminal, ob. Cit, pg. 124

²⁵ EDGARDO DONNA, La Autoría y La Participación Criminal, ob. Cit, pg. 124

²⁶ EDGARDO DONNA, La Autoría y La Participación Criminal, ob. Cit, pg. 125

“...una influencia dirigente sobre dirección de la conducta, que proporciona a quien aún no se encuentra resuelto a cometer el hecho, precisamente, la decisión de hacerlo bajo su propia responsabilidad”.²⁷

MEDIOS Y FORMAS DE INDUCCIÓN

La inducción a otro, con el fin de influenciar a otro podría darse de múltiples maneras (ruego, consejo, promesa) que resultaría imposible poder determinar todas aquellas, el único fin que debe conseguirse por cualquiera de las formas utilizadas para que estemos dentro de la inducción es el influenciar en otro a que cometa una acción como un hecho propio.

“...la inducción será mediante acciones positivas, de carácter psíquico. Sin embargo, no han faltado autores que han sostenido que la inducción también puede ser cometida por omisión, en la forma de ‘la no evitación de la adopción de la resolución por el autor por parte del garante’”²⁸

DOLO

Se habla de un doble dolo así Donna clasifica en primer lugar, respecto de la propia conducta y, en segundo lugar, en relación con el hecho doloso del inducido.

“El dolo del inductor debe dirigirse a una o varias personas, determinadas es decir, concretamente sobre un objeto personal de la acción de inducción. Pero esto no significa que el inductor deba conocer personalmente al autor o inducido. Toda inducción exige un destinatario...habrá inducción cuando mediante una carta secreta un presidiario motive a su desconocido vecino de celda a intentar una huida violenta. Es esto se distingue la inducción de la instigación a cometer delitos, que requiere una instigación pública y a una persona indeterminada...”²⁹

²⁷ EDGARDO DONNA, La Autoría y La Participación Criminal, ob. Cit, pg. 126

²⁸ EDGARDO DONNA, La Autoría y La Participación Criminal, ob. Cit, pg. 128

²⁹ EDGARDO DONNA, La Autoría y La Participación Criminal, ob. Cit, pg. 129

AGENTE PROVOCADOR

“...el individuo que no quiere que un delito se cometa, pero induce a otro a cometerlo para luego detenerlo...el dolo del inductor es que se cometa el delito, de manera que en este caso no habría dolo y tampoco inductor...el instigador, si bien no quiere el delito, sí en cambio quiere la tentativa, y por lo tanto debería ser castigado por inducción al delito tentado...si el agente provocador contempla la posibilidad de que la acción del provocador alcance la consumación, e inclusive, una irreparable lesión del bien jurídico, habrá que admitir la instigación punible del agente provocador. Ejemplo: A induce a B para que presente el banco X, del que A es gerente, una solicitud de crédito en la que B hace una afirmación de bienes que es falsa. Cuando B realiza una tentativa de robo de estafa, A lo denuncia. Es aquí esencial que B haya decidido la inducción de A, y que esto haya sido decidido antes”³⁰

LA ACCION DEL INDUCIDO Y EL EXCESO DEL AUTOR PRINCIPAL

“...el autor principal debe haber entrado en la zona punible delimitada por el tipo...la responsabilidad del inductor. Plena responsabilidad del inductor ante la consumación del hecho delictivo; responsabilidad del inductor ante la consumación del hecho delictivo; responsabilidad atenuada en el caso de mera tentativa; impunidad cuando emprendida por el autor principal no es punible”³¹

“...la responsabilidad penal del inductor puede llegar tan lejos como alcance la acción típica del autor principal...la responsabilidad del inductor cuando el autor principal va más allá de lo querido por el que induce...el inductor responde por el acontecer sólo en el marco de su propio dolo..”³²

Para Donna existen dos tipos de exceso:

³⁰ EDGARDO DONNA, La Autoría y La Participación Criminal, ob. cit., pgs. 130, 131.

³¹ EDGARDO DONNA, La Autoría y La Participación Criminal, ob. Cit, pg. 133

³² Ibídem

1. Exceso cuantitativo: si se induce a un hurto pero el autor roba destruyendo la cerradura, el inductor no responde por la parte trascendente o el plus realizado por el autor principal.
2. Exceso cualitativo: si el inducido comete una acción sustancialmente diferente de la revisa por el inductor, éste no responde por ello. Cuando A induce a B a violar a C, pero B se inclina por el hurto pues resulta más lucrativo, está claro que el hecho efectivamente llevado a cabo nada tiene que ver con el inductor.³³

LA AUTORÍA Y LA PARTICIPACIÓN EN LOS DELITOS ESPECIALES

La problemática cuando intervienen en la ejecución de hechos tanto sujetos que cumplen los requisitos exigidos por el tipo penal (extranei) así como quienes no cumplen con dicha condición del tipo penal (intranei) dentro de los delitos especiales existen dos posibilidades de delimitación de la autoría y la participación:

1. EL DOMINIO DEL HECHO

La teoría del dominio del hecho dentro de los delitos especiales admite dos posibilidades:

- a) *La teoría de las ruptura del título de imputación.*- la cual define que únicamente pueden ser sancionados en los delitos especiales quienes cumplen las condiciones exigidas por el tipo penal y quienes no cumplían la misma únicamente podían ser objeto del tipo penal común en el que concurren. Por ejemplo: cuando un funcionario público con dominio del hecho de apropia de caudales que debe administrar con ayuda de un particular, el primero será autor de “peculado”, mientras que el segundo solamente será autor o cómplice según su dominio del hecho, de “hurto”; al revés, cuando el dominio del hecho lo haya tenido quien no cumple la condiciones del tipo especial y el funcionario únicamente haya colaborado

³³ EDGARDO DONNA, La Autoría y La Participación Criminal, ob. Cit, pg. 134

con aquel sin dominio del hecho al apoderamiento de caudales, la consecuencia lógica será que el primero responda como autor de “hurto” y el segundo como participe de “peculado”

En el caso de los delitos especiales propios será siempre será imputable quien cumple las condiciones del tipo penal ya que no existe un tipo penal subyacente al mismo; por ejemplo: en el caso del cohecho pasivo, el sujeto que con dominio del hecho recibe para el funcionario dádivas de un tercero a quien se quiere favorecer en un asunto administrativo, no podría ser considerado como autor de un cohecho pasivo, pero si podría ser responsable de tráfico de influencias, pues su conducta no encaja propiamente en una “venta de influencias” sino en una colaboración en la recepción de sobornos.

- b) ***Teoría de la unidad del título de imputación.***- considera que si bien quien no cumple las condiciones del tipo especial mal podría ser considerado autor del mismo, este si puede ser participe ya sea como cómplice o instigador de dicho delito, como una accesoriadad de la participación respecto de la autoría.

El participe siempre será en relación con el hecho punible cometido por el autor y no como un hecho inexistente, ya que este colabora con el autor en la comisión de delito especial impropio y no realiza un delito común sino una más grave que este.

Ya que solamente quien cumple con las condiciones del tipo especial podría ser autor del delito, mientras quien no tiene esta condición será participe del mismo incluso cuando fácticamente haya tenido el dominio del hecho.

Si el dominio del hecho lo tenía quien cumple las condiciones del tipo especial y quien no la cumplía solamente ha colaborado con un aporte menos importante, este último será participe del delito especial cometido por el primero. Al contrario si el dominio del hecho lo tuvo quien no cumple las

condiciones del tipo especial y quien si las tenía únicamente colabora con este, el primero habrá cometido un delito común y el segundo será participe de este delito común. Por ejemplo en el delito de “peculado” aplicando esta regla el funcionario sería cómplice de un delito de hurto cometido por un particular.

2. INFRACCION DEL DEBER

Fue Claus Roxin en su trabajo titulado Autoría y dominio del hecho quien desarrolla una serie de ideas que luego fueron consideradas doctrina dominante este afirma básicamente lo siguiente:

- a) Los tipos penales de la parte especial pueden sistematizarse distinguiéndolos entre delitos de delitos y delitos de infracción del deber, siendo los primeros del dominio de una conducta típica por parte del autor, ya sea por sí, por medio de otro o conjuntamente de otros cuyo reproche va dirigido a una infracción la infracción de un deber específico sin importar como lo realice. Mientras que dentro de los delitos de infracción del deber se encuadran: los delitos especiales, los delitos de omisión y los delitos de propia mano
- b) En el caso de los delitos de dominio única mente se busca establecer como autor quien tiene el dominio del hecho. En los delitos de la infracción del deber la presencia o ausencia de dominio del hecho no llega a tener ninguna trascendencia, lo único que interesa es determinar que se haya producido la infracción del deber por parte de quien cumple las condiciones del tipo especial independientemente si ha existido la colaboración de quien no cumple las condiciones del mismo y participe del delito. Por ejemplo en el caso del peculado, el funcionario público que desde el extranjero da instrucciones a un particular para que al día siguiente pase por la oficinas de este y se apodere de fondos que estaban bajo la administración de éste, será autor de delito de peculado y quien

no cumple las condiciones del tipo su cómplice y aquí no importa que el funcionario no haya tenido el dominio de hecho.

En los delitos especiales impropios no existirá problema en determinar la punibilidad de quien no cumple las condiciones del tipo especial como partícipe del mismo delito de quien cumple dichas condiciones que infringió su deber, ya que si bien existe un tipo común que se le podría aplicar al primero, el delito en el que ha participado es un espacial, luego el reproche de culpabilidad para este, cuando contribuya de cualquier modo para su realización siempre será como partícipe, aunque la pena aplicable para él se base luego en un marco penal atenuado. Cuando actúan ambos en la comisión de un delito especial nunca será posible sin importar quien haya tenido el dominio del hecho de coautoría entre estos, solamente podríamos hablar de coautoría cuando intervengan dos que cumpliendo las condiciones del tipo especial y con los mismos deberes infrinjan al mismo tiempo su deber y hagan posible la ejecución del delito.

- c) Para Roxin, en los delitos de infracción de deber solamente importaría la infracción objetiva del deber el dolo solamente sería necesario para la punibilidad del autor intraneus³⁴, pero no influiría en la punibilidad del extraneus³⁵, la participación dependerá solamente de una infracción del deber sea que esta haya sido cometida dolosa o culposamente; aunque se rompa con el entendimiento tradicional de la accesoriedad limitada.

Así cuando un extraneus engañara a un médico para hacer que revele un secreto profesional y cuando una persona no implicada en un accidente engañara al implicado para hacer que se aleje del lugar de los hechos violando su obligación; Roxin no tiene problemas para afirmar que en

³⁴ Quien cumple con las condiciones del tipo especial.

³⁵ Quien no cumple con las condiciones del tipo especial.

ambos casos los estranei son punibles como instigadores de los delitos de “violación del secreto profesional” y “abandono del lugar del accidente” respectivamente, mientras el ejecutor directo habría actuado bajo “error de tipo” y sería impune.

ARGUMENTOS EN PRO Y EN CONTRA DE LA TEORÍA DE LA

“INFRACCIÓN DEL DEBER”

1. Se sostiene que además de la infracción del deber la realización de una conducta con dominio del hecho, la creación de un tipo penal especial solamente delimitaría el círculo de posibles autores pero la misma no implica una renuncia al “dominio del Hecho”.

Roxin responde a esta crítica “como el legislador habría presupuesto la infracción del deber mediante cualquier conducta (comisiva u omisiva, dolosa o culposa, de ejecutor) que lleva a un resultado lesivo para el bien jurídico este último (descrito eventualmente en la conducta concreta) se llevaría a cabo “a través” de la “infracción del deber”. O sea: el intraneus infringiría el “deber” (de cualquier manera o mediante una acción concreta) que lleva al resultado de afcción la bien jurídico, pero esto no quiere decir que sea el intraneus mismo quien lleve cabo la conducta lesiva (con dominio del hecho) que lleva al resultado infringiendo –además- el deber que tiene. La consecuencia práctica de esta interpretación sería que la conducta concreta –cuando el tipo penal la presuponga- podría ejecutarla cualquier otro sin que ello afecte a la autoría del intraneus pues no se exige que sea el propio portador del deber quien lo haga. Esta reinterpretación de los tipos penales especiales se vería reforzada por el hecho de que tanto el interprete como el legislador habrían ya reconocido implícitamente la punibilidad sin

dominio del hecho de la “infracción del deber” en una serie de casos. Así tradicionalmente se ha afirmado en Alemania la punibilidad, como autoría en el alejarse del lugar del accidente con el vehículo conducido por un tercero estraneo; o el “retirar bienes propios” a través de terceros (delitos de “frustración de la ejecución coactiva”) y también en algunos casos de delitos contra la administración pública el legislador alemán ha descrito expresamente el dominio de los hechos por parte de un sujeto sin cualidad de funcionario público: lesiones corporales cometidas por un funcionario público, la persecución de inocentes, incitación a delinquir de subordinados. Este último hecho no excluirá que el legislador haya querido extender la interpretación amplia de la “infracción del deber”.³⁶

2. OTTO determina que la violación del deber estaría presente en todos los delitos, sin que haya mayor distinción en los delitos especiales, siendo la única diferencia en que en los especiales delimita el campo de los posibles autores.

Objeción que poco convence pues existe una clara evidencia de del deber general de no atentar contra los bienes jurídicos y el deber específico que constituye el tipo especial, ya que en el caso de estos últimos al existir una cercanía con el bien jurídico, implica la existencia misma de un reproche penal o un mayor injusto penal.

3. LANGER, afirma que para la autoría del intraneus basta una mera infracción del deber, con el fin de ejecutar un delito por mas infructuosa que resultara, llevará siempre a su punibilidad.

Ante lo cual Roxin afirma que la “infracción del deber” es solamente uno de los elementos típicos que fundamenta la punibilidad del intraneus, también en este caso se necesitaría de una daño del bien jurídico a través de dicha

³⁶Tomado del Trabajo “Autoría y participación y la teoría de los delitos de infracción del deber” de Manuel Abanto Vásquez.

infracción del deber, y ello solo ocurrirá cuando el extraneus haya llega por lo menos a la tentativa.

4. La tendencia a extender anormalmente el ámbito de la autoría, ya que mientras en la tesis del dominio del hecho, se reduce a la autor al intraneus que haya dominado el hecho, la tesis de Roxin define como autor el intraneus infractor de su deber, a pesar de no haber dominado los hechos.

La posición de Roxin define que si bien se amplía la punibilidad de aquel portador de deberes que no cumple con su rol social, a su vez limita esencialmente la punibilidad de los que estén desvinculados del deber.

5. Otra de las críticas sobre la “infracción del deber” y su independencia del dolo ha sido muy criticada por BLOY quien en consecuencia establece que tomado así se generarían dos conceptos un primero general con dolo para fundamentar el intraneus, y un segundo especial sin dolo para cuando el hecho principal vaya a ser presupuesto de participación.

A pesar de las críticas presentadas a esta teoría, contradictoriamente el autor reconoce la lógica de la misma pues esta se basa en fundamentar la punibilidad de la participación no en una vinculación personal del partícipe con el autor sino en el propio atentado del primero al bien jurídico.

6. En el caso de los delitos llamados de propia mano, la infracción del deber, por sí sola no basta ya que necesariamente debería haber llevado a una lesión o un peligro concreto de bien jurídico.

DOMINIO DEL HECHO POR DOMINIO DE LA VOLUNTAD DENTRO DE LAS ESTRUCTURAS ORGANIZADAS DE PODER

ROXIN “el sujeto de detrás que se sienta a los mandos en la estructura organizativa aprieta el botón dando la orden de matar, puede confiar en que la orden se va a cumplir sin que tenga que conocer al ejecutor. Tampoco es necesario que recurra a medios coactivos o engañosos, puesto que sabe que si uno de los numerosos órganos que cooperan en la realización de los delitos elude cumplir su cometido, inmediatamente otro va a suplirle, no resultando afectada la ejecución del plan global”³⁷, con lo cual justifica que dentro de las organizaciones de poder las ordenes son acatas por cualquiera de los jerárquicamente inferiores, independientemente de la voluntad individual ya que su único fin es cumplir la orden.

Dentro de la jurisprudencia Colombiana en los que se reconoció esta forma de autoría de “organizaciones de poder” podemos citar tres casos: *primera*, el caso de la Procuraduría en el proceso contra CARLOS CASTAÑO por la muerte del senador CEPEDA perpetrada por los grupos paramilitares, *segunda*, el caso “Machuca” perpetrado por miembros de una organización guerrillera Ejército de Liberación Nacional (ELN) y *tercera* un caso de atentado que habría realizado las FARC en contra de un periodista; en los tres casos se reconoció a tres grupos que funcionan fuera de la ley como organizaciones de poder, y la determinación de responsabilidad tanto como para que ejecuta la orden como para quien la ordenó o la transmitió, ya que si se trataría de una autoría medita obtendríamos como resultado la inimputabilidad del ejecutor de dicha orden.

Para una mejor comprensión de los ejemplos citados me permito transcribir textualmente el análisis que hace la corte Colombia respecto de caso “Machuca” “Los argumentos de la Corte, tratándose del caso “Machuca”, para revocar la decisión de segunda instancia y condenar al estamento dirigente del ELN, que no había participado en la ejecución

³⁷ ROXIN: Autoría y dominio del hecho.

material del grave hecho pero que fijó las políticas y dio la orden a sus denominados frentes, fueron del siguiente tenor:

En tales circunstancias, quienes así actúan, coparticipan criminalmente en calidad de coautores, aunque no todos concurren por sí mismos a la realización material de los delitos específicos; y son coautores, porque de todos ellos puede predicarse que dominan el hecho colectivo y gobiernan su propia voluntad, en la medida justa del trabajo que les correspondiere efectuar, siguiendo la división del trabajo planificada de antemano o acordada desde la ideación criminal.

En el presente caso, donde subversivos del ELN, de distintas jerarquías, sumaron sus voluntades libres para dinamitar el oleoducto cercano a Machuca, en cumplimiento de las políticas de ataque terrorista a la infraestructura petrolera, compartidas por todos ellos, es evidente que los directivos de esa organización criminal no actuaron como determinadores de los ejecutores materiales, sino en calidad de coautores, porque no es cierto, al menos las pruebas no lo indican así, que dichos directivos hubiesen hecho nacer la idea criminal en los milicianos rasos y menos que dominaran la voluntad de éstos; pues, por el contrario, lo que se verifica razonablemente es que los guerrilleros del ELN implicados en la destrucción de la tubería desplegaron la conducta que les correspondía, con acuerdo previo, por convicción propia, por compartir las “políticas” del grupo armado ilegal, directrices que conocían y a las cuales habían adherido con antelación, en un proceso paulatino de reclutamiento, diseño de estrategias, entrenamientos, aprendizaje de doctrinas y estandarización de modos de actuar.

Mediando, como en el presente asunto, ideologías compartidas, voluntades concurrentes e intervención con aportes concretos según la división pre-acordada del trabajo criminal, se afirma que todos son coautores globalmente de la conducta delictiva realizada y responsables por sus consecuencias”.³⁸

³⁸ Sentencia de fecha 12 de marzo de 2007 de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación.

CAPITULO II

ANALISIS DE LA DEFINICIÓN DE AUTOR Y PARTICIPE DENTRO DE LA LEGISLACIÓN ECUATORIANA Y ARGENTINA

La Legislación Ecuatoriana en el Capítulo II DE LAS PERSONAS RESPONSABLES DE LAS INFRACCIONES en su Art. 41 clasifica a los mismos en: autores, cómplices y encubridores; como si se tratara de tres clases diferentes, ante lo cual debemos tener en cuenta que existen categorías previas a las del legislador como es el caso del concepto que doctrinariamente se ha manejado como es la Autoría y la Participación y no son criterios que deberían quedar a la libres disposición del legislador o del Juez sino que son las principales bases en las que deben fundamentarse y establecer la responsabilidad de quien interviene dentro de un hecho delictuoso y así poder medir su pena.

La legislación Ecuatoriana erróneamente clasifica en tres tipos distintos, poniendo los cómplices y encubridores como si se tratara de dos tipos totalmente distintos, más cabe mencionar que hubiese sido más fácil encerrarlos dentro de las formas de participación. Así también dentro de las definiciones que realiza en el Art.42 “Se reputan autores los que hayan perpetrado la infracción, sea de una manera directa e inmediata...” no se llega a definir claramente lo que se entiende por Autor, ya que más bien confunde adicionando lo que se entiende por autoría mediata, con lo cual dejara una disposición abierta ya que en vez de definir lo que se entiende por autor lo que hace es describirlo.

Dentro de la doctrina podemos citar a Edgardo Alberto Donna quien define “autor es quien comete el delito por sí mismo, poniendo el concreto proceso de realización de la lesión típica o, en caso de ser varias personas, aquel que en un proceso de atribución, a un sujeto libre, sobre un curso de conductas objetivas, tiene el dominio de los hechos, siempre dentro de la idea de conductas externas y libres”³⁹ “cuando hablamos de autor nos referimos al sujeto a quien se le puede imputar el hecho como suyo, aquel que lo realiza y del que puede decirse que ´ese hecho le pertenece` en su generalidad”

³⁹ EDGARDO DONNA, La Autoría y La Participación Criminal, ob. Cit, pág. 39

Referente a la clasificación entre autores y partícipes podemos citar que existen dos tendencias muy claras, la primera “Teoría unitaria de autor”⁴⁰ definiendo como autor a todo aquel que haya participado dentro de la infracción sin realizar mayor distinción y una segunda “Teoría diferenciadora”⁴¹ que busca determinar el grado de responsabilidad de cada uno de los partícipes.

La tesis diferenciadora que se plantea establece dos teorías: Una Subjetiva estableciendo que será el animo con el cual actué, el que determine su grado de participación, así será autor quien actúe con *animus auctoris* y partícipe quien actúe con *animus socii*, una teoría que ha sido acogida pero muy criticada ya que resultaría muy difícil determinar cuál es el verdadero animo con el cual actúa cada uno de ellos dejando a la subjetividad de juzgador el determinar su grado de responsabilidad. Y una Formal Objetiva basada en la Causalidad define “autor es quien realiza esa acción; cómplice es el que, interviniendo activamente en el delito, aun en algunos casos en el desarrollo de la acción en sí misma, no se puede decir que la haya realizado”⁴² estableciendo que será únicamente autor el que haya reunido todos los elementos causales para desplegar la acción principal, lo cual desplegaría por completo a la autoría mediata, por los problemas que presentaba esta teoría apareció la Teoría Material Objetiva basada en el dominio del hecho, ya que solo aquel que haya tenido el “poder” de dominar el hecho será considerado como autor, entendiendo que este es el único que inclusive pudo desistir de dicha acción y que todo aporte que se pueda dar pero carente de ese poder solo será un partícipe.

“REGULACIÓN DE LA PARTICIPACIÓN EN EL CÓDIGO PENAL ARGENTINO. - En principio, podemos decir que, expresamente en cuanto "extensión del tipo", o sea refiriéndose a los partícipes en sentido específico (sin perjuicio de que de allí se extraiga también el concepto de autor), la participación está regulada en nuestra ley penal en la Parte General, en disposiciones” (arts. 45 a 48, C.P.) que contienen normas aplicables a todos los tipos previstos en la Parte Especial y en leyes

⁴⁰ EDGARDO DONNA, La Autoría y La Participación Criminal, ob. Cit, pág. 13.

⁴¹ EDGARDO DONNA, La Autoría y La Participación Criminal, ob. Cit, pág. 17

⁴² CARLOS CREUS, Derecho Penal Parte General, ob. Cit, pág. 396

penales especiales. Sin embargo, en ocasiones la misma ley formula excepciones en las que, si bien se prevén hipótesis de pluralidad de intervinientes activos, no se aplican aquellas reglas. (Por supuesto que nada tienen que ver con ellas, porque no son casos de "participación" -intervención activa- aquellos en que los tipos exigen una intervención voluntaria de la víctima como ocurre en el estupro.)

En primer lugar, tales excepciones pueden hallarse implícitamente consagradas al estar impuestas por la estructura misma de los tipos. Encontramos así los casos de codelincuencia (que también se han denominado de participación necesaria, lo que es incorrecto e inconveniente porque puede confundirse con la complicidad "primaria" o "necesaria" que muchos designan con aquélla expresión). En ellos la acción descrita 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. 210, C.P.-), aunque no siempre se requiere de todos los autores una conducta "delictuosa" (p.ej., el "partícipe" del adulterio puede desconocer que yace con una mujer casada).

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. 277, C.P.) 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), y ocurre con otros delitos donde lo que puede ser una cooperación de coautor o de cómplice se llega a castigar autónomamente al mismo nivel de autor, como se ve en la actividad de los profesionales del arte de curar en el aborto (art. 86, párr. 1º, C.P.), en la suposición de estado civil (art. 139, inc. 1º, C.P.) y en algunos otros.

En segundo lugar, la excepción puede estar consagrada explícitamente, pero ya con destino de impunidad; así el art. 49, C.P., dispone 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", quienes pueden ser cómplices quedan, así, al margen de la punibilidad establecida por los arts. 45 y 46 del Cód. Penal"⁴³.

CONCLUSIONES

1. Podemos definir como **autor** a quien tiene le dominio del hecho y quien busca el resultado como suyo y **partícipe** a quien no posee el dominio del hecho y que no busca un resultado sino que únicamente presta su colaboración, la misma que es idónea para la consumación de la acción de quien actúa como autor.

2. Clasificaríamos

Autoría:

- a) Autor directo.
- b) Autor mediato.
- c) Autor coadyuvante.
- d) Coautoría.

Participación:

- a) Instigación.
- b) Inducción.

⁴³CARLOS CREUS, Derecho Penal, Parte General, ob. cit, pgs. 292, 293.

- c) Cooperación necesaria.
 - d) Complicidad.
3. Podemos resumir de acuerdo al dominio del autor en:
- a) Dominio de la acción: autoría directa.
 - b) Dominio de la voluntad: autoría mediata.
 - c) Dominio funcional: coautoría.
4. La teoría del dominio del hecho solo podría ser aplicada en los delitos dolosos, ya que no sería aplicable en los delitos imprudentes, de omisión, especiales y de propia mano.
5. A pesar de las múltiples críticas que se han generado en torno a los delitos especiales podemos concluir que siempre se considerará como autor de un delito especial a quien tenga el pleno dominio del hecho y este siempre va a ser quien cumpla con los requisitos exigidos para dicho delito.
6. Vale tener presente dentro de las organizaciones de poder dos puntos importantes: *primero*, la coautoría dentro de los delitos comunes el aporte se presenta en la etapa ejecutiva, lo que no ocurre en las organizaciones de poder ya que no existe ejecución de los dirigentes, y *segunda*, referente al acuerdo previo se da de manera distinta a la tradicional ya que existe una decisión de quienes se encuentran al mando a los que se encuentran subordinados, sin que exista comunicación de los ejecutores materiales y quien dictó la orden.

ⁱ El acuerdo recíproco ya sea expreso tácito que la comisión de un acto común el mismo que puede darse hasta el momento de su comisión.

ⁱⁱ Gracia Martín autor citado por Edgardo Donna en su Obra La autoría y participación criminal afirma que “en los delitos de funcionarios, no habría más remedio que referir la infracción de deber a vagos y genéricos conceptos como deber de fidelidad, deber de obediencia, deber de subordinación, etcétera”

ⁱⁱⁱ Aunque es mayoritaria la acepción que dentro de la inducción “la acción” existe una cierta tendencia doctrinaria que manifiesta que también podría darse por omisión.

BIBLIOGRAFIA

- CREUS, C. (1992). *Derecho Penal Parte General*. Buenos Aires: Astre.
- Cuello Contreras, J. (2011). Dominio y deber como fundamento común a todas las formas de la autoría y modalidades del delito. *INDRET*, 1-28.
- DONNNA, E. A. (2002). *La autoría y la participación criminal*. Buenos Aires: Rubinzal - Culzoni.
- Gómez, F. (2003). Responsabilidad por hecho ajeno e incertidumbre sobre la autoría. *INDRET*, 1-9.
- Mansdorfer, M. (2007). Responsabilidad e imputación individuales en la ejecución de tareas de grupo. *INDRET*, 1-23.
- Sánchez Lázaro, F. G. (ENERO de 2008). *INDRET*. Recuperado el 20 de diciembre de 2012, de www.indret.com
- Scheller D'angelo, A. (2011). La teoría del dominio del hecho en la legislación penal Colombiana. *REVISTA DE DERECHO* , 244-263.