

UNIVERSIDAD DE EL SALVADOR
FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES
ESCUELA DE CIENCIAS JURIDICAS
SEMINARIO DE GRADUACION EN CIENCIAS JURIDICAS AÑO 2011
PLAN DE ESTUDIOS 1993



**“COMPLICIDAD DEL EXTRANEO EN LOS DELITOS ESPECIALES
PROPIOS”**

**TRABAJO DE INVESTIGACION PARA OBTENER EL GRADO DE:
LICENCIADO EN CIENCIAS JURIDICAS**

PRESENTA:

AVELAR VALENCIA CARLOS ERNESTO

LIC. SANTOS CECILIO TREMINIO SALMERÓN
DOCENTE DIRECTOR DE SEMINARIO

CIUDAD UNIVERSITARIA, SAN SALVADOR, AGOSTO DE 2012.

UNIVERSIDAD DE EL SALVADOR

INGENIERO MARIO ROBERTO NIETO LOVO
RECTOR

MAESTRA ANA MARÍA GLOWER DE ALVARADO
VICERRECTORA ACADÉMICA

LICENCIADO SALVADOR CASTILLO
VICERRECTOR ADMINISTRATIVO (INTERINO)

DOCTORA ANA LETICIA DE AMAYA
SECRETARIA GENERAL

LICENCIADO FRANCISCO CRUZ LETONA
FISCAL GENERAL

FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES

DOCTOR JULIO ALFREDO OLIVO GRANADINO
DECANO

LICENCIADO DONALDO SOSA PREZA
VICE DECANO

LICENCIADO OSCAR RIVERA MORALES
SECRETEARIO

DOCTORA EVELYN FARFÁN MATA
DIRECTORA ESCUELA DE CIENCIAS JURIDICAS

LICENCIADO SANTOS CECILIO TREMINIO SALMERON
DOCENTE DIRECTOR DE SEMINARIO

AGRADECIMIENTOS.

Primeramente agradezco infinitamente a Dios por haberme permitido llegar al punto de conclusión de la presente investigación; asimismo estoy enormemente agradecido con personas tan especiales en mi vida, que me han aportado su ayuda y colaboración desinteresada, con mucho amor y cariño; en orden alfabético, ellas son:

Dalila Zepeda.

Nelson Menjivar.

Paula Valencia.

Rosa Menjivar.

Entre otras personas, amistades y familiares que han contribuido directa o indirectamente en la culminación de este trabajo.

Además estoy agradecido con la excelente asesoría que me brindó el Licenciado Treminio para la elaboración de la presente.

INDICE

Contenido	Pág.
ABREVIATURAS	I
INTRODUCCION	II
CAPITULO I.....	1
PLANTEAMIENTO, FORMULACIÓN Y DELIMITACIÓN DEL PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN.....	1
1.1 DESCRIPCIÓN DE LA SITUACIÓN PROBLEMÁTICA.....	1
1.2 ENUNCIADO O FORMULACIÓN DEL PROBLEMA.....	6
1.3 DELIMITACION DEL PROBLEMA	6
1.3.1 Delimitacion Espacial.....	6
1.3.2 Delimitacion Temporal.....	6
1.3.3 Delimitacion Teorica.....	6
1.4 JUSTIFICACION DE LA INVESTIGACION.....	7
1.5 OBJETIVOS.....	8
1.5.1 Objetivo General.....	8
1.5.2 Objetivos Específicos.....	8
1.6 ESTRATEGIA METODOLOGICA.....	9
1.6.1 Tipo de investigación.....	9
1.6.2 Métodos y técnicas de la investigación.....	10
1.7 SISTEMA DE HIPÓTESIS.....	11
1.7.1 Hipótesis General.....	11
1.7.2 hipótesis Específicas.....	11
1.7.3 Operacionalización de Hipótesis.....	11
CAPITULO II.....	15
AUTORIA Y PARTICIPACION CRIMINAL.....	15
2.1 ORIGEN Y EVOLUCIÓN HISTÓRICA DEL CONCEPTO DE AUTOR. 15	15
2.1.1 Teoría unitaria de autor.....	15
2.1.1.1 Críticas al concepto unitario de autor.....	17
2.1.2 Concepto extensivo de autor.....	18
2.1.3 Concepto restrictivo de autor.....	18
2.1.4 Teorías diferenciadoras.....	19
2.1.4.1 Teoría subjetiva.....	20
2.1.4.1.1 Principales corrientes.....	22
2.1.4.1.2 Críticas a la teoría subjetiva.....	24

2.1.4.2 Teorías objetivas	26
2.1.4.2.1 La teoría formal objetiva.	26
2.1.4.2.1.1 Críticas a la teoría formal objetiva.	30
2.1.4.2.2 Las teorías objetivo materiales.	32
2.1.4.2.2.1 Variantes de las teorías objetivo materiales.	32
2.1.5 OTRAS TEORIAS.....	37
2.1.5.1 Postura de Schmidt y Lony	37
2.1.5.2 Postura de Mezger y Spindel.	37
2.1.5.3 El pensamiento de Claus Roxin	38
2.1.5.4 La teoría de Mir Puig.	38
2.1.5.5 La teoría de Jakobs.	39
2.2 CLASES DE AUTORÍA.	40
2.2.1 AUTORÍA DIRECTA.	40
2.2.1.1 Regulación legal de la autoría directa.	41
2.2.2 COAUTORIA.	41
2.2.2.1 Elementos y particularidades.	42
2.2.2.2 Requisitos para la existencia de la coautoría.	44
2.2.2.3 Regulación legal de la coautoría.	48
2.2.3 AUTORÍA MEDIATA.	49
2.2.3.1 Supuestos de autoría mediata.	53
2.2.3.1.1 Los casos de falta de acción.	53
2.2.3.1.2 Instrumento que obra sin dolo.	54
2.2.3.1.3 Instrumento que obra coaccionado.	56
2.2.3.1.4 Instrumento que no obra típicamente.	57
2.2.3.1.5 Instrumento que obra de acuerdo a derecho.	57
2.2.3.1.6 Autoría mediata ante la falta de culpabilidad del instrumento.	58
2.2.3.1.7 Instrumento que obra dentro de un aparato de poder.	60
2.3 LA PARTICIPACIÓN EN SENTIDO ESTRICTO. (COMPLICIDAD E INSTIGACIÓN)	61
2.3.1 PRINCIPIOS APLICABLES A LAS FORMAS DE PARTICIPACIÓN EN SENTIDO ESTRICTO.....	66
2.3.1.1 Principio de Accesoriedad.	66
2.3.1.2 Principio de Comunicabilidad de las Circunstancias Personales	72
2.3.1.3 Principio de Concurrencia al Hecho Común.	74
2.3.2 COMPLICIDAD	78
2.3.2.1 Concepto.....	78
2.3.2.2 Formas de prestar la ayuda al autor directo.	79
2.3.2.3 Momento de prestación de ayuda.	81

2.3.2.4 La causalidad de la complicidad.	81
2.3.2.5 El Dolo del Cómplice.	82
2.3.2.6 Complicidad en la tentativa.	82
2.3.3 CLASES DE COMPLICIDAD.	83
2.3.3.1 EL COOPERADOR NECESARIO O PRIMARIO.....	83
2.3.3.2 CÓMPLICE NO NECESARIOS O SECUNDARIO.	85
2.3.4 CRITERIOS PARA DIFERENCIAR LA NECESARIEDAD O NO DE LA COMPLICIDAD.....	86
2.3.4.1 Tesis de la intercambiabilidad de las contribuciones.....	87
2.3.4.2 Tesis del proceso motivacional.	88
2.3.4.3 Tesis de la importancia de la contribución según el caso concreto.	90
2.3.4.4 Tesis o Criterio Abstracto.	92
2.3.4.5 Tesis del sí y el cómo de la Ejecución.....	93
2.3.4.6 Tesis de los Bienes Escasos y los Bienes Abundantes.	94
2.3.4.7 Tesis Ecléctica.	100
2.4 INDUCCIÓN O INSTIGACIÓN.	101
2.4.1 Concepto.	101
2.4.2 El Aspecto Causal.	103
2.4.3 La Acción del Instigador.....	103
2.4.4 Medios o Formas para Instigar o Inducir.....	105
2.4.5 Elementos de la Inducción.....	106
2.4.6 La Instigación a una Tentativa.	107
2.4.7 Aspecto subjetivo del inductor.	111
2.4.8 La Acción del Instigado.....	112
2.4.9 Exceso del Inducido.....	112
2.4.9.1 El exceso cuantitativo (intensivo).	114
2.4.9.2 El exceso cualitativo (extensivo).	115
2.4.10 Penalidad del Instigador y el instigado.....	116
CAPITULO III.....	117
DELITOS ESPECIALES.....	117
3.1 EVOLUCIÓN HISTÓRICA DEL CONCEPTO DE DELITO ESPECIAL	117
3.2 DIFERENCIA CONCEPTUAL ENTRE DELITOS COMUNES Y ESPECIALES.....	121
3.3 INSTITUCIONES QUE FUNDAMENTAN AL DELITO ESPECIAL....	127
3.4 MODELOS CONCEPTUALES DE DELITO ESPECIAL EN LA DOCTRINA JURÍDICO PENAL.....	129
3.4.1 Modelos Conceptuales Simples y Modelos Conceptuales Complejos.....	129

3.4.1.1 Modelos simples de concepto de delito especial.	130
3.4.1.1.1 Características esenciales de los conceptos simples de delito especial.....	135
3.4.1.2 Modelos Complejos de Concepto de Delito Especial.	142
3.4.2 Modelos Conceptuales Autónomos y Modelos Conceptuales Dependientes.....	144
3.4.2.1 Modelos conceptuales autónomos de delito especial.	144
3.4.2.2 Modelos conceptuales dependientes de delito especial.....	146
3.5 CLASIFICACION DE LOS DELITOS ESPECIALES.....	148
3.5.1 Delitos Especiales Impropios.....	148
3.5.2 Características.....	149
3.5.3 Delitos Especiales Propios.	149
3.5.4 Características.	150
CAPITULO CUATRO.	151
COMPLICIDAD EN SENTIDO ESTRICTO DEL EXTRANEUS EN LOS DELITOS ESPECIALES PROPIOS.	151
4.1 TEORÍAS SOBRE LA INTERVENCIÓN DEL EXTRANEUS EN LOS DELITOS ESPECIALES.....	152
4.1.1 Teoría de Impunidad.....	152
4.1.2 Teorías penalizadoras.	155
4.1.2.1 Teoría de la Unidad del Título de Imputación.....	156
4.1.2.2 Teoría de la Ruptura del Título de Imputación.	157
4.1.2.2.1 Criticas.....	161
4.1.2.3 Otras soluciones.....	162
4.1.2.3.1 Solución de ascendencia italiana	162
4.1.2.3.2 Teoría de Peña Ossa	164
4.2 EN SÍNTESIS.	165
4.3 REGULACIÓN DE LA PRESENTE PROBLEMÁTICA EN EL DERECHO ESPAÑOL.	167
4.4 TOMA DE POSTURA.....	169
4.5 FUNDAMENTACIÓN DE LA SANCIÓN DEL EXTRANEUS.	170
4.6 PROPUESTA DE REFORMA PENAL.....	171
CONCLUSIONES	178
RECOMENDACIONES.....	180
BIBLIOGRAFÍA.	181

ABREVIATURAS

Cn.....	Constitución
<i>Op.Cit.</i>	Obra citada
<i>Ibídem.</i>	Mismo autor, obra, pagina
T.....	Tomo
Ej.....	Ejemplo
Nº.....	Número
vol.....	Volumen
Ed.....	editorial
ed.....	edición
p., pp.....	página o páginas
C.Pn.....	Código Penal
Art.....	Artículo
Inc.....	Inciso
Num.....	Numeral
D.O.....	Diario Oficial
D.L.....	Decreto Legislativo
STS.....	Sentencia del Tribunal Supremo Español

INTRODUCCION

Delitos especiales: son aquellos injustos criminales que exigen que el sujeto activo posea ciertas calidades, cualidades o características personales, para poder ejecutarlo, tales como: ser funcionario, empleado público, agente de autoridad, notario, padre de familia, hijo, esposa o cónyuge, etc. El problema surge cuando personas que no poseen esas características intervienen en la consumación de dichos delitos, a dichos sujetos en la doctrina son llamados *extraneus*, y las personas que si poseen esas cualidades se les conoce con el nombre de *intraneus*; es decir, que calidad ostentan en ese delito, coautores, autores mediatos, instigadores o cómplices.

Este tema ha sido muy difícil de darle solución y a la vez muy poco abordado tanto por las legislaciones como por la doctrina penal, es por ello que han surgido algunas tesis que están a favor de la impunidad de los *extraneus*, ya que estos delitos especiales solo pueden ser cometidos por los *intraneus* y nadie más puede tomar parte en ellos.

Existe un sector de la doctrina que sostiene que si es factible penalizar a los *extraneus* cuando participan en la ejecución de un delito especial propio, claro está, prestando una colaboración a un hecho principal y ajeno, esas teorías entre las más importantes son: 1. Teoría de la Unidad del Título de Imputación: la cual presupone que el cómplice deberá ser sancionado con la penalidad que tiene señalada el delito especial al cual colaboró a ejecutar. 2. Teoría de la Ruptura de la Imputación. Esta sostiene que el cómplice *extraneus* debe ser sancionado con el marco penal que establece el delito común subyacente del delito especial.

En razón del inconveniente anterior, es necesario proponer una reforma legal que venga a darle solución; es decir, cuando el *extraneus* participa en la ejecución de un delito especial propio e impropio, y sancionarle a este conforme al delito especial al cual preste su colaboración, respetando los parámetros que presupone el Art. 66 C. Pn.

Por todo lo anteriormente expuesto, el presente trabajo de investigación constara de cuatro capítulos, en donde el primero tratara sobre los aspectos generales, tales como objetivos e hipótesis; mientras que el segundo analizara las diferentes formas de participación criminal, como lo son: la autoría, autoría mediata, coautoría, la instigación y la complicidad necesaria y no necesaria; el tercer capítulo explicara todo lo relativo sobre los delitos especiales y su clasificación; y el ultimo capitulo establecerá una solución al problema de la participación del *extraneus* en los delitos especiales.

CAPITULO I.

PLANTEAMIENTO, FORMULACIÓN Y DELIMITACIÓN DEL PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN.

1.1 DESCRIPCIÓN DE LA SITUACIÓN PROBLEMÁTICA

En la Dogmática del Derecho Penal, uno de los temas más importantes de la Autoría y Participación, y al mismo tiempo, más ignoradas y menos abordadas por la doctrina y la jurisprudencia de nuestra actualidad, es el relativo a los Delitos Especiales. Es por ello que las partes generales de los diferentes Códigos Penales en el mundo, hacen referencia a las distintas clasificaciones de los tipos penales comunes y delitos especiales, siendo los primeros *aquellos en que cualquier individuo los puede cometer*, ya que la mayoría de ellos en su parte inicial dice: “el que”, ubicándose en esta categoría todas las personas, por ejemplo el Art. 128 Pn. Que expresa: “El que matare a otro...” y por el contrario en los segundos, *solo pueden ser cometidos por un grupo cerrado o limitado de sujetos, los cuales para serlo deben reunir ciertas cualidades, características, calidad familiar*, entre otros; por ejemplo ser funcionario, médico, autoridad pública, cónyuge, etc. y en su parte inicial estos delitos es usual que digan así: “el funcionario que..”, “el Juez que..”, “el descendiente que..”, “el ascendiente que..”, “el cónyuge que..”, este tipo de injustos penales se clasifican según la Doctrina en dos categorías: siendo estas:

1. Delitos Especiales Impropios: son aquellas infracciones criminales de carácter especial respecto a los que existen delitos comunes paralelos a ellos. Son injustos penales comunes por ejemplo el Homicidio Simple Art. 128 Pn., y el Homicidio Agravado Art. 129 numeral 1 Pn., es decir el **parricidio**, tal como lo denomina la doctrina, siendo el delito especial el regulado en el Art. 129 Núm. 1º, y por ende su delito común paralelo es el tipificado en el Art. 128, ambos del Código Penal.

2. Los Delitos Especiales Propios: son aquellos delitos especiales respecto de los que no existe ningún delito común paralelo, (a cuya regla ciertos autores expresan lo contrario) y para ser sujeto activo de ellos, se debe reunir características o cualidades exigidas en el mismo injusto penal, y nadie más puede ostentar dicha calidad a menos que también posean las anteriores cualidades mencionadas, por ejemplo el delito de **Prevaricato**, previsto y sancionado en el Art. 310 Pn., el cual literalmente expresa lo siguiente: *“El juez que a sabiendas dictare resolución contraria a la ley o fundada en hechos falsos, por interés personal o por soborno, será sancionado con prisión de tres a seis años e inhabilitación especial del cargo por igual tiempo”*.

Estos tipos de delitos pueden concurrir en otras de las clasificaciones que la doctrina establece (la cual se detallará más adelante de la presente investigación), es decir, pueden estar clasificados como autónomos, básicos, derivados, cualificados o privilegiados, etc.

Respecto a los delitos especiales impropios son por naturaleza derivados cualificados, porque ellos poseen un tipo básico, el cual pueden ser cometidos por cualquier persona, pero existe otra norma penal que sanciona de manera más gravosa, cuando concurren ciertas personas en su ejecución, es por ello que son delitos especiales impropios, así como también, delitos derivados cualificados.

En lo que se refiere a los delitos especiales propios, normalmente son tipos autónomos, es decir que ellos no heredan de ningún otro tipo penal las características objetivas de otro injusto criminal, ya que son propias de ellos. Aunque, si existen delitos de esta especie que sean derivados, ya sea cualificados o privilegiados, pero es de hacer notar que ellos han sido derivados de otro tipo especial propio; ya que si se derivaran de un delito

común, ya no estaríamos en presencia de un delito especial propio; sino que de un impropio.

Aclarado lo anterior, surge un problema muy importante cuando en la comisión de los delitos especiales sean estos propios o impropios, intervienen personas ajenas a las cualidades o características que ellos exigen, a dichos sujetos en la doctrina son llamados *extraneus*, y las personas que si poseen esas cualidades se les conoce con el nombre de *intraneus*.¹

Ahora bien, es necesario tomar en cuenta que en el transcurso de la aplicación de la legislación y jurisdicción penal, no se ha tomado en cuenta el inconveniente antes mencionado, por ejemplo en el delito de **Cohecho Propio**, previsto y sancionado en el Art. 330 C. Pn.,- el cual manifiesta lo siguiente “*El funcionario o empleado público, agente de autoridad o autoridad pública, que por sí o por persona interpuesta, solicitare o recibiere una dádiva o cualquiera otra ventaja indebida o aceptare la promesa de una retribución de la misma naturaleza, para realizar un acto contrario a sus deberes o para no hacer o retardar un acto debido, propio de sus funciones, será sancionado con prisión de tres a seis años e inhabilitación especial del empleo o cargo por igual tiempo.*”. lo que conlleva a formular la siguiente interrogante ¿Qué responsabilidad penal merece esa **persona interpuesta**, que colabora de manera dolosa para con el funcionario en la comisión del referido delito?, o acaso y cumpliendo lo estipulado por el Principio de Legalidad, regulado en Art. 1 del Código Penal, el cual refiere lo siguiente: “*Nadie podrá ser sancionado por una acción u omisión que la ley penal no*

¹Son los individuos que intervienen en la ejecución de un delito que solo ciertas personas los pueden realizar, ya que poseen características o cualidades que el tipo penal exige; y estos sujetos no poseen dichas condiciones.

haya descrito en forma previa, precisa e inequívoca como delito o falta, ni podrá ser sometido a penas o medidas de seguridad que la ley no haya establecido con anterioridad", esta conducta realizada quedara no penada, por no encontrarse con anterioridad castigada en la norma penal; y por tanto siendo el único responsable la persona que si posee las cualidades que el injusto penal prevee, mas no así aquel participe que no reúne los requisitos para ser autor directo o sujeto activo, dando esto un problema que autores como Sánchez-Vera y Gómez-Trelles, establecen como causales de impunidad, por tanto tal situación priva la aplicación del poder punitivo con el cual cuenta el Estado, por no poder ejercitarlo ante las personas ajenas al tipo de carácter especial.

Mientras que otro sector de la doctrina manifiesta que la solución adecuada para esta situación es sancionar al extraneus con el delito común que se adecue al realizado, es decir, el que pueda ser ejecutado por cualquier particular, en otras palabras que no exija ningún requisito personal para su cometimiento.

Asimismo, no hay que perder de vista que al momento de sancionar al cómplice se deben seguir las reglas que establece el Artículo 66 del Código Penal, es decir que para los cómplices necesarios, se fijará entre el mínimo legal que corresponde al delito y las dos terceras partes del máximo de la misma pena y en el caso de los cómplices no necesarios, se fijará entre el mínimo legal que corresponde al delito y la mitad del máximo de la misma. Pero en ningún caso excederá de las dos terceras partes de la pena que se imponga al autor.

Este problema no surge para con los partícipes en los delitos especiales impropios, por ejemplo en delito de Lesiones Agravadas, regulado en el

Artículo 145 C. Pn., el cual remite a las agravantes del Art. 129 C. Pn., consumándose este tipo penal entre otras circunstancias, cuando el ascendente lesiona a su descendente o viceversa, siendo el que posee la calidad de hijo o padre, el que ostentaría la autoría directa, mientras que la persona que no posee ese parentesco con la víctima, pero que presta su colaboración para la ejecución del delito, se castigaría bajo el injusto penal básico, es decir el de Lesiones, regulado en el art. 142 C. Pn., obviamente bajo la modalidad de cómplice, sea este necesario o no, atendiendo a lo estipulado en el Arts. 36 y 66 C. Pn. Los cuales refieren a la necesidad o no de la complicidad y a la penalidad que dichas personas tendrían, respectivamente.

Por tanto, estos autores consideran que es posible aplicar esta misma solución a la participación del extraneus en delitos especiales de carácter propio; pero se considera que ciertos delitos de esta índole, no poseen un tipo básico, por ejemplo al injusto penal de Omisión de la Investigación Art. 311 C. Pn., entre otros. Por tanto, no se avala tal solución, aunque no se puede negar que para ciertos delitos si es aplicable esta salida; ya que infracciones especiales como la regulada en el art. 290 C. Pn., “Privación de Libertad por Funcionario o Empleado Público, Agente de Autoridad o Autoridad Pública”, tiene su delito común paralelo en el regulado en el art. 148 C. Pn., es decir “ Privación de Libertad”, el cual si puede ser realizado por cualquier individuo, siendo sancionado el extraneus que colabora con el funcionario que priva de libertad al sujeto pasivo, por este último delito mencionado, y el funcionario por el primer tipo penal.

Por lo anterior, en el transcurso de la investigación, se pretende ofrecer la solución pertinente a estas situaciones que se han planteado anteriormente.

1.2 ENUNCIADO O FORMULACIÓN DEL PROBLEMA.

¿Qué responsabilidad penal tendrían aquellas personas que no poseen las características que exige un injusto criminal especial propio, cuando estos participan de manera dolosa en la ejecución de dichos delitos realizados por los *intraneus*?

1.3 DELIMITACION DEL PROBLEMA

1.3.1 DELIMITACION ESPACIAL.

La presente investigación será bibliográfica, por ello se realizará en las bibliotecas judiciales del área de San Salvador, departamento de San Salvador.

1.3.2 DELIMITACION TEMPORAL.

La investigación que se realiza abarca desde el origen de los delitos especiales, hasta la actualidad. Y tomará para su desarrollo desde marzo de dos mil once hasta agosto del dos mil doce.

1.3.3 DELIMITACION TEORICA.

El ámbito en el que se desarrollará la investigación estará circunscrito principalmente al análisis de la esfera jurídico-doctrinaria penal que se refiere a lo concerniente a la Complicidad Criminal del Extraneus en Delitos Especiales Propios, realizando un análisis de toda aquella normativa que esté vinculada con el tema antes referido; haciendo una comparación con lo que la doctrina penal establece en lo que respecta a esta situación, logrando así dar una posible solución a esta problemática, que será compatible con nuestra legislación penal; es decir la posibilidad de proponer la creación de una nueva disposición legal que regule esta participación del agente ajeno al delito especial propio.

En este punto cabe hacer una serie de preguntas complementarias que se irán respondiendo conforme se avance con la investigación pero que son de igual importancia para el desarrollo satisfactorio del presente tema. Algunas de estas serían las siguientes:

1. En qué consiste Autoría?
- 2.Cuál es la clasificación de la Autoría?
3. Que es Autor Directo.
4. En qué consiste la Coautoría?
5. Que es Autor Mediato?.
6. En qué consiste la Complicidad y cuál es su clasificación?
7. Que es la Instigación o Inducción?
8. A que se refiere los Delitos Especiales y cuál es su clasificación?
9. Cuáles son los Delitos Especiales Propios?
10. Cuáles son los Delitos Especiales Impropios?
11. A quienes se les conoce como Intraneus y Extraneus?
12. Cuáles son los mecanismos a tomar en cuenta para establecer la responsabilidad penal de los partícipes en un delito?
13. Qué soluciones propone la doctrina penal ante la responsabilidad criminal del extraneus en los Delitos Especiales Propios?
14. Qué alternativa es aplicable a la participación criminal de extraneus en Delitos Especiales Impropios en nuestro país?

1.4 JUSTIFICACION DE LA INVESTIGACION.

Se eligió este tema para encontrar respuestas que conlleven a evitar la impunidad de personas que voluntariamente prestan su colaboración a los autores directos de delitos especiales propios; solución que se pretende lograr a través de la investigación a desarrollar, eso con el objeto de impedir que los extraneus ayuden a los intraneus. Para obtener los resultados planificados, la investigación tendrá diferentes direcciones de conocimiento, tanto doctrinarios como jurídicos; lo cual será de utilidad para mantener una mejor sociedad, no libre del cometimiento de delitos, porque eso es imposible, pero si para lograr su disminución, al menos en el ámbito en que se propone enfocar la presente tesis, es decir que si se penaliza la participación de estos sujetos (extraneus), habrá una mayor abstención en

que estos brinden su colaboración al intraneus; pues es conocido que esa es una de las finalidades que posee la norma penal, es decir la prevención de carácter general.

Además, es importante mencionar que uno de los objetivos de la dogmática penal es brindar aportes para lograr una mejor interpretación de la ley penal; consiguiendo así adecuar la norma a la realidad, se vuelve necesario concretar o aportar a la sociedad propuestas de reforma de la misma, para que esta se encentre conforme a las necesidades jurídicas de la sociedad, y así lograr los fines propuestos por la dogmática en referencia, aplicando la ley penal equitativa, justa y oportunamente.

1.5 OBJETIVOS.

1.5.1 OBJETIVO GENERAL.

Realizar un análisis jurídico-doctrinario respecto a la participación del extraneus en la ejecución de delitos especiales propios, con la finalidad de brindar una solución al evidente problema de impunidad que se da a favor de dichos sujetos.

1.5.2 OBJETIVOS ESPECÍFICOS.

1. Establecer los antecedentes históricos y aspectos generales de la figura de los delitos especiales y de la participación criminal.
2. Analizar las diferentes formas de participación criminal que admite o regula nuestro ordenamiento jurídico penal.
3. Interpretar el alcance de los Principios de Accesoriedad y el de las Circunstancias y Cualidades que regula nuestro Código Penal, respecto a la responsabilidad penal del extraneus.

4. Analizar ciertos delitos de naturaleza especial regulados en el Código Penal Salvadoreño, que admitan o no la posibilidad de la participación criminal en su ejecución.
5. Establecer las diferentes posturas doctrinarias que pretenden dar solución a la situación de impunidad del extraneus en la comisión de delitos especiales propios.
6. Brindar una posible salida a la problemática de impunidad del extraneus cuando este colabora en la comisión de injustos especiales propios.
7. Analizar determinados delitos especiales, en los que se pueda sancionar a los extraneus como cómplices.

1.6 ESTRATEGIA METODOLOGICA.

Es la técnica que se utiliza para comprobar el sistema de hipótesis planteadas, lo cual incluye lo siguiente:

1.6.1 Tipo de Investigación.

El estudio a realizar pretende cubrir los tres niveles de conocimiento científico, descriptivo, explicativo y predictivo; por las siguientes razones: el nivel descriptivo se cubrirá los aspectos generales o externos de la complicidad del extraneus en la comisión de delitos especiales. El nivel explicativo se cubrirá al identificar las causas o los factores que inciden en la problemática y postular las hipótesis, tratando de llegar a la esencia. El nivel predictivo se cubrirá al señalar las medidas o recomendaciones de solución.

La presente investigación en su mayoría será bibliográfica, por lo cual se consultará una variedad de libros y tesis con el objeto de obtener información

respecto al problema que se ha planteado dar solución.

1.6.2 Métodos y técnicas de la investigación.

Según el autor Eric Napoleón López Águila, el método “es el conjunto de operaciones intelectuales por las que una disciplina trata de alcanzar las verdades que persigue, las demuestra y las verifica”². En ese sentido se aplicarán los métodos generales: Análisis, Síntesis, Inducción y Deducción. Concibiendo el problema objeto de investigación como un todo integrado por las partes interrelacionadas entre sí.

En consecuencia el método Hipotético-Deductivo, “Es el camino que lleva a la verificación de las hipótesis, y es la expresión lógica más sistemática de ésta concepción del quehacer científico.”

Por lo que el método general utilizado en la elaboración de éste diseño es: El Método Hipotético-Deductivo; ya que plantea el procesamiento lógico deductivo que se tiene que seguir respectivamente para operacionalizar las variables del sistema de hipótesis planteadas en el trabajo de investigación.

La operacionalización de éstas variables a partir de éste procedimiento lógico deductivo genera una serie de indicadores que es necesario someterlos a comprobación por medio de la recolección de datos empíricos.

Para la recolección de la información bibliográfica se utilizará la técnica de la investigación documental y su respectivo instrumento la ficha bibliográfica. Una vez recolectada la información, se procederá a sistematizarla, procesarla

² LOPEZ AGUILA, Erick Napoleón “¿Cómo se inicia una investigación científica?, 1º ed, Impresión Libre, San Salvador, 1997, P. 23

y analizarla para intentar explicar el comportamiento del fenómeno que se estudia.

1.7 SISTEMA DE HIPÓTESIS.

1.7.1 HIPÓTESIS GENERAL

La colaboración que brinda el extraneus en la ejecución de los delitos especiales propios, según el ordenamiento jurídico penal salvadoreño, genera impunidad para estos, al no disponer una norma que prevea tal situación.

1.7.2 HIPÓTESIS ESPECÍFICAS.

La inexistencia de una disposición penal que regule las conductas realizadas por el extraneus en los delitos especiales propios, genera mayor oportunidad para que estos delinca libremente, y en consecuencia, dichos delitos se cometen con más frecuencia y facilidad.

El Estado deja de ejercer su poder punitivo al no crear una norma jurídico penal que sancione la participación del extraneus, cuando estos colaboran en la ejecución de un delito especial propio.

Al aplicar una sanción a la colaboración que presta el extraneus al intraneus en la ejecución de un delito especial propio, se estaría dando vigencia a los fines de la pena de forma eficaz.

1.7.3 OPERACIONALIZACIÓN DE HIPÓTESIS.

HIPOTESIS GENERAL

La colaboración que brinda el extraneus en la ejecución de los delitos especiales propios, según el ordenamiento jurídico penal salvadoreño,

genera impunidad para estos, al no disponer una norma que prevea tal situación.	
Variable independiente	Variable dependiente
La colaboración que brinda el extraneus en la ejecución de un delito especial propio.	Según el ordenamiento jurídico penal salvadoreño genera impunidad para estos, al no disponer una disposición que prevea tal situación.
Indicadores X	Indicadores Y
<ol style="list-style-type: none"> 1. Actos tendientes a facilitar el delito. 2. Personas ajenas o extrañas 3. Colaboración necesaria 4. Colaboración no necesaria 5. Delitos especiales propios 6. Delitos especiales impropios 	<ol style="list-style-type: none"> 1. Inexistencia de una norma penal 2. Legislación deficiente ante delincuencia. 3. No se ejerce el poder punitivo del Estado. 4. Impunidad de sujetos ajenos al delito. 5. Necesidad de una norma penalizadora.

HIPOTESIS ESPECÍFICAS.	
La inexistencia de una disposición penal que regule las conductas realizadas por el extraneus en los delitos especiales propios, genera mayor oportunidad para que estos delinca libremente, y en consecuencia, dichos delitos se cometen con más frecuencia y facilidad	
Variable independiente	Variable dependiente
La inexistencia de una disposición penal que establezca la penalidad para los extraneus	Mayor oportunidad para que estos delinca libremente, y en consecuencia, dichos delitos se

	cometen con más frecuencia y facilidad.
--	---

HIPOTESIS ESPECIFICA	
El Estado deja de ejercer parte de su poder punitivo al no crear una norma jurídico penal que sancione la participación del extraneus, cuando estos colaboran en la ejecución de un delito especial.	
Variable Independiente	Variable Dependiente
El Estado deja de ejercer parte de su poder punitivo al no crear una norma jurídico penal.	Sancionar la participación del extraneus, cuando estos colaboran en la ejecución de un delito especial.
Indicadores X	Indicadores Y
<ol style="list-style-type: none"> 1. Atribuciones del Estado. 2. Ejercicio del <i>Ius Puniendi</i>. 3. Supuesto jurídico de la norma penal. 4. Incumplimiento de obligaciones por parte del Estado. 5. Creación de norma penal. 	<ol style="list-style-type: none"> 1. Consecuencia jurídica. 2. Colaboración criminal. 3. Inexistencia de cualidades específicas. 4. Infracción criminal diferente o especial. 5. Requisitos para llegar a ser sujeto activo de un delito.

<p>HIPOTESIS ESPECÍFICAS.</p> <p>Al aplicar una sanción a la colaboración que presta el extraneus al intraneus en la ejecución de un delito especial propio, se estaría dando vigencia a los fines de la pena de forma eficaz.</p>

Variable Independiente	Variable Dependiente.
Al aplicar una sanción a la colaboración que presta el extraneus al intraneus en la ejecución de un delito especial	Se estaría dando vigencia a los fines de la pena de forma eficaz.
Indicadores X	Indicadores Y
<ol style="list-style-type: none"> 1. Imposición de una sanción de carácter penal. 2. Ayuda de personas ajenas o extrañas a los sujetos activos de delitos. 3. Personas que ostentan la calidad de funcionario, empleado público, jueces y otros. 4. Injustos criminales que solo pueden ser cometidos por personas determinados. 	<ol style="list-style-type: none"> 1. Objetivos que persiguen la sanción penal. 2. Represión de los sujetos que cometen delito. 3. Prevención de delitos. 4. Sociedad con bajo índice de delitos. 5. Eficacia del poder punitivo del Estado.

CAPITULO II.

AUTORIA Y PARTICIPACION CRIMINAL.

2.1 ORIGEN Y EVOLUCIÓN HISTÓRICA DEL CONCEPTO DE AUTOR.

En el transcurso de la historia muchos autores en materia penal se han dado la tarea de crear doctrinas que aporten una respuesta a las diferentes intervenciones que realizan los delincuentes en la ejecución de un injusto criminal, es decir, determinar quién es la persona que comete el delito, y quienes son solo sus colaboradores; en otras palabras establecer la diferencia entre autoría y participación y o complicidad. En virtud de lo anterior han surgido una variedad de teorías que a través del tiempo se han ido perfeccionando y dando solución a los problemas relativos a la participación criminal, tal es el caso de la autoría mediata, la participación en delitos especiales, etc.

A continuación se presenta el desarrollo de la figura de la Autoría y Participación; de la siguiente manera:

2.1.1 Teoría unitaria de autor.

La teoría unitaria de autor no hacía ninguna diferenciación entre los distintos partícipes del delito, considerando autores a todos los intervinientes que aportaban una contribución causal a la realización del tipo, con independencia de la importancia que haya tenido su colaboración en el marco total del suceso. Según esta concepción bastará una conexión causal con el hecho para llegar a la conclusión de que el individuo ha sido su autor.

Uno de los defensores más importante de esta categoría es Kienapfel, en su momento diferenció entre un concepto “unitario formal” y el propuesto por él

mismo, que llamó “unitario funcional o material”.³

Esta posición tiene su base en la teoría de la equivalencia de las condiciones, que había sido desarrollada por von Buri, según la cual todas las condiciones de un resultado son equivalentes y cada una de ellas se debe considerar causa del mismo. Desde este punto de vista cualquier aporte que se haga al hecho implicará su causación. De acuerdo a ello, o los que aporten alguna intervención en el hecho deben considerarse causantes del mismo, y por consiguiente, autores. Del mismo modo Jescheck afirma que el concepto unitario de autor no sabe distinguir entre autoría y participación.⁴

Aquella falta de límite entre la autoría y la participación que nos llega a propósito del concepto unitario de autor, tiene lugar en virtud de considerar el aporte de cada una de las personas que concurren ante un mismo hecho como causas equivalentes sin las cuales el resultado no hubiera acontecido. Y si todos los aportes de las personas que concurren para la comisión del hecho, son aportes o causas equivalentes, entonces es esta equivalencia de contribuciones la que no permite diferenciar entre quién es autor y quién es partícipe, dado que se califica a todos los intervinientes como si tuvieran aportaciones causalmente equivalentes. Una de las principales causas por las cuales no tuvo éxito esta teoría, es la superación del *dogma causal*.⁵

³ DIAZ Y GARCIA CONLLEDO, Miguel. *La Autoría en el Derecho Penal*, Ed. PPU, Barcelona, 1991, P. 65.

⁴ BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio y otros. *Lecciones de Derecho Penal, Parte General*, Ed. Praxis, Barcelona, 1996, P. 250.

⁵ JAKOBS, Günther. *La autoría mediata con instrumentos que actúan por error como problema de la imputación objetiva*. Tr. Melía, Manuel Cancio. Universidad Externado de Colombia. Centro de investigaciones de Derecho Penal y Filosofía del Derecho, Bogotá, 1996, P. 25

Toda contribución causal al resultado típico importa autoría. Dentro de esa fórmula *material-objetiva* se concibieron diversas variantes que, siguiendo a algunas doctrinas sobre la causalidad y distinguiendo entre *causa* y *condición*, asignaban carácter de autor al que había puesto la primera y el de partícipe al que sólo había colocado una condición.⁶

Otro fundamentó según Donna, de la teoría analizada está el ideal que se acerca más a una opción político criminal, que parte de la contemplación del delito como obra en común de todos los que contribuyen a él y estima conveniente, en principio, castigar por igual a todos ellos, y especialmente sin que el castigo de unos (los partícipes) dependa de lo que haga otro (el autor).⁷

2.1.1.1 Críticas al concepto unitario de autor.

El concepto unitario de autor ha sufrido fuertes críticas, que lo ha llevado, en principio al cierto descrédito en la actualidad.

Como sostiene Jescheck, el abandono del principio de accesoriedad difuminaría los contornos del tipo, ya que el específico injusto de la acción de cada tipo se perdería con la reinterpretación que incluyen todas las contribuciones al hecho en la causación de la lesiones a los bienes jurídicos.⁸ Se afectaría de esta manera la función de garantía de los tipos penales y por lo tanto el principio de legalidad.⁹

⁶ FONTAN BALESTRA, Carlos. *Derecho Penal. Introducción y Parte General*, Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1998, P. 404.

⁷ DONNA, Edgardo Alberto. *La Autoría y Participación Criminal*, Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1998, P. 15

⁸ JESCHECK, Hans-Heinrich. *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, 4ª Ed., Trad. de José Luis Manzanares Samaniego, Comares, Granada, 1993, P. 587

⁹ *Ibidem*, P. 16

En los delitos especiales habría que considerar como autores a sujetos que no reúnen las condiciones exigidas por el tipo penal. Si un particular coopera con un funcionario público en la comisión de algún delito propio de su función, de acuerdo a categorías se llegaría al asunto de considerar que el particular también fue el autor del hecho.

Lo mismo sucede con los llamados delitos de propia mano en los que sólo puede ser autor quien realiza por sí la acción típica.

2.1.2 Concepto extensivo de autor.

El concepto extensivo de autor reviste dos vertientes: de un lado, Schmidt y Lony¹⁰, autores que defienden el concepto extensivo de autor con una visión en que la causalidad de la acción de los intervinientes es poco trascendente, y enfoca su trabajo principalmente a explicar la autoría mediata. En otro sector están los destacados penalistas: Mezger y Spindel, quienes dotan al concepto extensivo de autor, de un contenido puramente causal.¹¹

Se reconoce que el concepto extensivo de autor tiene lugar a partir de la falta de coherencia que reviste en la autoría mediata partiendo del punto de vista del concepto restrictivo de autor. Schmidt formula una monografía sobre "La autoría mediata"; posteriormente su discípulo Lony, realizó una monografía sobre el concepto extensivo y restrictivo de autor.

2.1.3 Concepto restrictivo de autor.

El concepto restrictivo de autor estima la presencia de la autoría, allí cuando el sujeto activo del delito ha colmado por completo la descripción del tipo

¹⁰ DIAZ Y GARCIA CONLLEDO, *Op. Cit*, P. 261. Refiriéndose a Schmidt y a Lony; nos comenta Díaz García Conlledo: Hay que señalar que en estos autores... se destaca de manera constante un esfuerzo para poder explicar convenientemente la autoría mediata.

¹¹ <http://www.mariocafiero.com.ar/lesa/Art.Dr.CarlosDazaGomez.pdf>

penal; en este sentido es autor quien describe con su comportamiento la descripción típica de la norma penal.¹²

Todo concepto restrictivo de autor ha de basarse en la diferencia entre autor y partícipe. Concretamente, la teoría que mejor ha elaborado un concepto restringido de autor, es la teoría del dominio del hecho; pero no ha sido la única: tenemos, por ejemplo, con otras importantes contribuciones, que con el mismo propósito de delimitar el concepto de autor se han presentado, tal es el caso de las teorías objetivo- formales.¹³

Ahora bien, debe decirse que el concepto extensivo de autor tiene el fundamento sobre la causalidad provocada o favorecida respecto de quien dañó algún bien jurídico tutelado.

2.1.4 Teorías diferenciadoras.

Se les llama diferenciadoras a este grupo de ideas, porque como su nombre lo indica, hacen una distinción entre lo que son autores y cómplices, es decir, que aunque intervengan en un mismo delito, no se les considerará como autores a todos, sino que, se tomarán en cuenta ciertos supuestos para determinar su calidad, siendo unos autores y los otros solamente cómplices; Según lo afirma Donna: La...alternativa (de) distinguir varias formas de intervención según el grado de importancia material del aporte realizado. 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.

¹² PÉREZ MANZANO, Mercedes. *Autoría Y Participación Imprudente*. Ed. Civitas, Madrid, 1999. P. 27. "Frente a este modelo, la doctrina española mayoritaria ha defendido no sólo la posibilidad dogmática de la diferencia entre conductas atribuibles a título de autoría imprudente y conductas de participación, sino la mayor adecuación de este concepto restrictivo de autor en los delitos imprudentes con la regulación jurídico-positiva de los mismos".

¹³ JAKOBS, Günther. *La Competencia por Organización en El Delito Omisivo*. Tr. Enrique Peñaranda Ramos. Universidad Externado de Colombia. Centro de Investigaciones de Derecho Penal y Filosofía del Derecho. Bogotá, 1995, P. 115

Dentro de esta idea la cuestión se complica, ya que existen cantidades de teorías sobre el punto¹⁴, como son las siguientes:

2.1.4.1 Teoría subjetiva.

Se sostiene desde esta posición que será autor el que a su vez con *animus auctoris*; y partícipe, el que lo haga con *animus socii*.¹⁵

El *animus auctoris* quiere decir que un sujeto tiene la intención de realizar por sí mismo un delito determinado; mientras que *animus socii*, se refiere a que un sujeto solamente quiere aportar su ayuda al sujeto que comete un delito.

La teoría subjetiva, al igual que el concepto unitario, parte de la teoría de la equivalencia de las condiciones. Según esta posición, desde la perspectiva objetiva no es posible establecer ningún tipo de diferencias entre las intervenciones de los distintos sujetos. Todos los individuos que realicen algún aporte en el hecho son sus causantes. Desde el punto de vista causal, facilitar el arma al homicida o el acto de disparar produciendo la muerte son idénticos. Ahora bien, a diferencia de los sostenedores de la teoría de la unión, los partidarios de la teoría subjetiva consideran que la distinción entre autor y partícipe es necesaria e impuesta por la ley.

En consecuencia, si desde el punto de vista objetivo la diferenciación es imposible, no queda otra alternativa que buscarla en el plano subjetivo.¹⁶

Como señala Gimbernat Ordeig, el fundamento de esta teoría es muy sencillo. Se parte de la teoría causal de la condición y, en base a ella, se niega toda distinción objetiva entre la actividad del autor y la del cómplice:

¹⁴ DONNA, *Op. Cit*, P. 13.

¹⁵ DIAZ Y GARCIA CONLLEDO, *Op. Cit*, P. 295

¹⁶ *Ibidem*, P.18

ambos no hacen más que colocar una condición del resultado, y una condición es posible distinguirla de otra condición.¹⁷

Bacigalupo¹⁸ afirma que quienes no creen posible una delimitación de las formas de participación sobre la base de la teoría formal-objetiva proponen, en primer término, una *teoría subjetiva*, es decir, una teoría basada en la dirección de la voluntad del partícipe.

De esta manera la teoría subjetiva no era sino una consecuencia de la concepción que sólo atribuía al comportamiento humano una manifestación causal naturalística en el mundo exterior. En la medida en la que la reducción de la realidad social a categorías naturalísticas fue puesta en duda, y en el concepto de ilícito se introdujeron elementos valorativos, la equivalencia valorativa ya no pudo ser deducida sin más de la equivalencia causal. Como consecuencia de ello la teoría subjetiva ha sido rechazada en la teoría y, salvo pocas excepciones, no ha merecido la consideración de la jurisprudencia.

La teoría subjetiva ha realizado un considerable acercamiento a las teorías material-objetivas, introduciendo el concepto de *voluntad de dominio del hecho* y apreciando los casos concretos que quien *objetivamente* tiene el dominio del hecho, por regla, tendrá también la voluntad de poseerlo.

Fontan Balestra sostiene que la teoría *subjetiva* efectuaba la disposición sobre la base de la dirección de la voluntad del agente y no de su aporte material. Es considerado *autor*, en tal caso, quien quiere el hecho para sí, y

¹⁷ GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. *Autor y Cómplice en Derecho Penal*, Ed. Universidad de Madrid, sección de publicación e intercambio, Madrid, 1966, P. 42

¹⁸ BACIGALUPO, Enrique. *Derecho Penal Parte General*, ed. 2ª, Ed. Hammurabi, Argentina, 1999, p. 489.

cómplice el que quiere el hecho para otro, que actúa como socio.¹⁹

2.1.4.1.1 Principales corrientes.

Existieron diversas posturas, dentro de esta teoría, que tenían como objeto determinar qué aspecto subjetivo era lo que se iba a tomar en cuenta por parte de los intervinientes de un delito, para considerarlo como autor o como cómplice; siendo que podría ser su conocimiento y voluntad de querer ejecutar el injusto, o el interés que persiguiera en su comisión. Por ello se detallan las siguientes:

a) La teoría del dolo.

El defensor más destacado de la teoría fue von Buri, quien afirmaba que lo distinto del autor con respecto al partícipe sólo cabe individualizarlo en la independencia de la voluntad del autor y en la dependencia del partícipe. El partícipe quiere el resultado, sólo si el autor lo quiere, y si el autor no lo quiere, tampoco él. La decisión de que si el resultado se va a producir o no debe pues, dejarla a criterio del autor.²⁰

Bocklemann afirmaba que “la complicidad viene que ser diferenciada de la autoría como ayuda de puntos de vista subjetivos. Pero el criterio decisivo no es una voluntad, vaga y difícil de captar de cometer el hecho no como propio. Consiste un estado de cosas psíquico muy concreto, a saber, en la subordinación del dolo que posee el cómplice a la decisión del autor principal”.²¹

Según Roxin, “si el autor quiere llevar a la consumación su propio hecho, el

¹⁹ FONTAN BALESTRA, *Op. Cit*, P. 404.

²⁰ DONNA, *Op. Cit*, P. 19.

²¹ BOCKLEMANN, *Abhandlungen*, citado por DIAZ Y GARCIA CONLLEDO, *Op. Cit*, p. 315.

partícipe sólo quiere apoyar un hecho ajeno, el del autor, sólo cabe hallar el sentido de que el partícipe únicamente puede tener una voluntad dependiente de la del autor, dejando a criterio de este si el hecho se va a consumir o no”.

La síntesis estaría dada por el siguiente concepto, por el cual el autor no reconoce otra voluntad superior a la suya, mientras que el partícipe debe a criterio del autor del hecho va a llegar o no a la consumación.²²

Esta teoría hace depender de los intervinientes las calidades de autoría y participación; en otras palabras, dependerá del dolo del sujeto actuante para decidir si estamos en presencia de un autor o de un partícipe. Desde luego, una teoría subjetiva como la que se expone, no puede ser aplicada en la práctica, pues, a decir verdad, muy poco nos debe interesar si una persona quería ser autor de un delito, o simplemente tenía el propósito de cooperar en el mismo -realizando buena parte de los hechos delictivos-, y en atención a ese mero dicho atribuirle responsabilidad como autor o partícipe. La responsabilidad penal no puede estar sujeta a la libre interpretación del interviniente”.²³

b) La teoría del interés.

La teoría defendida por Feuerbach y Henke, entre otros, afirmaba que el autor es aquel que tiene *animus auctoris* y éste es el que tiene hombre sigue un interés propio en el hecho, mientras que el partícipe, que afirman tiene *animus socii*, no puede tener interés independiente alguno en la causación

²² ROXIN, Claus. *Autoría y Dominio del Hecho en Derecho Penal*, 7ª ed, Ed. Marcial Pons, Madrid – Barcelona, 2000, PP. 71-72.

²³ JAKOBS, Günther. *El Concepto Jurídico Penal de Acción*. Tr. Meliá, Manuel Cancio. Universidad Externado de Colombia, Centro de Investigaciones de Derecho Penal y Filosofía del Derecho. Bogotá, 1996, P. 99

del delito, sino que actúa en interés ajeno.²⁴

De acuerdo a la teoría subjetiva, el autor es quien quiere al hecho como propio, es decir, quien actúa con *animus auctoris*. Al contrario, el cómplice aquel que quiere el hecho como ajeno, manifestando meramente un *animus socii*.²⁵ Autor será, entonces, quien obre con voluntad de autor, independientemente del aporte exterior que realicen, es decir, el que realice el delito por su propia decisión y en su mismo interés, no dependiendo de la voluntad de otra persona.²⁶

Esta teoría sostiene que es autor quien tiene un *interés propio* en que el hecho delictivo se produzca, mientras que es partícipe aquel sujeto que interviene en los hechos delictivos sin un interés propio, es decir, a favor de un *interés ajeno*. La teoría del interés, al igual que la teoría del dolo, son teorías subjetivas, que no pueden ser aceptadas, pues al depender de lo subjetivo no son demostrables en un proceso penal.

2.1.4.1.2 Críticas a la teoría subjetiva.

Es evidente que los partidarios de la misma teoría incurren en una contradicción única. Para ellos la acción se agota en una mera causación del resultado, sin considerar la dirección de la voluntad del autor, deduciéndose de la causa la verdadera autoría. Sin embargo, la finalidad del sujeto, hasta ahora declarada irrelevante en la estructura de la acción, es utilizada tardíamente como un elemento corrector de este concepto de autor demasiado extenso. En lugar de servir como piedra fundamental de la acción y con ello de la autoría como fundamento del hecho punible, a partir de la

²⁴ DONNA, *Op. Cit.*, P. 20.

²⁵ MAURACH, Reinhant y otros. *Derecho Penal. Parte General*, T. II, trad. de la 7ª ed., Ed. Astrea, Buenos Aires, 1995, P. 302.

²⁶ *Ibidem*, P. 20

cual la participación será reducida posteriormente como fenómeno accesorio, la voluntad de la acción, luego de afirmar a la verdadera autoría, se utiliza como una forma de ajuste a la ley.²⁷

Cerezo Mir²⁸ afirma que la teoría de la equivalencia sólo se deduce que todas las condiciones que llevan a resultados son equivalentes desde el punto de vista causal, pero lo que no se observa es que desde el punto de vista del injusto y de la culpabilidad esa conducta puede tener una significación distinta con la cual no es cierto que puedan establecerse diferencias desde el punto de vista objetivo.

Gimbernat Ordeig²⁹ afirma que la teoría subjetiva, explica por qué, desde el punto de vista objetivo las actividades del autor y cómplice han de ser consideradas únicamente como condiciones. Por ejemplo si alguien le entrega una pistola para que otro mate con ella, es posible considerar su acción y la del autor directo como condiciones de resultado, y entonces, desde este punto de vista, no existe entre ellas ninguna diferencia objetiva. Pero si se adopta otro enfoque y que existen distinciones. No es lo mismo entregar el arma que disparar.

Desde el punto de vista práctico se dice que la fórmula subjetiva no introduce ningún elemento comprobable, pues en muchos casos es imposible investigar la voluntad real de los sujetos.

Quizá el mayor reparo que puede formularse contra esta categoría es que según el principio de legalidad. En virtud de este principio, los tipos penales

²⁷ MAURACH, *Op. Cit*, P. 299.

²⁸ CEREZO MIR, José. *Curso de Derecho Penal español*. T. III, Ed. Tecnos, Madrid, 2001, P. 209.

²⁹ GIMBERNAT ORDEIG, *Autor y Cómplice en Derecho Penal*, *Op. Cit*, P. 44.

describen las conductas prohibidas, y al hacerlo claramente señalan quien debe ser considerado autor. Se pretende reemplazar la comisión objetiva del hecho por el subjetivo, el autor quiere el hecho como propio, en realidad destruye el concepto de autor y con éste la función de garantía de los tipos.³⁰

2.1.4.2 Teorías objetivas.³¹

Toda teoría objetiva de la autoría consiste en calificar como autor a quien ha cometido el hecho típico descrito en la Ley Penal. La herencia doctrinaria de esta teoría objetiva nos viene provista desde los tiempos del creador del tipo penal como categoría esencial del ilícito: nos referimos nada menos que al propio Ernest von Beling.³²

Esta teoría se clasifica en:

2.1.4.2.1 La teoría formal objetiva.

Esta teoría, que recibe su nombre de Birkmeyer pero es la más antigua, a tal punto que la autoría afirman que ya en el siglo XIX contaba con defensores, consideran como autor a quien ejecuta personalmente, ya sea total o parcialmente, la acción descrita en los tipos de la parte especial. En caso de que el delito sea pluri activo, será el que realiza aunque sea alguno los elementos típicos. Desde este punto de vista sólo se tiene en cuenta si el sujeto realiza de propia mano del verbo típico. El autor quien mata, quien sustrae la cosa, o quien hace un documento falso; cualquier aporte de otro tipo anterior o simultáneo es considerado como participación.³³

³⁰ MAURACH, *Op. Cit*, P. 306

³¹ LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo. *Autoría Y Participación*, Ed. Akal. Madrid, 1996, P. 26: "La teoría clásica distingue dentro del delito entre una parte objetiva y otra parte subjetiva. A aquella pertenece la acción, entendida como mera causación del resultado, mientras que a ésta, a la parte subjetiva, le corresponde la culpabilidad".

³² BELING, Ernest von. *Esquema de Derecho Penal. La Doctrina del Delito Tipo*, Tr. Soler, Sebastián, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1944, P. 125

³³ DONNA, *Op. Cit*, PP. 24- 25

La posición analizada descansa sobre la teoría causal de la acción, cuya consecuencia necesaria es la de cerrar el camino a una aprehensión material del concepto de autor. La disposición interna del autor, su interés personal en el resultado y el dominio espiritual de su ubicación dentro de una pluralidad de sujetos actuantes, es irrelevante.³⁴

Algunos consideran que el hecho de ejecutar el delito revela una mayor peligrosidad y responsabilidad de cometer un mero acto preparatorio o de colaboración. Finger sostiene que está en consonancia con nuestra sensibilidad castigar más duramente, entre varias personas que cometen conjuntamente un asesinato, aquellos que han atentado contra la vida de la víctima que aquellos que, por ejemplo, sólo han actuado como vigilantes.³⁵

Beling argumentaba que el lenguaje de la vida divide rigurosamente, dentro del sector de la “muerte de una persona”, aquel comportamiento que a pesar de hallarse internamente vinculado a aquella, se encuentra ante su conjunto a la muerte desde el punto de vista de la norma, uno de los argumentos más importantes que toman sus sostenedores reside en la letra de la ley que, cuando se refiere a los autores, expresa: “los que tomasen parte de la ejecución del hecho”.³⁶

Bien observa Bacigalupo que la expresión tomar parte en la ejecución es totalmente inadecuada para sostener cualquier teoría sobre la distinción entre el autor y los demás partícipes, pues en verdad todos toman parte a la ejecución del hecho, los autores o partícipes.³⁷

³⁴ MAURACH, *Op. Cit*, P. 311

³⁵ DONNA, *Op. Cit*, P. 25.

³⁶ GIMBERNAT ORDEIG, *Autor y Cómplice en Derecho Penal*, *Op. Cit*, PP. 23- 24

³⁷ BACIGALUPO, Enrique. *Manual de Derecho Penal. Parte General*, Ed. Temis, Bogotá, 1984, P. 180

Según Fontan Balestra esta teoría consideraba *autor* a quien ejecuta por sí mismo, total o parcialmente, las acciones descritas en los tipos penales; las restantes personas que intervienen en el delito son *cómplices* o *instigadores*.³⁸

Esta teoría sirvió para construir un concepto restrictivo de autoría, concepto que distingue entre quién es autor y quién es partícipe; para ello, hubo de allegarse, primeramente, al principio de legalidad, en el sentido de que, por disposición constitucional, todo comportamiento debe coincidir con la acción descrita en el tipo; de ahí que será autor la persona que realice la conducta subsumible en el tipo de la parte especial; en cambio, se considerará partícipe, el sujeto que realice alguna *aportación* en el hecho que no pueda subsumirse al tipo de la parte especial.

Un sector considerable de la teoría piensa que el concepto de autor en el sentido de la teoría formal-objetiva se infiere de los respectivos tipos de la Parte Especial. Pero este criterio no brinda sino una solución aparente, pues en el delito de homicidio, por ejemplo, se dice que realiza el tipo el que mata a otro, pero de allí no es posible deducir quién es el que mata a otro cuando son varios los que toman parte en el hecho. Sobre todo cuando se reconoce que los tipos de la Parte Especial 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 ha estado, en los precedentes doctrinales que la informan, ligada al concepto restrictivo de autor, por oposición a un concepto extensivo. Sin embargo, en la variedad representada por quienes piensan

³⁸ FONTAN BALESTRA. *Op. Cit.*, P. 405

que su fundamento reside en "tomar parte directa en la ejecución del hecho", ha dado fundamento a un concepto extensivo de autor, dada la imposibilidad de diferenciar a los autores de los cómplices o cooperadores, ya que éstos también toman parte en la ejecución. Del "tomar parte" no es posible deducir todavía quién es autor y quién es cómplice o cooperador.

Según Bacigalupo³⁹ 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. Esto significa que es necesario comprobar si la acción realizada puede ser considerada la mencionada en el texto legal haciendo un "*uso sencillo del lenguaje de la vida*". Esta noción de autor estaba fuertemente condicionada por el contexto sistemático en el que se desarrolló.

En efecto, en el nivel de la tipicidad no era posible introducir elementos subjetivos, pues en el sistema de la época estos elementos pertenecían exclusivamente a la culpabilidad. Por lo tanto, la teoría se desarrolló intentando distinguir conceptualmente entre "causa" y "condición" o entre "ejecución" y "cooperación o apoyo".

El desenvolvimiento de la teoría del delito terminó, en cierta forma, con la posibilidad de una concepción puramente objetiva de la autoría, dado que dio lugar en el tipo penal a los *elementos subjetivos del tipo*. En la medida, entonces, en la 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,

³⁹ BACIGALUPO, *Derecho Penal, Op. Cit*, P. 491.

"también la realización de los elementos subjetivos de la ilicitud fundamentan la autoría".⁴⁰

En relación al delito de hurto, afirma que "es coautor (de este delito) el que comienza a ejecutar la custodia del sujeto pasivo, y cómplice el que proporciona al autor un medio para llevarlo a cabo; pero también puede ser autor el que tiene el propósito de apropiación.

Por lo tanto, una vez reconocidos los elementos subjetivos de la tipicidad, la teoría "formal-objetiva" ya no reflejaba una noción de autor formalmente objetiva.

La teoría formal-objetiva, por otra parte, no puede proporcionar una solución plausible a los casos en los que una persona (no inductor) se vale de otra para ejecutar la acción típica (*autoría mediata*).

Entonces cabe señalar que, la autoría mediata genera problemas conceptuales en los *delitos especiales propios*, en los que la realización corporal de la acción típica no es suficiente para la tipicidad de la acción y, por lo tanto, para la autoría. Precisamente la necesidad de superación de estos problemas fue la que condujo al *concepto extensivo de autor*, que considera autor a aquel "a cuyo comportamiento se reconduce una lesión de intereses típicos, cualquiera sea la configuración exterior de su conducta".

2.1.4.2.1.1 Críticas a la teoría formal objetiva.

Según Donna, en principio esta teoría parece ser aceptable y aplicable, pero por otro lado resulta insuficiente frente a la complejidad de la conducta

⁴⁰ BACIGALUPO, *Derecho Penal, Op. Cit.*, P.491

humana.⁴¹ Por eso Cerezo Mir plantea que sólo forzando los conceptos se podría incluir a la autoría mediata y a algunos casos de coautoría.⁴²

En los casos de autoría mediata, varios de sus seguidores han intentado solucionar este problema, limitando la accesoriedad, pero como bien observa Roxin, por esta vía se convertiría fraudulentamente un caso de autoría en un caso de participación. Es que en los casos de autoría mediata, el autor no realiza de propia mano al tipo penal, sino el que ejecuta el verbo típico es el instrumento, que hasta puede actuar con dolo.⁴³

Como señala Gimbernat Ordeig esta posición no puede aceptarse. En primer lugar, existe supuesto en los que incluir la actividad del sujeto en la inducción es algo que sólo se puede conseguir en base a una interpretación analógica del precepto penal que define la inducción.⁴⁴

La teoría formal objetiva tampoco está en condiciones de resolver correctamente ciertas formas de coautoría.⁴⁵ Esta posición no podría castigar como autor, sino solamente como cómplice al jefe de la banda que dirija el asalto ordenando y controlando, dado que este, sin intervenir por propia mano, guía la parte menos importante del asalto a sus cómplices. Ello implicaría un absurdo premio al intervinientes más peligroso.⁴⁶

Pero aún más, desde la regulación legal, no se puede aceptar que el legislador pretenda valorar de distinta manera a quienes ha realizado una

⁴¹ DONNA, *Op. Cit*, P. 27

⁴² CEREZO MIR, *Op. Cit*, P. 208.

⁴³ *Ibidem*, P. 27

⁴⁴ GIMBERNAT ORDEIG, *Autor y Cómplice en Derecho Penal*, *Op. Cit*, P. 38.

⁴⁵ DIAZ Y GARCIA CONLLEDO, *Op. Cit*, P. 480

⁴⁶ MAURACH, *Op. Cit*, P. 311.

obra en conjunto. De forma que no se puede exigir para la autoría que cada interviniente realice todo el tipo penal.⁴⁷

2.1.4.2.2 Las teorías objetivo materiales.

Las teorías objetivo materiales analizan la distinción entre autor y partícipe, buscando no ya el ámbito subjetivo del intervinientes al hecho, sino un carácter material, ya que no se conforman con la remisión a los tipos de delito. Y ésta es su desventaja, lo que hace que frente a un criterio restrictivo de autor que ya no deban aceptarse.⁴⁸

Las teorías material-objetivas se orientan, en general, por pautas objetivas, pero procuran establecer el sentido de la intervención de varias personas atendiendo a criterios de contenido, es decir, que van más allá de la forma misma del comportamiento. Las teorías material-objetivas más antiguas han procurado una distinción basada en diferenciaciones dentro de la causalidad (teoría de la *necesidad de la aportación causal*).

2.1.4.2.2.1 Variantes de las teorías objetivo materiales.

a) Teoría del dominio del hecho.

Quien primero utilizó la expresión dominio del hecho fue Hegler en 1915⁴⁹, la teoría del dominio del hecho es ampliamente mayoritaria en la doctrina extranjera, y sin duda, tuvo un fuerte empuje en el mal llamado concepto finalista de la acción de Welzel que había comenzado a ser desarrollado ya en 1939⁵⁰, aunque luego ha tenido distintos exponentes, y que últimamente ha sido criticada por la teoría funcional de Jakobs.⁵¹

⁴⁷ DONNA, *Op. Cit*, P. 29.

⁴⁸ DIAZ Y GARCIA CONLLEDO, *Op. Cit*, P. 536.

⁴⁹ ROXIN, *Op. Cit*, P. 80

⁵⁰ *Ibidem*, P. 31

⁵¹ La crítica en la doctrina corrió por parte de Núñez y ahora de Fierro.

La teoría del dominio del hecho pertenece a la clase de posturas que distinguen entre autoría y participación, y en este sentido puede ser calificada como una *teoría restrictiva*; pero además, es una *teoría objetivo-material*, pues ella trata de localizar los elementos objetivo-materiales de dominio (funcional) del hecho, conforme a los cuales pueda acreditar la autoría o la participación de alguna persona concurrente en la comisión de algún ilícito.

De conformidad con la teoría del dominio del hecho,⁵² es autor el sujeto que tenga el control directo sobre el acaecimiento del ilícito; es coautor la persona que posea el dominio funcional del hecho; y es autor mediato el que, teniendo el *dominio de la voluntad* de otro sujeto, ocupe a este último como instrumento para la comisión de un delito.

Por otra parte, la persona que no obstante de concurrir en la realización del hecho, es ajena tanto al control de la acción causante del resultado, así como al dominio funcional del mismo, y que ni siquiera -en un momento dado- tiene el dominio sobre la voluntad de quien o quienes lo causaron, es considerada partícipe, en tanto que su aporte fue concurrente para el alcance del delito; en menos palabras, el sujeto que habiendo concurrido a la realización del hecho no lo hizo con algún tipo de dominio funcional⁵³ (tales como pudieran ser la autoría directa, la coautoría, o en su caso, autoría mediata) entonces es calificado como partícipe. Dicho lo anterior, se deduce que cualquier imputación a título de partícipe confirma la falta de dominio del hecho.

⁵² CERESO MIR, José. *Derecho Penal, Parte General*, 2ª ed, Universidad Nacional de Educación a Distancia. Madrid, 2000, P. 180. "El concepto finalista de autor se basa en la doctrina de la acción finalista de Welzel. Autor es el que tiene el dominio finalista del hecho. Según Welzel, autor es sólo aquel que, mediante la dirección consciente del curso causal hacia la producción del resultado típico, tiene el dominio de la realización del tipo."

⁵³ ROXIN, *Op. Cit*, P. 51.

Fontan Balestra manifiesta que el criterio del dominio del hecho sostiene que es autor quien mediante la conducción consciente del fin del acontecer causal, en relación al resultado típico, es señor sobre la realización de la conducta descrita en el tipo. Es cómplice, en cambio, quien no tiene la disponibilidad del hecho.⁵⁴

1. La teoría del dominio del hecho en la llamada teoría final de la acción.

Welzel estructura su teoría sobre el dominio del hecho en base a la separación entre fe y valor y, por ende, en su giro hacia lo ontológico, se puede hacer un primer esbozo de la teoría de la siguiente manera: en materia de delitos imprudentes, al existir la teoría de la equivalencia de las condiciones, toda las causas son iguales, luego de un concepto extensivo de autor, en cambio, en los delitos dolosos, autor es quien tiene el dominio del hecho. Señor del hecho es aquel que consciente del fin, lo configura en su existencia y forma de ser; inductores y cómplices tienen dominio sobre su participación, pero no sobre el hecho mismo.

En la coautoría, es la ejecución distribuida entre varias personas, actos parciales, interrelacionados finalmente, de una resolución de actuar sustentada conjuntamente por todos. De ahí que coautor lo sea aquel que co-sustenta la resolución del hecho.⁵⁵

En síntesis expresa Roxin, existe autoría cuando se dan los siguientes requisitos.⁵⁶

- a) Dominio final del hecho.
- b) Requisitos objetivos del autor (funcionario, comerciante, soldado).

⁵⁴ FONTAN BALESTRA, *Op. Cit*, P. 405

⁵⁵ WELZEL, Hans. *Derecho Penal Alemán*, trad. de Juan Bustos Ramírez. Ed. Jurídica de Chile, 1993, P. 539

⁵⁶ DONNA, *Op. Cit*, P. 32

- c) Los requisitos subjetivos como el ánimo de lucro.
- d) Los requisitos de los delitos de propia mano.

Sin embargo, Welzel había fijado un límite a su teoría, ya que no aceptaba que el sujeto de atrás pudiera llegar a ser autor. La autoría mediata afirmaba, por medio de un sujeto actuante directo que es a su vez a autor, resulta un despropósito. Quien determina a un autor a un hecho, no es sino un inductor, y no hay voluntad de autor que pueda convertirlo en autor.⁵⁷ Por lo tanto no es autor mediato quien actúa detrás del autor directo que lo hace con error de prohibición.⁵⁸ Aunque otro sector de la doctrina considera lo contrario.

Por otro lado Cerezo Mir,⁵⁹ quien sigue la teoría del dominio del hecho, destaca que por respeto al principio de legalidad hay que partir de un concepto restrictivo u objetivo formal, que es básicamente correcto pero insuficiente, y completarlo con criterio material. En razón del referido principio, es preciso que las conductas prohibidas u ordenadas estén descritas en la ley, y el autor es el que realiza la conducta típica. Sin embargo, el concepto restringido de autor es insuficiente porque no permite comprender la figura de autor mediato.

El autor mediato no realiza la acción típica sino que se vale de otra persona como instrumento para la comisión del delito, siendo este el que realiza la acción típica. Así que el autor mediato se vale de otra persona para la comisión de delitos, siendo esta la que realiza la acción típica. Por ello es necesario completar el concepto restringido de autor con el concepto finalista: entonces autor será todo el que realice la conducta típica o alguno

⁵⁷ FONTAN BALESTRA, *Op. Cit*, P. 444

⁵⁸ DONNA, *Op. Cit*, P. 32

⁵⁹ CEREZO MIR, *Op. Cit*, P. 136

de sus elementos en los delitos dolosos; será también autor el que tenga el dominio finalista del hecho, aunque no haya realizado la conducta típica.

Según esta teoría autor es quien de acuerdo al papel desempeñado en el despliegue de la acción ha tenido el dominio o el codominio del suceso. Como señala Welzel, es el “señor del hecho”, es decir, quien realiza el delito en forma final, en razón de su decisión volitiva, dirigiéndolo en forma planificada.⁶⁰

Pertenecen al concepto de autor:

1. La característica general de autor: el dominio finalista del hecho. Dueño del hecho es quien lo ejecuta en forma finalista, sobre la base de su decisión de voluntad.

2. Las características específicas de autoría:

a) las características objetivas-personales de autor: los especiales deberes del autor, inherentes a su posición; p. ej., como funcionario, soldado, etc.

b) Las características subjetivas-personales de autor: las intenciones especiales, tendencias y formas de ánimo o de sentimiento; por ejemplo: intención de apropiación, propósito deshonesto, ánimo brutal.

2. La teoría del dominio del hecho en Maurach y Gossel.

Según Maurach y luego quién complementó la obra Gossel, autor es quien mantiene en sus manos, abarcado por el dolo, el curso causal del hecho típico. Por lo tanto, el dominio del hecho lo tiene todo quien puede impedir o hacer avanzar, a su albedrío, el hecho hasta su resultado final.⁶¹

⁶⁰ WELZEL, *Derecho Penal Alemán.... Op. Cit*, P.120

⁶¹ MAURACH, *Op. Cit*, P. 517

2.1.5 OTRAS TEORIAS

2.1.5.1 Postura de Schmidt y Lony. ⁶²

Respecto a la teoría del concepto extensivo de autor, Schmidt y Lony abordan el problema de la autoría y la participación con los propósitos de que se castigaran todos los casos de autoría mediata, sin fundamentarse para ello en teorías subjetivas que, como se sabe, dejaban la cuestión de distinguir la autoría y la participación según el *dolo* o el *interés* con que los intervinientes hubiesen actuado durante la comisión de un hecho delictivo.

Schmidt y Lony coincidieron en establecer al autor como aquel sujeto que mediante su propio actuar realiza el tipo penal previsto, o bien, hace que otro sujeto (que no actúa dolosamente) lo realice por él.

Como se puede constatar, el planteamiento de los dos autores antes señalados -al igual que su conclusión final - iba dirigido a resolver el problema de la autoría mediata, problema que no se podía dar solución adecuadamente atendiendo a las teorías subjetivas⁶³ del dolo o del interés.

2.1.5.2 Postura de Mezger y Spendel.

Mezger define al autor como el que ha causado mediante su acción el tipo legal, en tanto que su actividad no aparezca como instigación o auxilio. Probablemente, en la definición anterior sean confundidas y poco precisadas la realización del tipo y la causación del resultado, pues como se observa, la causalidad reviste el centro principal de la imputación a título de autor.

Spendel también acepta una delimitación entre la autoría y la participación,

⁶² DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *Op. Cit.*, P. 261.

⁶³ HERNÁNDEZ PLASCENCIA, José Ulises. *La Autoría Mediata en Derecho Penal*, P. 40; en otro sentido léase a Jakobs, Günther, en *La Autoría Mediata con Instrumentos que Actúan por Error como Problema de Imputación Objetiva*, P. 13. Admite este autor que en el ámbito de autoría mediata falta aún un tratamiento exacto de la imputación objetiva.

atendiendo a criterios objetivos de valoración. Este autor se muestra como uno de los críticos más agudos a las teorías subjetivas que dejan la distinción entre autoría y participación según el interés (o en su caso, el dolo) de cada uno de los intervinientes en el hecho delictivo.

2.1.5.3 El pensamiento de Claus Roxin.⁶⁴

Fue precisamente Claus Roxin quien propusiera la teoría del dominio del hecho, haciéndola florecer a tal grado de que -por unanimidad- se reconoce como teoría dominante de la autoría y la participación.

Es ampliamente reconocido este autor por la inserción que propiciara de la política criminal al interior de la dogmática penal; desde luego, adelantando los fines de prevención especial y general frente a cualquier categoría del sistema penal.

El pensamiento de Claus Roxin, en cuanto a la autoría y participación, consiste en diferenciar (en el campo de lo punible) entre autoría y participación, conforme a criterios *cualitativos*, y no -como pretende otro sector de la doctrina representado mayoritariamente por Günther Jakobs⁶⁵ - en atención a puntos de vista *cuantitativos*.

2.1.5.4 La teoría de Mir Puig.

Para este autor son solo autores aquellos causantes del hecho imputable a

⁶⁴ ROXIN, Claus. *Autoría y Dominio del Hecho en Derecho Penal*, Trs. Cuello Contreras Joaquín y Serrano González de Mourullo, José Luis. Ed. Marcial Pons. Barcelona, 1998, P. 146

⁶⁵ JAKOBS, Günther. *La Imputación Objetiva en Derecho Penal*. Trs. Carlos Suárez González y Manuel Cancio Melía. Ed. Civitas, Madrid, 1996, PP. 75-152. La razón por la que Jakobs no acoge el criterio *cualitativo* propuesto por Roxin, es porque, afirma, no es cierto que el injusto propio sólo pueda ser injusto realizado de propia mano", sino que, concluye: "algo es propio cuando exista alguna razón para imputar lo sucedido".

quienes pueden atribuirse la pertenencia, exclusiva o compartida, del delito; de entre aquellos causantes, el delito pertenecerá como por aquel o aquellos que, reuniendo las condiciones personales requeridas por el tipo (delitos especiales) parezcan como protagonistas del mismo, como sujetos principales de su realización.

Se afirma que la autoría, se origina cuando el sujeto toma el delito como suyo, lo une una relación de tendencia. Esta referencia corresponde en primer lugar al autor material individual al que puede imputarse el delito. En segundo lugar al autor mediato. El hombre de atrás, es el único causante del delito al que pueden imputársele como propio. En tercer lugar, la pertenencia del hecho es compartida por quienes se distribuyen partes esenciales del plan global de ejecución del delito (coautoría)⁶⁶

2.1.5.5 La teoría de Jakobs.

Este autor parte de la idea de autorresponsabilidad, esto es, que cada uno ha de volver de las consecuencias de su comportamiento y, para esto, es el determinante el rol que esta persona ocupa. De esto se deduce que debe oírse la imputación de aquellos hechos de un tercero extiende arbitrariamente del acontecimiento del que por el rol responde el primero. En la participación se trata de una conducta pre-ordenada, de manera que sea una continuación de una cosa del autor. Existe pues un reparto del trabajo, que tiene exigencias propias. Sin embargo, los partícipes si han de responder no sólo por sus prestaciones sino por el impulso del acontecimiento, en la medida en que han hecho posible un determinado comportamiento del receptor de la prestación.

⁶⁶ MIR PUIG, Santiago. *Derecho Penal. Parte General*, 4ª ed. Barcelona, 1996, PP. 366-367

Todo partícipe ha de responder no por lo configurado por él mismo, sino por la comunidad como otros, establecida a través de la configuración, lo que equivale a la ejecución de la realización del tipo, pero según su mayor o menor intensidad su aportación.⁶⁷

Ahora bien, y luego de haber realizado un análisis sobre la evolución que ha tenido el concepto de autor, logrando obtener con ello la diferenciación del autor principal con los demás sujetos que intervienen en un delito; por tanto, es necesario en este momento desarrollar cada una de las figuras de la participación, en sentido amplio (autoría directa, coautoría y autoría mediata) y en sentido estricto (instigación y complicidad).

2.2 CLASES DE AUTORÍA.

2.2.1 AUTORÍA DIRECTA.

Para Donna⁶⁸, autor directo o individual es quien ejecuta por sí mismo la acción típica, aquel cuya conducta es subsumible, sin más, en el tipo de la parte especial; "el que realiza el hecho por sí solo".

Es autor directo toda aquella persona que por ejemplo, mata, en el delito de Homicidio, Artículo 128 C. Pn., el que ocasiona daños en la integridad física o mental, en el injusto de las lesiones, Artículo 142 C. Pn., el que sustrae la cosa ajena, en el hurto, Artículo 207 C. Pn., el que se aprovecha de manera injusta en perjuicio de un patrimonio ajeno, mediante ardid, en el injusto criminal de la Estafa, Artículo 215 C. Pn.

Según Bacigalupo la autoría individual es la del que "realiza el hecho por sí solo", por lo tanto, sin la participación de otros que hagan contribuciones a la

⁶⁷ JAKOBS, *Imputación Objetiva...* Op. Cit, PP. 75-152

⁶⁸ DONNA, *Op. Cit*, P. 41

ejecución de la acción. Se trata de supuestos en los que la ejecución se realiza *de propia mano*.⁶⁹

En tales supuestos el dominio de la propia acción es indudable si el agente ha obrado con dolo y han concurrido los elementos objetivos y subjetivos (especial cualificación del autor y especial propósito del autor) requeridos por el tipo.

En este caso, la autoría es particularmente simple, dado que al haber un único sujeto agente, si su acción es típica, no se presentará la cuestión de distinguir su comportamiento del de otros partícipes. Dicho en otras palabras: si la acción es típica el único agente será necesariamente autor.⁷⁰

2.2.1.1 Regulación legal de la autoría directa.

El artículo 32 del Código Penal, establece lo siguiente: *“Incurrir en responsabilidad penal por el delito cometido, los autores,...Los autores pueden ser directos o pueden ser mediatos.”*

La penalidad por la que responderá esa persona que realiza un delito, según el artículo 65 del Código Penal, será la que el delito tenga señalada como tal, por ejemplo el delito de estafa, previsto y sancionado en el artículo 215 del Código Penal, el cual tiene un marco penal que oscila de dos a cinco años de prisión.

2.2.2 COAUTORIA.

La figura de la coautoría se presenta cuando en la ejecución de un delito, intervienen dos o más personas para su perpetración, es decir, como sujetos

⁶⁹ BACIGALUPO, *Derecho Penal, Op. Cit*, P. 500

⁷⁰ JAKOBS, *La Autoría Mediata, Op. Cit*, P. 37

activos del mismo, unidos por un acuerdo previo y una distribución de funciones.

Bacigalupo sostiene que son coautores los que toman parte en la ejecución del delito co-dominando el hecho.⁷¹ Según Jakobs⁷², existe coautoría cuando “según el plan de los intervinientes, se distribuyen las aportaciones necesarias para la ejecución, sea en todos los estadios del delito, de manera que las personas participantes de la ejecución codeterminan la configuración del injusto criminal, decidiendo que se lleve o no a cabo.

2.2.2.1 Elementos y particularidades.

La coautoría es propiamente autoría. Por lo tanto, los elementos de esta última deben ser compartidos por el coautor. El coautor debe tener en primer lugar el co-dominio del hecho (elemento general de la autoría) y también las calidades objetivas que lo constituyen en autor idóneo (delitos especiales), así como los elementos subjetivos de la autoría (o de lo injusto) requeridos por el delito concreto.

No hay duda, que el coautor es un autor, de modo que le corresponden todas las características del autor. Por eso debe tener el co-dominio del hecho y las calidades exigidas para el autor, en los delitos especiales, así como también, los elementos subjetivos del tipo que se requieren en ese tipo penal.⁷³

La coautoría es autoría cuya particularidad consisten que el dominio del hecho unitario es común a varias personas. Coautor es quien, estando en

⁷¹ BACIGALUPO, *Derecho Penal, Op. Cit*, P. 501

⁷² JAKOBS, *El concepto jurídico.... Op. Cit*, P. 745

⁷³ *Ibidem*, P. 501

posesión de las condiciones personales de autor, y participando de la decisión común del hecho, sobre la base de ella, coparticipa en la ejecución del delito. La coautoría se basa sobre el principio de la división del trabajo. Todo coautor complementa con su intervención las partes del hecho de los demás en un total delictuoso; por eso responde también por el total.

Coautoría en el sentido de co-ejecución de la acción típica, sólo es posible en los delitos dolosos de comisión; no así en los injustos culposos, ya que no puede existir acuerdo previo de realizar una infracción al deber objetivo de cuidado, ya que si lo existe se convertiría, la acción de los sujetos, en una conducta dolosa.⁷⁴

En los delitos dolosos de comisión, en donde la persona que mata lo hace por actuación corporal. En los casos de omisión, la autoría directa se manifiesta al existir un no hacer corporal, que trae como consecuencia un daño al bien jurídico o por lo menos un aumento en el riesgo a ese bien jurídico, en tanto que los delitos de omisión impropia el no hacer es un equivalente al hacer.⁷⁵

Desde el punto de vista de la teoría del autor, la posibilidad de la coautoría se limita a los hechos dolosos. Solo un tipo delictivo posible de ser cometido con dolo puede constituir el fundamento de la coautoría, entendida ésta como la concurrencia querida, consciente y con división de trabajo de varios autores, con el fin de obtener el mismo resultado típico.⁷⁶

Donna también considera que la coautoría es autoría particularizada porque

⁷⁴ BACIGALUPO, *Derecho Penal, Op. Cit*, P. 501

⁷⁵ DONNA, *Op. Cit*, P 41

⁷⁶ MAURACH, *Op. Cit*, P. 367

el dominio del hecho unitario es común a varias personas. Coautor será quien en posesión de las cualidades personales de autor, sea portador de la decisión común respecto del hecho y en virtud de ello, tome parte en la ejecución del delito.⁷⁷

Ejemplos de coautoría son: Cuando un sujeto amenaza a la víctima con un arma mientras su compañero le sustrae la cartera; o en el que sostiene la mujer por la fuerza, mientras otro la accede sexualmente, veremos que hay casos en que varias personas co-realizan la ejecución del hecho en distintos papeles o funciones, de forma que sus aportes al hecho complementan la total realización del tipo.⁷⁸

2.2.2.2 Requisitos para la existencia de la coautoría.

Según Welzel⁷⁹ se exigen los siguientes requisitos para estar en presencia de la figura de la coautoría:

1. La decisión común al hecho.

Este consiste en el acuerdo recíproco, expreso o tácito, sobre la perpetración común de querer realizar un delito; el cual puede establecerse hasta el momento de la consumación. Cada autor responde solo hasta donde alcanza el acuerdo y no habrá responsabilidad por el exceso del otro.

Siempre es coautor quien, en posesión de las cualidades personales de autor, efectúa una acción de ejecución en sentido técnico sobre la base de un plan común en relación al hecho, pues en la acción de ejecución por medio de un actuar final voluntario se expresa de la manera más clara la

⁷⁷ DONNA, *Op. Cit.*, P. 43

⁷⁸ *Ibidem*, P. 42

⁷⁹ WELZEL, Hans. *Derecho Penal. Parte General*. Ed. Roque Depalma, Buenos Aires, 1956, P. 129

incondicionada voluntad propia de realización.⁸⁰

El elemento esencial de la coautoría es el co-dominio del hecho. Este elemento ha sido caracterizado por Roxin⁸¹ como un dominio funcional del hecho, en el sentido de que cada uno de los coautores tiene en sus manos el dominio del hecho a través de la parte que le corresponde en la división del trabajo.

El co-dominio del hecho requiere una decisión conjunta, mediante esta se vinculan funcionalmente los distintos aportes al mismo: ejemplo de ello es cuando uno de los autores sostiene a la víctima y el otro la despoja de su dinero; cada aportación está conectada a la otra mediante la división de tareas acordada en la decisión conjunta.

Problemático es distinguir esta decisión común que fundamenta la coautoría de la división de tareas acordada entre autor y cómplice o cooperador. Las opiniones están divididas⁸²

El criterio correcto de distinción debe establecer si la división de tareas acordada importa o no subordinación de unos respecto de otro o de otros. Para la existencia de coautoría es necesario que no haya subordinación a la voluntad de uno o de varios que mantengan en sus manos la decisión sobre la consumación del delito.

El dominio del hecho de cada uno, en estos casos, no se apoya en la ejecución de aquel de quien por propia mano, sino que lo importante es la

⁸⁰ DONNA, *Op. Cit*, P. 44

⁸¹ ROXIN, *Op. Cit*, P. 597

⁸² BACIGALUPO, *Derecho Penal, Op. Cit*, P. 502

división del trabajo, sin la cual la comisión del tipo penal sería irrealizable, de manera que esta aportación lo conforma en su totalidad.⁸³

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, si él no hace su parte el hecho fracasa.⁸⁴

La adhesión a los acuerdos pactados como antes se mencionó, puede ser en el momento mismo que se lleva a cabo la reunión para planear la ejecución de delito, o posteriormente a este; asimismo, es aceptable que la adhesión se efectúe en el momento que se está ejecutando el injusto criminal.

2. La ejecución común del hecho.

No basta que las personas que han acordado realizar una infracción penal realicen un plan para la consumación del mismo y que se distribuyan las funciones para la ejecución del delito, sino que también, que ejecuten materialmente esas funciones que se comprometieron aportar.

Cada coautor ha de ser, subjetivamente, co portador de la decisión común, y, objetivamente, completar con su aportación los aportes de los demás, configurando un hecho unitario.

Pero también es coautor quién objetivamente solo realiza actos preparatorios de ayuda, cuando es co-portador de la decisión común al hecho.

El *minimus* de coparticipación objetiva en la realización típica tiene que ser compensado con un *plus* de coparticipación especial en el planteamiento del delito. Esto vale, sobre todo, para el “jefe de la banda”, que planea el hecho, distribuye los ejecutores y dirige las obras, con lo cual será coautor aunque

⁸³ MAURACH, *Op. Cit.*, P. 367

⁸⁴ *Ibidem*, P. 367

personalmente no realice actos ejecutivos.⁸⁵

Asimismo, se considera que son coautores aquellas personas, que están guardando prisión en un centro penal, y que desde dicho lugar planean la realización de delitos, los cuales son ejecutados por personas que están en libertad; y, aunque, el recluso no ejecute actos materiales en la comisión del injusto criminal, la doctrina moderna, reconoce la participación de este como esencial, es por ello, que se le sanciona como coautor.

Para la coautoría es decisiva una aportación objetiva al hecho por parte del coautor. Sólo mediante esta aportación se puede determinar si el partícipe tuvo o no el dominio del hecho y, en consecuencia, si es o no coautor. La aportación objetiva que determina la existencia de un co-dominio del hecho puede resumirse en una fórmula de utilización práctica: habrá co-dominio del hecho cada vez que el partícipe haya aportado una contribución al hecho total, en el estadio de la ejecución, de tal naturaleza que sin ella aquél no hubiera podido cometerse.

Para el juicio sobre la dependencia de la consumación del hecho de la aportación del partícipe es decisivo el plan de realización tenido en cuenta por los autores.

En efecto, el significado de la expresión "tomar parte en la ejecución" sólo de esta manera adquiere un adecuado valor dogmático en lo referente a la coautoría, pues señala precisamente el momento que va desde el comienzo de ejecución hasta la consumación, período en el que prestar una colaboración sin la cual el hecho "no se habría podido cometer" implica un

⁸⁵ DONNA, *Op. Cit.*, P. 44

aporte que revela el co-dominio del hecho.

"Es evidente que el sujeto que presta una colaboración sin la cual el hecho no habría podido cometerse decide sobre la consumación"⁸⁶ y, por lo tanto, co-domina el hecho.

De acuerdo con la teoría objetiva, "ejecución" ha de entenderse en el sentido técnico, vale decir, como realización de una acción típica. Quien sólo realiza una acción preparatoria o de ayuda, es únicamente cómplice.

Según la teoría subjetiva, "ejecución" no debe entenderse en el sentido técnico. Basta cualquier actividad que un partícipe realice, sobre la base del plan común del delito, para la ejecución del delito; por tanto, bastan también las acciones meramente preparatorias o de ayuda, hasta la mera reafirmación en la voluntad del hecho en el ejecutante. El hecho ha de haber llegado, en uno de los partícipes, por lo menos, hasta la tentativa punible.

Una diferencia entre coautoría y complicidad reside en el *campo subjetivo*. El coautor actúa con *animus auctoris*, es decir, quiere el hecho como propio. El cómplice actúa con *animus socii*, vale decir, que quiere el hecho como ajeno.

En ambos casos es indiferente qué contribución presta objetivamente el partícipe, y además, el cómplice no domina el hecho como lo hace el coautor.

2.2.2.3 Regulación legal de la coautoría.

El artículo 33 del Código Penal regula esta figura; el cual menciona que son

⁸⁶ BACIGALUPO, *Derecho Penal, Op. Cit.*, P. 503

coautores los que conjuntamente con otro u otros cometen un delito.

La sanción de la que se hacen acreedores los coautores es la que el delito tenga señalada como tal; esto de conformidad al artículo 65 del cuerpo normativo en referencia.

2.2.3 AUTORÍA MEDIATA.

Autor mediato es el que, dominando el hecho y poseyendo las demás características especiales de la autoría (objetivas y subjetivas), se sirve de otra persona (instrumento) para la ejecución de la acción típica.⁸⁷

En principio, no es necesario que el autor ejecute el hecho en todas sus fases de propia mano; puede servirse para ello de medios mecánicos, como puede, también, utilizar *a terceros* para sus fines, en tanto conserve él mismo el pleno dominio del hecho, a diferencia del tercero. El tercero queda así como un "instrumento", mientras le falte uno de los presupuestos necesarios de la autoría (el dominio del hecho).

Hay casos en que el autor no necesita ejecutar el hecho por sus propias manos: se puede servir, de instrumentos mecánicos, del accionar de otra persona, en cuando sólo ella posee al dominio de la realización del tipo.⁸⁸

Según Donna autor mediato es aquella persona que realiza el tipo penal, pero no de propia mano, sino mediante otra persona -el instrumento- que le sirve a sus fines porque no puede oponer resistencia a la voluntad dominante del autor mediato, con lo cual aparece como una herramienta en las manos de aquel.⁸⁹

⁸⁷ BACIGALUPO, *Derecho Penal, Op. Cit*, P. 505

⁸⁸ ROXIN, *Op. Cit*, P. 25

⁸⁹ DONNA, *Op. Cit*, P. 44

En esta clase de autoría lo relevante está dado por la voluntad del hombre de atrás, que aprovecha su información, la mayor inteligencia, la fuerza o el estatus diferente.

El rasgo fundamental de la autoría mediata reside en que el autor no realiza personalmente la acción ejecutiva, sino mediante otro (instrumento); y lo que caracteriza el dominio del hecho es la subordinación de la voluntad del instrumento a la del autor mediato.

Los casos en que falte la acción del instrumento, porque se lo utiliza mediante fuerza física irresistible o de una forma análoga, no dan lugar a autoría mediata sino a autoría directa. Por ejemplo: el que, atropellado por un automóvil, da contra un vitrina y rompe el cristal o el que rompe el jarrón ajeno como consecuencia de un acto reflejo que le provoca el médico; no son instrumentos de un autor mediato, sino que quienes ocasionaron el desplazamiento violento del cuerpo o el acto reflejo resultan autores inmediatos.

La autoría mediata sólo adquiere una fundamentación adecuada a través de la teoría del dominio del hecho. Así lo establece Bacigalupo quien manifiesta que se requiere que el autor mediato reúna todos los elementos objetivos y subjetivos del dominio del hecho como los elementos típicos especiales del delito de propia mano y los de los delitos de omisión.⁹⁰

El dominio del hecho significa, tal como se ha dicho en la autoría, que desde una perspectiva objetiva debe tener en sus manos el curso del acontecimiento típico.

⁹⁰ BACIGALUPO, *Derecho Penal, Op. Cit.*, P. 504

Existe un problema cuando el hombre de atrás cree que el autor inmediato desconoce la situación, aunque sin embargo éste tiene dominio del hecho. En este caso existe el elemento subjetivo del dominio del hecho, y no el objetivo. En estos supuestos hay un error de tipo al revés.⁹¹

Hirsch sostiene que en la autoría mediata queda claro que el dominio del hecho constituye el decisivo punto de partida. Cuando el que actúa directamente es simplemente un instrumento del hombre de atrás, es precisamente porque éste tiene dominio sobre los acontecimientos.⁹²

El autor mediato no causa o colabora en un hecho ajeno, sino que realiza por sí mismo el propio, aunque mediante la incorporación de otro ser humano como un sujeto en sí idóneo para la comisión responsable del hecho. Su autoría se funda en el dominio del hecho: objetivamente tiene en las manos el curso del acontecimiento típico y subjetivamente conoce y quiere este dominio.

Por ello, deben concurrir en él tanto los presupuestos objetivos como los objetivos del dominio del hecho, asimismo los eventuales elementos típicos especiales descriptivos del sujeto en los delitos de propia mano y especiales, así como los hechos punibles por omisión.⁹³

La teoría formal-objetiva no puede alcanzar tal fundamentación especialmente, ya que su punto de partida es demasiado estrecho y, en realidad, reduce todos los delitos a delitos de propia mano. Sin embargo,

⁹¹ DONNA, *Op. Cit*, P. 47

⁹² HIRSCH, Hans Joachim. *Acerca de los límites de la Autoría mediata en el Derecho Penal*, Obras completas, libro homenaje a cargo de José Cerezo Mir y Edgardo Alberto Donna, Ed. Rubinzal – Culzoni, Santa Fe, 1999, P.198

⁹³ MAURACH, *Op. Cit*, P. 329

trató de superar el punto de partida sin contradicción mediante la llamada "teoría de la preponderancia", que procura reemplazar la falta de la acción personal de ejecución mediante una ampliación del concepto de autor para los casos de autoría mediata.

De esta forma la falta de autoría directa resultaría compensada por otros elementos del delito, que son presupuestos de la punibilidad, que residen en el ámbito de la culpabilidad y sólo concurren en el autor.⁹⁴

Así, por ejemplo, en el caso de producción de un resultado mediante un instrumento que obra de acuerdo a derecho, porque lo ampara una causa de justificación, la autoría mediata resulta fundamentada porque el que obra detrás del instrumento tiene una "preponderancia en el ámbito de la antijuridicidad".⁹⁵ Son críticas de que sólo se trata de una correcta caracterización de la autoría mediata, pero no de una fundamentación dogmática.

Al instrumento se le dificulta evitar la realización del tipo de un delito doloso de un modo que excluye la imputación, y de este dificultar es responsable el autor mediato. La autoría mediata no es posible en la actuación plenamente delictiva, esto es dolosa y culpable del ejecutor.⁹⁶

Triffterer sostiene que debe distinguirse entre la autoría mediata de la inducción y cooperación, ya que presentan una estructura ontológica diversa.⁹⁷

⁹⁴ BACIGALUPO, *Derecho Penal, Op. Cit*, P. 506

⁹⁵ DONNA, *Op. Cit*, P. 67

⁹⁶ JAKOBS, *El concepto jurídico penal, Op. Cit*, P. 763

⁹⁷ TRIFFTERER, Otto. *Osterreichisches Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 2a ed, Ed. Springer verla, Wien-New York, 1994, P. 400

En el caso de la autoría se trata siempre de un hecho propio, en cambio en las otras dos se trata de la participación en un hecho ajeno.

En la autoría mediata el núcleo consiste en la degradación del ser humano a la categoría de medio material, no libre, para la obtención de los fines que se ha propuesto el hombre de atrás; en la inducción se trata de la corrupción de un ser humano libre.⁹⁸

2.2.3.1 Supuestos de autoría mediata.

2.2.3.1.1 Los casos de falta de acción.

Roxin afirma que es autor el que no es coaccionado y sin ser dependiente de modo superior a lo socialmente normal, realiza todos los elementos del tipo de propia mano.⁹⁹

Bacigalupo¹⁰⁰ manifiesta que en primer lugar se dan los casos de falta de acción del intermediario. Es el supuesto de la utilización del ser humano como proyectil.

En estos casos que en alguna oportunidad fueron considerados como de autoría mediata, hoy en día se afirma que se trata de autoría directa.

No hay que confundir, según parte de la doctrina, la autoría mediata con aquellos casos en que falta una acción del intermediario, como, por ejemplo, la utilización del hombre sometido a la fuerza física irresistible.” El autor mediato se vale, para cometer el delito, de un sujeto que es víctima de un error -la doncella, ignorándolo, lleva la víctima la taza de café que el autor mediato ha envenenado-; el autor mediato obliga al instrumento, ejerciendo

⁹⁸ MAURACH, *Op. Cit*, P.10.

⁹⁹ ROXIN, *Op. Cit*, PP. 161 y ss

¹⁰⁰ BACIGALUPO, *Derecho Penal, Op. Cit*, P. 506

sobre el miedo insuperable, a que realice el delito, el autor mediato mueve a un inimputable (a un loco o un niño) a delinquir.¹⁰¹

2.2.3.1.2 Instrumento que obra sin dolo.

La primera hipótesis de autoría mediata se da en el caso del que utiliza, como medio para alcanzar el fin propuesto, a otro cuya acción —por el contrario— no se dirige al mismo fin del autor mediato sino a uno distinto cualquiera¹⁰².

Por ejemplo: la utilización de un mensajero que ignora el contenido del paquete para entregar una bomba que estallará al ser recibida por el destinatario; la utilización de una enfermera ignorante del contenido de una jeringuilla para inyectar a otro una dosis mortal. En este caso no hay problemas ya que no existe en el instrumento voluntad de acción (dolo) en relación con el resultado muerte, mientras que el hombre de atrás si la tiene, y es más, se aprovecha de esa falta de voluntad del autor material.¹⁰³

El dolo del instrumento faltará siempre que éste obre con error o ignorancia sobre las circunstancias del tipo. En estos casos 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.

Otro ejemplo sería cuando un ladrón que le pide a un tercero que le acerque una cartera y éste cumple con el pedido, sin sospechar que en realidad está sustrayendo la cartera ajena. La tercera persona es una herramienta ciega del autor, un instrumento de la voluntad de aquel, debido al error de tipo. El

¹⁰¹ GIMBERNANT ORDEIG, *Op. Cit*, P. 222

¹⁰² BACIGALUPO, *Derecho Penal, Op. Cit*, P. 507

¹⁰³ HIRSCH, *Op. Cit*, P. 200

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 cuando ambos conocen las circunstancias en igual medida no hay posibilidad de dominio de la voluntad del otro.¹⁰⁴

Asimismo, habrá error del autor inmediato en el famoso caso “Bahía de los gansos” en donde un campesino, con intención de apropiárselos, le ordena al empleado que atraiga unos gansos ajenos detrás de sus 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 seguridad 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.¹⁰⁵

Estos casos se dan cuando 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.¹⁰⁶

Cuando ambos conocen las circunstancias en igual medida no hay posibilidad de dominio de la voluntad del otro (a no ser que concurren otros factores que permitan establecerlo). Por ejemplo: "A" incita a "B" a que pruebe su habilidad quitando un cigarrillo de la boca a "C" —que está de acuerdo con la prueba— por medio de un disparo de revólver. "B" acepta con idea de ganar la apuesta, dispara y mata a "C". Por lo menos ha obrado con

¹⁰⁴ BACIGALUPO, *Manual de Derecho Penal, Op. Cit*, P. 192

¹⁰⁵ *Ibidem*, P. 200

¹⁰⁶ BACIGALUPO, *Derecho Penal, Op. Cit*, P. 507

culpa y, en su caso, con dolo eventual. Pero, de todos modos, "B" ha tenido el dominio del hecho: "A" no es autor mediato.¹⁰⁷

2.2.3.1.3 Instrumento que obra coaccionado.

Este caso no ofrece respuestas unánimes. Se sostiene que el que obra coaccionado lo hace, sin duda, con dolo: *coactus voluit*. Tiene, por lo tanto, dominio de la acción para cuya ejecución se le coacciona y consecuentemente también la posibilidad de obrar de otra manera. Por ello se piensa que el que coacciona será en todo caso un inductor, pues ha creado en el autor el dolo, no importando para nada que lo haya hecho mediante coacción o persuasión.

Desde otro punto de vista se sostiene que podrá admitirse autoría mediata en los casos en que el coaccionado haya perdido, por la intensidad del efecto de la coacción, "la última y relevante decisión sobre lo que ocurrirá", de tal forma que ésta se traslada a las manos del que ejerce la coacción¹⁰⁸

Si se considera un caso de inducción, el exceso del autor inmediato no le será imputable por los principios generales. Si se lo considera un caso de autoría mediata, el exceso del autor inmediato será sin duda una hipótesis en la que el autor mediato ya no tiene el dominio del hecho, pues en esa parte no habrá dominado el hecho del autor inmediato. No obstante si conoce el riesgo del exceso, el autor mediato habrá obrado con dolo eventual respecto del mismo.¹⁰⁹

Del mismo modo se dará un supuesto la autoría mediata cuando el

¹⁰⁷ BACIGALUPO, *Derecho Penal, Op. Cit*, P. 507

¹⁰⁸ ROXIN, *Op. Cit*, P. 102

¹⁰⁹ *Ibidem*, P. 508

instrumento actúe típica y anti jurídicamente, pero no le sea exigible una conducta adecuada a la norma. 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. En esto se diferencia con la mera inducción.¹¹⁰

Sería el caso de la mujer embarazada A que es obligada por B, mediante amenazas graves, al medir un medio abortivo. La mujer es la ejecutora del aborto, pero no tiene responsabilidad por el hecho. B no es mero instigador, si no autor mediato, pues detentó el dominio superior sobre el curso de la acción a través de la presión coactiva sobre A.

Asimismo, 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 mataran a su hijo. Cuando el padre transporta los estupefacientes en esas condiciones, si bien tiene un mínimo de libertad, ésta no es suficiente para hacerlo responsable por su hecho, pues quien mantiene el dominio final es el secuestrador.

2.2.3.1.4 Instrumento que no obra típicamente.

Se trata, por ejemplo, del caso de las autolesiones, que no son típicas, pues el artículo 142 del Código Penal, requiere causar lesión "a otro" ("A" engaña a "B" haciéndole creer que el revólver está descargado; "B" se dispara sobre un pie y se produce una herida; "A" es autor mediato de las lesiones).

2.2.3.1.5 Instrumento que obra de acuerdo a derecho.

El caso se presenta con toda claridad en los supuestos de fraude procesal,

¹¹⁰ DONNA, *Op. Cit*, P. 56

previsto en el artículo 306 C. Pn. Una de las partes hace valer documentos falsos, con lo que determina una decisión falsa del juez que perjudica a la otra parte. El juez que dicta la sentencia, ignorando la falsedad, obra de acuerdo a derecho.

Pero el que obra detrás es autor mediato de fraude procesal porque, en base a su mayor conocimiento de la verdad de los hechos, ha mantenido el dominio del hecho.¹¹¹

2.2.3.1.6 Autoría mediata ante la falta de culpabilidad del instrumento.

También habrá autoría mediata en los casos de incapacidad de culpabilidad del instrumento, aunque se afirme por autores como Schunemann que existe autoría directa, ya que falta dominio de la acción.¹¹²

Se puede incluir en este grupo a los inimputables, que no comprenden la criminalidad del hecho (Art. 27 C. Pn.) Y actúan provocados por el autor mediato, que abusa del incapaz de culpabilidad y lo lleva a cometer el delito, así como a aquellos que actúan bajo el error de prohibición. Existe en estos casos el abuso del incapaz que es lo que caracteriza al autor mediato.¹¹³

Se trata, como lo ha dicho la doctrina, el caso más antiguo en la autoría mediata. El problema que se plantea en el caso del inimputable es si hay que considerarla autoría mediata, sólo deberían tenerse presente los factores que hacen al injusto, ya que las insuficiencias de la culpabilidad del autor inmediato han sido tenidos ya en cuenta por la accesoriedad limitada.¹¹⁴

Hirsch responde a este tema de la siguiente forma: se parte del punto de

¹¹¹ ROXIN, *Op. Cit*, P. 341

¹¹² MAURACH, *Op. Cit*, P. 352

¹¹³ DONNA, *Op. Cit*, P. 56

¹¹⁴ *Ibidem*, P. 58

vista de que el instrumento carece de libertad, luego se daría la autoría mediata, en el caso del inimputable, salvo en dos casos: a) en aquellos supuestos en los que el autor inmediato se considera inimputable en virtud de una previsión legal abstracta que no se corresponde a una efectiva incapacidad cognoscitiva, y b) en los casos en que el hombre de atrás no conoce la efectiva carencia de capacidad cognoscitiva del autor inmediato.¹¹⁵

La afirmación del error de prohibición, como forma de exclusión de la culpabilidad, ha llevado a analizar este error por parte del autor inmediato puede llevar a conformar la autoría mediata del hombre de atrás, que se aprovecha de ese error.¹¹⁶

La cuestión del dominio del hecho la evitabilidad del error de prohibición no puede constituir un criterio de delimitación, como tampoco puede serlo la imprudencia para la exclusión del dolo en el error. Se trata de la idoneidad como instrumento del autor inmediato y, por tanto, de su efectivo desconocimiento, y no de aquellos que podía debía haber sabido.¹¹⁷

Welzel se opone firmemente que el error de prohibición del autor inmediato pueda fundamentar la autoría mediata, posición que dependía seguramente, ante todo, de su preocupación de que con ello el presupuesto prejurídico de la autoría mediata pudiera quedar desdibujado.¹¹⁸

La respuesta al problema la ha dado Hirsch en un análisis más profundo afirma que la diferencia entre autor y participación no ha sido creada por la norma, es decir, no se trata de una distinción puramente normativa sino que

¹¹⁵ HIRSCH, *Op. Cit.*, P. 204

¹¹⁶ DONNA, *Op. Cit.*, P. 58

¹¹⁷ *Ibidem*, PP. 205 y ss

¹¹⁸ WELZEL, citado por DONNA, *Op. Cit.*, P. 59

se basa en diferencias estructurales que son previas a las disposiciones jurídicas que afectan a este ámbito. Pero también cabe apreciar una distinción estructural previa cuando un imperativo de conducta, aquí un mandato normativo prohibitivo, no surte efecto a causa del desconocimiento por parte del autor inmediato, debido a lo que se traslada al hombre de atrás el dominio factico sobre el hecho. El autor inmediato, que se encuentra en una situación de error, carece de libertad para la formación de su voluntad a causa de ese error.

Las anteriores consideraciones y, claramente conducen a la conclusión de que, a diferencia de la opinión de Welzel, sólo existe la alternativa de limitar la autoría mediata al campo de la deficiencia de la voluntad de acción y con ello a las deficiencias en el ámbito de lo injusto, o bien que también comprendiera el ámbito de la culpabilidad con inclusión del error de prohibición.¹¹⁹

2.2.3.1.7 Instrumento que obra dentro de un aparato de poder.

Se da autoría mediata en el caso del sujeto que forma parte de una organización de poder y que es un intermediario en la ejecución de una decisión delictiva determinada. Por ejemplo: el agente de un servicio secreto que cumple una orden de matar a un diplomático extranjero; el funcionario de un Estado ilegítimo que pone en marcha en una etapa intermedia de realización de una operación de exterminio o privación de libertad de un grupo de personas. Los "funcionarios" o el agente del servicio de los casos propuestos no obran ni coaccionados ni por error.

Sin embargo, dada la fácil fungibilidad del sujeto, que podría ser

¹¹⁹ WELZEL, *Derecho Penal, parte general, Op. Cit*, PP. 205 y ss

reemplazado en el trámite por otro cualquiera, se admite la autoría mediata para los miembros superiores del "aparato de poder". Por supuesto, la punibilidad del "instrumento" como autor inmediato no es discutida. Para otros autores estos casos se deben considerar según las reglas de la coautoría.¹²⁰

En conclusión es de hacer notar que pueden existir más formas de autoría mediata, pero las anteriores son las que ofrecen mayor importancia y aplicación.

2.3 LA PARTICIPACIÓN EN SENTIDO ESTRICTO. (Complicidad e Instigación)

Los tipos contenidos en el Código Penal generalmente se refieren a la realización de un hecho punible por una única persona. Sin embargo, cada tipo de la Parte Especial aparece complementado por las prescripciones contenidas en la Parte General, que extienden la pena a casos en que el hecho es obra de más de una persona. De allí surgen los problemas de diferenciación, que sólo se presentan en la medida en que varios concurren al mismo hecho; pues, donde alguien ha realizado por sí solo la acción típica, no hay problema alguno en distinguir entre quien ha cumplido el papel protagonista y aquel que sólo ha tenido una función secundaria.¹²¹

En la participación se divide en dos clases, la estricta que comprende la inducción y la complicidad, y la amplia, en la cual cabe la autoría, la coautoría y la autoría mediata, pero también se polemiza en torno a si el encubrimiento es sólo una forma de participación, por cuanto en verdad no se participa de un hecho ya realizado, sino a lo sumo intervienen *post*

¹²⁰ JESCHECK, *Op. Cit.*, P. 546

¹²¹ BACIGALUPO, *Manual de Derecho Penal, Op. Cit.*, P. 177

delictum. Un buen número de autores apartan al encubrimiento de la participación.¹²²

Al hablar de la participación en sentido estricto se hace referencia a la presencia de dos o más personas que colaboran en la perpetración del hecho punible en un carácter distinto de la autoría.

La teoría de la participación se ocupa de analizar la contribución del partícipe en la ejecución de un hecho punitivo, puesto que la participación quiere decir apoyo en el hecho principal realizado por otro, que es el autor, ya que, por esencia, aquella ha de relacionarse con una conducta principal; así, en el robo planeado por varios individuos, uno penetra en la casa y rompe la cerradura y se apodera de varios objetos de valor, mientras que otros dos vigilan: uno, en la puerta y otro dentro de la casa, en tanto otros realizan una escalera y penetran por una ventana previamente violentada.¹²³

Existe, según la pauta de la acción ejecutiva, un autor material del apoderamiento, un cómplice, vigilante en la calle, y otro el de la escalera, cuya titulación sería discutible prácticamente si bien sólo tienen la categoría también de auxiliador.

En conclusión se ha de entenderse por participación solamente los actos en la comisión del hecho principal; quien, después de la terminación material del hecho, ayuda al autor o asegura la presa, no comete participación, sino una forma de encubrimiento.

¹²² RODRIGUEZ DEVESA, José María. *Derecho Penal Español, parte general*, ed. 9ª. Ed. Dykinson. Madrid, 1983, PP. 759-760

¹²³ PLASCENCIA VILLANUEVA, Raúl. *Teoría del Delito*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Serie G, Estudios doctrinales, N° 192, México, 2004, P. 218

Para Fontan Balestra¹²⁴ en un sentido jurídico, partícipes son quienes contribuyen culpablemente a la producción del delito sin cumplir el proceso ejecutivo típico y sin ser punibles como autores.

Participar es ejecutar una acción; es una forma de actuar; no un mero conocimiento del hecho, sino una contribución a producirlo.

Por eso la expresión autor moral es equivocada, porque el partícipe contribuye siempre efectivamente a la producción del hecho.

Este concepto, alcanzado por exclusión, sitúa los actos de participación dentro de sus justos límites, como formas ampliadas del tipo, puesto que aparece por una parte como presupuesto temporal de la participación que no se haya consumado el delito, ya que quien sólo se vincula al hecho después de consumado, no contribuye a su producción, y por otra, que el partícipe no haya ejecutado el delito, pues quienes cumplen todo o parte de la acción típica, son autores por eso y por sí, sin que sea necesario recurrir a las normas de la participación para que el hecho sea punible.

Es posible que alguien sea autor sin cumplir materialmente la acción típica, lo que ocurre con el autor mediato, pero para que alguien pueda ser punible por aplicación de los principios de la participación criminal, es forzoso que no haya cumplido la acción típica. Es decir, que no se puede ser partícipe en el mismo hecho típico que se ha ejecutado.

El concepto de participación alcanza a los cómplices e instigadores, porque sus acciones contribuyen a la realización del delito por el autor, con la

¹²⁴ FONTAN BALESTRA, *Op. Cit.*, P. 402

aclaración de que no son las acciones típicas en sí mismas, en el sentido de que no realizan por si solas la acción descrita en el tipo, sino que se montan sobre la tipicidad del autor. Determinar a otro matar a un tercero- instigar- no es matar a otro; prestar ayuda a otro para que robe no es robar, sino cooperar en un robo.

En la explicación de la participación de acuerdo a Plascencia Villanueva¹²⁵ se pueden identificar diversas teorías que tratan de analizarla, las cuales son:

a) Teoría unitaria o monista.

Esta teoría está constituida por aquellos autores que sólo aprecian al delito con varias personas. Unidad de delito y pluralidad de agentes. Es la postura tradicional al respecto contempla la teoría de la causalidad y la teoría de la accesoriedad:

1. La teoría de la causalidad.

Esta teoría pretende resolver con base en la causalidad el problema de la participación, al respecto considera como codeincuentes a quienes contribuyen, con su intervención, a producir el delito. Al respecto se consideraba que la verdadera liga de unión entre los partícipes en el delito, que los hace responsables, de su concurrencia para la causación del hecho penalmente tipificado.

2. La teoría de la Accesoriedad.

Esta teoría considera como autor del delito sólo a quien realiza los actos descritos en el tipo penal, la responsabilidad de los partícipes depende de los auxilios prestados al autor principal, respecto del cual se tiene como

¹²⁵PLASCENCIA VILLANUEVA, *Teoría del Delito*, Op. Cit, P. 219

accesorios; las conductas dependientes siguen la suerte de la principal. El delito producido por varios sujetos es único e indivisible, es resultante de una actuación principal y de otra u otras accesorias, correspondiente a los partícipes.

b) Teoría pluralista.

Esta postura discrimina las acciones de las personas que intervienen en el delito y pretende que cada una de ellas sea la pieza de una obra común en el injusto ejecutado.

Un ejemplo es la categoría de la autonomía, la cual propone que el delito producido por varios individuos pierde su unidad al considerar que los concurrentes a la producción del evento delictivo realizan comportamientos autónomos y surgen así distintos delitos, cada uno de ellos con vida propia.

En atención a lo anterior, los sujetos que intervienen ya no son partícipes, habida cuenta de la autonomía de su conducta, por ende, a la actuación de uno no se le comunican las circunstancias de los demás. Sólo son admisibles individualmente las causas excluyentes de responsabilidad, o las calificativas y modificativas. En atención a que la postura que propone que varios delitos producidos por los partícipes, se le considera pluralista en oposición a las monistas anteriores.

Por otra parte, el planteamiento de la participación exige imperativamente la afirmación de los presupuestos, en primer lugar, que efectivamente el concepto y estructura de la figura penal consienta ser realizada por dos o más personas, y en segundo lugar, existe un hecho principal, que confiere vida y cifra al participante. La participación en términos generales se puede clasificar así:

Según el grado:

Puede ser principal y accesoria, la primera se refiere a la consumación del delito en tanto la segunda atiende a su preparación.

Según la calidad.

La participación puede ser moral y física, la primera comprende la inducción como la determinación o provocación, así como el mandato, la orden, el consejo y la asociación como subclases, es decir si implica un acto de ejecución de carácter material, es moral, cuando atiende al carácter psíquico del aporte del autor principal.

En razón del tiempo.

Es anterior si existe acuerdo previo a la comisión del delito y en tal momento se precisa la intervención que ejecuta cada partícipe; concomitante, si la temporalidad se refiere al instante mismo de la ejecución del delito, y posterior, cuando comprende actos que se ejecutan después del evento, pero con acuerdo previo.

Según su eficacia.

Es necesaria y no necesaria, de acuerdo a la naturaleza del delito, ya sea este exija o no, para su consumación, el concurso de personas.

2.3.1 PRINCIPIOS APLICABLES A LAS FORMAS DE PARTICIPACIÓN EN SENTIDO ESTRICTO.**2.3.1.1 PRINCIPIO DE ACCESORIEDAD.**

La naturaleza accesoria es de la esencia misma de la participación; lo que se debe determinar es hasta qué punto la acción del partícipe se subordina a las características y modalidades jurídico-penales del hecho principal.

Corresponde, pues, señalar los alcances de esa accesoriedad, tanto en el aspecto extensivo como en el intensivo. De ellos es el aspecto intensivo el que ofrece mayores dificultades y el que, por ello, diversifica más las opiniones.¹²⁶

A. ALCANCE INTENSIVO DE LA ACCESORIEDAD.

Este tipo de alcance de la accesoriedad se refiere según Donna a la dependencia de la responsabilidad de los partícipes, respecto al autor.¹²⁷

Han adquirido jerarquía de clásicas las denominaciones de las doctrinas que se proponen delimitar el ámbito intensivo de la accesoriedad en materia de participación. Se señala cuatro principios o doctrinas que aspiran a resolver el problema, a las que se denomina, respectivamente, accesoriedad limitada, accesoriedad extrema e híper accesoriedad:

a) La accesoriedad es mínima cuando para la punición del partícipe es suficiente que el autor haya concretado un tipo legal.

b) Cuando se requiere que la realización del tipo por el autor sea antijurídica, la accesoriedad se manifiesta en forma limitada.

Para la calidad criminal del hecho principal es necesario y suficiente, que sea doloso y antijurídico, sin que precise ser culpable (la llamada Accesoriedad limitada)¹²⁸

c) La accesoriedad es extrema cuando el autor debe ejecutar un tipo legal antijurídico y culpablemente.

¹²⁶ FONTAN BALESTRA, *Op. Cit.*, P. 411

¹²⁷ DONNA, *Op. Cit.*, P. 97

¹²⁸ WELZEL, *Derecho Penal, parte general, Op. Cit.*, P.119

d) Por último, estamos ante la hiper accesoriadad cuando las condiciones personales del autor, que tienen el efecto de aumentar o disminuir la penalidad, se transmiten a los partícipes.

Estos principios, que fijan el límite de la accesoriadad, no pueden ser adoptados por el intérprete según su convicción, sino deducidos del texto legal que se analiza.

En el Código Penal, y según el Artículo 37, para que se pueda penalizar la ayuda prestada por los partícipes al autor directo de un delito, se exige una accesoriadad limitada, es decir, que la acción que realiza el autor este tipificada como delito y que la misma no tenga ninguna de las causas de justificación, de las que enumera el Artículo 27 del cuerpo normativo en referencia; ya que si se presenta una de ellas, se tendrá por inexistente la participación.

Aunque la accesoriadad limitada no exige un hecho principal culpable, presupone, sin embargo, un hecho principal antijurídico doloso. Esto se demuestra claramente en los delitos especiales; la obtención maliciosa de una sentencia- que no esté de acuerdo con los hechos: no es complicidad, menos aún "instigación" al prevaricato "no doloso".

Ésta sería una "construcción jurídica", entendido esto último en mal sentido, completamente ajena a la realidad, que es una estafa procesal. Inducir dolosamente a la confección no dolosa de un documento falso, no es "instigación" o "complicidad, sino que es penado, como delito autónomo.

Pero, independientemente de los delitos especiales, la aceptación de una "instigación" al hecho principal no doloso, conduciría a la subversión completa de la situación real y a representaciones completamente distintas

de las que tiene la conciencia popular.

Pero también la aceptación de una complicidad al hecho principal no doloso subvertiría la situación real. Independiente de ello, quien a sabiendas ayuda a un actuante no doloso, es autor mediato, pues él tiene el dominio final del hecho sobre el resultado, porque se aprovecha dolosamente. La no dolosidad del intermediario para lograr la producción del resultado, sería impropio penarlo solamente por complicidad. En cambio, quien cree erróneamente ayudar a un actuante doloso, incurre en tentativa de complicidad, en unidad de hecho con autoría culposa, si el resultado se produce.

B. ALCANCE EXTENSIVO DE LA ACCESORIEDAD.

Este tipo de alcance de la accesoriadad implica que el hecho del autor debe haber tenido comienzo de ejecución. Luego, sino hay comienzo de ejecución el hecho es impune.

La participación punible presupone que el hecho principal sea típico y doloso. Además, debe haber alcanzado, por lo menos la tentativa, es decir, el principio de ejecución.¹²⁹

El alcance extensivo de la accesoriadad según Fontan Balestra¹³⁰ no posee tan serios problemas. Los principios que la rigen pueden reducirse a tres:

- a) Ningún acto de participación es punible si el autor no ha comenzado, al menos, la ejecución del delito.

¹²⁹ TRIFFTERER, *Op. Cit*, P. 412

¹³⁰ FONTAN BALESTRA, *Op. Cit*, P. 417

En principio, las acciones de participación solamente son punibles, si el hecho principal fue realmente cometido o por lo menos tentado puniblemente.¹³¹

La causa para la impunidad amplia de la tentativa de participación reside, en primer término, en que la peligrosidad criminal de la participación sólo se demuestra, por regla general, cuando conduce a un hecho principal materializado; en segundo término, en que –particularmente en la complicidad- la punición de la mera tentativa de participación crea el peligro de una pura punición de los pensamientos.

b) La pena del partícipe se fija en relación con la parte del proceso ejecutivo cumplida por el autor.

Si el autor ha consumado el delito, a los instigadores les corresponde la pena establecida para el delito, según el Artículo 65 del Código Penal; al cómplice necesario la pena se fijara entre el mínimo legal que corresponde al delito y las dos terceras partes del máximo de la misma pena; mientras que para los cómplices no necesarios la pena se fijara entre el mínimo legal que corresponde al delito y la mitad del máximo de la misma; lo anterior, de conformidad al Artículo 66 del Código Penal, pero esta reducción no es consecuencia del aspecto extensivo de la accesoriedad, sino de la significación del aporte causal.

Si el autor sólo ha realizado la tentativa del delito, la pena para los instigadores se aplicara de conformidad al Artículo 68 del Código Penal, es decir, que la sanción se fijara entre la mitad del mínimo y la mitad de máximo de la pena señalada para el delito consumado (delito instigado). En el caso

¹³¹ WELZEL, *Derecho Penal, parte general, Op. Cit.*, P. 120

de los cómplices se aplicara la misma fórmula que establece el artículo precitado, realizando la fórmula que prescribe el artículo 66 del cuerpo legal en referencia. Esta reducción (la de la tentativa) responde a la accesoriadad extensiva de la participación.

- c) Un tercer principio es consecuencia de los dos anteriores: la tentativa de participación no es punible.

Tentativa de participación es el comienzo de ejecución de un acto de participación en el que involuntariamente no se llega a lograr un aporte causal. Sólo es punible quien de algún modo ha contribuido al resultado.

La diferencia con la participación en la tentativa, de la que ya se ha ocupado, está en que en ésta el partícipe pone su aporte causal al hecho principal, que él quiere que se consume, pero que queda en grado de tentativa.

Toda participación está en su esencia relacionada con un hecho principal. No existe ninguna instigación o complicidad "en sí", sino solamente una instigación o complicidad al hecho: es la llamada accesoriadad de la participación.¹³²

En síntesis esta dependencia de la participación del hecho principal, se manifiesta hacia las dos direcciones antes mencionadas, es decir:

- a) ¿Qué características de punibilidad (antijuricidad, culpabilidad, punibilidad) debe tener el hecho principal? (ámbito intensivo de la accesoriadad).
- b) ¿Hasta qué grado debe estar concretado el hecho principal? (ámbito extensivo).

¹³² WELZEL, *Derecho Penal Alemán, Op. Cit.*, PP. 418 ss

2.3.1.2 PRINCIPIO DE COMUNICABILIDAD DE LAS CIRCUNSTANCIAS Y CALIDADES O CUALIDADES PERSONALES.

La naturaleza delictiva de la participación se decide conforme a la naturaleza del hecho principal. Sin embargo, la naturaleza delictiva del hecho principal es co-determinada muchas veces por las condiciones personales del autor, es decir, por las circunstancias que tienen por efecto aumentar o disminuir la penalidad.¹³³

Este principio consiste en la comunicación a los partícipes de las condiciones personales que tienen por efecto aumentar o disminuir la penalidad.¹³⁴

Sobre este punto, el artículo 67 del Código Penal dispone: “*Las circunstancias y cualidades que afecten la responsabilidad de alguno o de algunos de los autores o partícipes, solo se tendrá en cuenta respecto de quien concurra o de quien hubiera actuado determinado por esas mismas circunstancias o cualidades*”.

Tal como la disposición ha sido redactada, pareciera que el sistema adoptado es el de la no comunicabilidad de las circunstancias personales.

Al autor material no se le puede aplicar, por ejemplo, la pena del parricidio si no sabe que el hombre que mata es su padre, sería inicuo aplicársela al partícipe en la misma situación subjetiva. En síntesis, lo que la ley dispone es que las circunstancias, calidades o relaciones personales que disminuyen, aumentan o excluyen la penalidad, no se comunican nunca.¹³⁵

¹³³ WELZEL, *Derecho Penal, parte general, Op. Cit*, P. 126

¹³⁴ FONTAN BALESTRA, *Op. Cit*, P. 415

¹³⁵ *Ibidem*, P. 415

Soler manifiesta que no hay comunicabilidad del cómplice a los demás partícipes. Aunque la solución pueda conducir a evitar alguna injusticia, de *lege data* no parece tener fundamento.¹³⁶

Fontan Balestra¹³⁷ se realiza la siguiente interrogante ¿Qué debe entenderse por relaciones, circunstancias y calidades personales?

Es algo que obliga a hacer distinciones, pues la ley no se refiere a todas las calidades y circunstancias personales, sino únicamente a las que pertenecen al tipo del delito.

Primero: No pertenecen al tipo de delito, y, por tanto, no se comunican nunca las calidades o circunstancias que podemos denominar personalísimas, tales como la reincidencia y la habitualidad.

Segundo: Pertenecen al tipo del delito como agravantes y por ello no se transmiten al partícipe cuando no son aplicables a él, ejemplo la relación de parentesco; la calidad de funcionario público; la de notario, etc.

Tercero: Son circunstancias, relaciones y calidades personales, atenuantes o eximentes de pena, que no se comunican nunca:

A. Las circunstancias que excluyen o modifican la imputabilidad o la culpabilidad de un partícipe, como el error o la amenaza de sufrir un mal grave e inminente, y las previsiones del tipo referidas al sujeto activo, tales como la emoción violenta en el homicidio.

¹³⁶ SOLER, Sebastián. *Derecho Penal*, T. II, Ed. Congreso de la Nación, Buenos Aires, 1962, P. 55

¹³⁷ FONTAN BALESTRA, *Op. Cit*, P. 416

B. Las relaciones personales, como el parentesco y la amistad íntima en el encubrimiento, de acuerdo al artículo 308 inc. Final del Código Penal.

Las excusas absolutorias, de carácter personal e intransmisible por naturaleza, tales como las relaciones de parentesco, como relaciones personales eximentes de pena para el falso testimonio (Art. 305 C. Pn.), delitos de defraudación (Art. 252 C. Pn.) Para las calidades o condiciones personales que aumentan o atenúan la pena y para las que eximen de ella, tienen significación penal solamente para aquellos autores o partícipes que las poseen.¹³⁸

Las calidades y condiciones personales, según la teoría actual, son solamente elementos permanentes del estado de la persona; es decir, que al lado de los elementos personales objetivos de autor, están la adecuación a su actividad y costumbres, la calidad de delincuente habitual peligroso y la de reincidente. Esta restricción la deduce la teoría actual de una mera interpretación de las palabras, que tanto más da que pensar, cuanto que el texto de la ley, intencionadamente, tiene carácter general.

2.3.1.3 PRINCIPIO DE CONCURRENCIA AL HECHO COMÚN.

La necesidad de que las personas que intervienen en el delito con una actividad punible concurren o converjan subjetiva y objetivamente en un hecho, es también un principio común a todas las formas de participación.

Este principio se divide en dos aspectos:¹³⁹

A. CONCURRENCIA OBJETIVA.

Para que pueda hablarse de participación, es preciso que exista un hecho

¹³⁸ WELZEL, *Derecho Penal, parte general, Op. Cit.*, P. 126

¹³⁹ FONTAN BALESTRA, *Op. Cit.*, P. 418

principal típicamente antijurídico; ello resulta la necesidad de analizar la concurrencia objetiva bajo un triple aspecto: a) causal, b) antijurídico, c) típico.

a. Aspecto causal.

La necesidad de que el partícipe aporte al acontecer causal, es la síntesis de la concurrencia necesaria en este aspecto. La actividad de cada partícipe individualmente debe reunir las condiciones requeridas para la acción en sentido jurídico penal. Enseguida se observa la trascendencia que en el ámbito de la participación tiene la teoría que se adopte en el orden causal.

Sin embargo, sería equivocado suponer que la concurrencia causal resuelve por sí sola el problema de la participación y aun el de la diferencia entre autores y cómplices. Es también un error suponer la existencia de un planteo distinto en este aspecto, para el autor y para el partícipe.

Por el contrario, el principio es: las normas que rigen la causalidad son las mismas para el autor y para el partícipe. La función correctora que se ha asignado a la culpabilidad al desenvolver el tema de la relación causal, da, también aquí, el elemento indispensable para decidir la condición de partícipe.

b. La antijuridicidad.

Los partícipes deben concurrir a un hecho antijurídico. La condición antijurídica y típica de un hecho principal es el núcleo que transmite punibilidad a las figuras accesorias.

Es de esa expresión de donde resulta, precisamente, la exigencia de un obrar típicamente antijurídico, propio de la accesoriedad limitada. Requerir,

además, la culpabilidad del autor, implicaría olvidar su carácter estrictamente personal. En cambio, la antijuridicidad y la justificación tienen carácter objetivo, por lo que alcanzan a todas las formas de aparición del delito.

Tampoco se requiere la punibilidad del autor principal, lo que resulta muy claramente frente al juego de las excusas absolutorias, que sólo tienen por efecto excluir la pena para determinadas personas, dejando subsistente el delito.

c. La tipicidad.

El hecho principal debe ser típico, por tanto se realiza la interrogante ¿es preciso que la conducta de los partícipes tenga adecuación al mismo tipo? La respuesta negativa no parece dudosa.

La participación admite la "pluralidad de títulos delictivos" para los distintos partícipes. Ya que por ejemplo una persona puede ser autor directo de un homicidio agravado, artículo 129 del Código Penal, y el cómplice de este se sancionaría bajo la figura de homicidio simple, artículo 128 Código Penal.

Aunque otro sector doctrinal sostiene que el partícipe debe ser sancionado tomando en cuenta el marco penal que establece el delito al cual presta su colaboración, como más adelante se detallara.

B. CONCURRENCIA SUBJETIVA.

Es el carácter individual y no comunicable de la culpabilidad, específicamente, de la naturaleza de la concurrencia subjetiva de los partícipes al hecho común.¹⁴⁰

¹⁴⁰ FONTAN BALESTRA, *Op. Cit*, P. 420

La concurrencia de voluntades al hecho común es de la esencia misma de la participación. Lo que debe determinarse son las características que han de reunir esos actos de voluntad. Dos aspectos es preciso aclarar en este punto: a) exigencia temporal del concurso de voluntades; b) necesidad o no del conocimiento por cada partícipe de la voluntad de participar de los otros.

a. Concurrencia de voluntades.

Participar es intervenir causalmente; pero no solamente eso, sino concurrir también culpablemente. Es importante señalar que en la participación, lo mismo que en el dolo, lo que se requiere es el conocimiento de lo que cada cual hace. En este caso, conocimiento del partícipe de que aporta algo al resultado. Es decir, conciencia de que se presta auxilio o ayuda.

No es preciso requerir un acuerdo previo o reflexivo de los partícipes, salvo que la ley lo requiera expresamente para el caso. La exigencia de un *pacto sceleris* no se aviene a la realidad de las cosas y sólo entorpece en numerosos casos de real participación.

Lo que la participación exige es la concurrencia de voluntades al menos contemporánea al hecho, y no el acuerdo previo. De tal modo, la conciencia del que ayuda, de estar interviniendo en el hecho común, lo constituye en partícipe, mientras el hecho no esté consumado (con la excepción para los delitos permanentes). Después de la consumación sólo podrá ser encubridor, porque la culpabilidad solamente, sin el aporte causal, tampoco basta. De modo que el acto de cada partícipe debe ser analizado en sí mismo, subjetiva y objetivamente.

b. Apreciación conjunta.

Si lo que se requiere es concurrencia y no acuerdo, la intervención común

debe ser apreciada, en su aspecto conjunto, "objetivamente".

La concurrencia al hecho común se decide por el aporte causal y la culpabilidad de cada partícipe por separado, sin que se requiera que cada cual conozca la ayuda o auxilio que el otro presta, en el sentido de que no es necesario el concurso recíproco en cada uno de los partícipes de la concurrencia al objetivo común.

Luego de haber desarrollado los principios aplicables a las formas de participación en sentido estricto, se realiza el siguiente análisis más detallado de la primera forma de participación.

2.3.2 COMPLICIDAD

2.3.2.1 Concepto

Complicidad es el acto por el que dolosamente se pone una condición del hecho, coincidiendo en la resolución delictuosa, sin cumplir la acción típica, ni valerse de otro para ejecutarla.¹⁴¹

Welzel define a la complicidad como aquella prestación de ayuda dolosa a un hecho doloso, es decir, que la cooperación que presta el cómplice al autor directo de un delito determinado, debe ser voluntaria y que esa persona debe conocer que el hecho al que está colaborando es doloso; ya que si la acción es culposa, podría originar la figura de la autoría mediata¹⁴², y en el mejor de los casos para los imputados, dicha conducta quedaría impune, por no existir amplificadores en los tipos penales de carácter culposos que permitan aplicar la figura de la complicidad, de acuerdo al Código Penal salvadoreño.

¹⁴¹ FONTAN BALESTRA, *Op. Cit*, P. 430

¹⁴² WELZEL, *Derecho Penal. Parte General*, *Op. Cit*, P. 123

Por tanto, complicidad es participación: ya que es una acción típicamente antijurídica sometida a los principios generales determinados para todas las formas de participar en el delito. Complicidad es actuar doloso en un hecho doloso.¹⁴³

El cómplice debe poner una condición del resultado; de otro modo, no habría de su parte aporte causal al hecho, requisito exigido para la concurrencia objetiva de todos los partícipes. Al requerir que el cómplice no cumpla la acción típica se lo distingue del autor, que concreta la acción típica con adecuación directa a una figura de la parte especial del Código Penal. Al excluir a quienes se valen de otro para ejecutarla, se lo diferencia de los autores mediatos y de los instigadores.

Según Donna el partícipe se limita a favorecer un hecho ajeno, no participa en el dominio del hecho y el autor no necesita conocer el apoyo que se le presta. En este punto se diferencia la complicidad de la coautoría, puesto que esta requiere el dominio del hecho, sobre la base de una resolución común de cometerlo.¹⁴⁴

2.3.2.2 Formas de prestar la ayuda al autor directo.

La complicidad puede consistir en ayuda material o en consejos, de modo que la aportación no debe ser, necesariamente, material y causal¹⁴⁵, también psíquicamente; lo mismo que mediante omisión, en el caso de que exista un deber de intervenir.

La complicidad debe fomentar el hecho principal (objetivamente) y el

¹⁴³ FONTAN BALESTRA, *Op. Cit*, P. 430

¹⁴⁴ DONNA, *Op. Cit*, P. 107

¹⁴⁵ *Ibidem*, P. 108

cómplice debe quererlo (subjétivamente)

"Fomentar" quiere decir: prestar una contribución causal a la comisión del hecho principal; por tanto, en los delitos de resultado, también una contribución al resultado.

Ejemplo: Quien presta al ladrón una ganzúa, con la que éste vanamente trata de abrir la puerta, si el ladrón después entra por una ventana, comete solamente complicidad en la tentativa, en tanto no exista para todo el hecho una ayuda psíquica a través del cómplice.¹⁴⁶

Por eso no existe complicidad si el "cómplice" no quiere fomentar el hecho. El suministro consiente de un abortivo completamente inidóneo no es complicidad en el delito de aborto.

La cooperación debe ser dolosa. El cómplice debe saber que presta una aportación a la ejecución de un hecho punible.

Dicha aportación debe ser "co-causal" respecto del hecho del autor principal. Sin embargo, no se trata, como se expresó anteriormente, de una causalidad en el sentido de la teoría de la condición: rigen aquí las reglas de la imputación objetiva y ello da lugar al problema de si deben imputarse objetivamente al cómplice las circunstancias causadas antes de su participación¹⁴⁷.

En consecuencia, una complicidad por omisión no podría darse si se sostiene que el omitente no es causal respecto del resultado. Sin embargo,

¹⁴⁶ WELZEL, *Derecho Penal, parte general, Op. Cit.*, P. 124

¹⁴⁷ BACIGALUPO, *Derecho Penal, Op. Cit.*, P. 530

teniendo en cuenta que la co-causación no se debe juzgar desde puntos de vista estrictamente causales, la omisión también puede ser una forma de cooperación cuando haya tenido por efecto facilitar la comisión del hecho.

La diferente importancia al hecho principal determina, a su vez, diferencias en el grado de responsabilidad del partícipe. El límite de tal responsabilidad está dado por el alcance del dolo. El cooperador responde hasta donde se extiende su voluntad. Por último, el hecho en el que el cooperador colabora debe ser doloso: no hay cooperación punible en los delitos culposos.

2.3.2.3 Momento de prestación de ayuda.

La complicidad es posible antes o durante el hecho y hasta su consumación material.¹⁴⁸ Jescheck expresa que el auxilio no necesita ser prestado al mismo hecho principal, sino que puede diferirse exclusivamente a una acción preparatoria, siempre que al menos el hecho principal se intente de un modo punible.¹⁴⁹

La aportación posterior al delito, y que no haya existido acuerdo previo a la consumación de este; se convierte en un hecho criminal autónomo, es decir en Encubrimiento, previsto y sancionado en el Art. 308 del Código Penal.

2.3.2.4 La causalidad de la complicidad.

El aporte que presta el cómplice debe ser co-causal respecto del hecho del autor principal, de modo que es impune la complicidad intentada que no ha tenido un efecto causal. Solo interesa que sea un aporte que favorezca la acción del autor principal.¹⁵⁰

¹⁴⁸ DONNA, *Op. Cit*, P. 108

¹⁴⁹ JESCHECK, *Op. Cit*, P. 64

¹⁵⁰ *Ibidem*, P.109

Existe causalidad en el sentido de la imputación objetiva cuando se ha generado una situación de peligro que, conforme al criterio de la fórmula de la adecuación, se ha realizado en una lesión completa al bien jurídico. Es decir, la lesión típica del bien jurídico del hecho principal es objetivamente imputable a la conducta del cómplice, cuando esta ha generado el peligro de la lesión típica del bien jurídico por el autor principal.¹⁵¹

2.3.2.5 El Dolo del Cómplice.

La cooperación debe ser dolosa, como ya se mencionó anteriormente. El cómplice debe saber que presta un aporte a la ejecución de un hecho punible¹⁵² doloso. El dolo del cómplice debe referirse tanto a la ejecución del hecho principal como a su favorecimiento.¹⁵³

2.3.2.6 Complicidad en la tentativa.

También puede existir la tentativa de complicidad, vale decir, la acción de ayuda a un hecho principal que no ha sido cometido en absoluto o al que esa ayuda no prestó ninguna contribución causal, por tanto, esa conducta es punible. La pena debe ser atenuada, según el Artículo 68 del Código Penal, que establece la penalidad en estos casos; sin olvidar lo que establece el Artículo 66 del cuerpo normativo citado.

Si el hecho principal no fue ejecutado en absoluto o lo fue independientemente de la prestación de ayuda, el "cómplice" no puede, tampoco, haber realmente "prestado ayuda". Él puede haber realizado, solamente, acciones que tendieron a una prestación de ayuda, tales acciones pertenecen a los más lejanos actos preparatorios que debían

¹⁵¹ MAURACH, *Op. Cit.*, P. 52

¹⁵² BACIGALUPO, *Derecho Penal, Op. Cit.*, P. 530

¹⁵³ DONNA, *Op. Cit.*, P. 111

fomentar el hecho posterior. A esto se agrega que las mismas acciones preparatorias, realizadas por el cómplice, son punibles, y realizadas por el autor, pues las acciones preparatorias del autor son impunes. Por eso, en la tentativa de complicidad se debe tener especialmente en cuenta la posibilidad de prescindir de pena.

2.3.3 CLASES DE COMPLICIDAD.

Dentro de la categoría de cómplices, es posible diferenciar, según la cantidad y naturaleza del aporte individual al hecho, los cómplices necesarios o primarios, de los no necesarios o secundarios.

De ese distinto aporte causal es lógico que resulte una también distinta escala de pena. Pero en este aspecto de la participación es preciso atenerse a las disposiciones de un determinado ordenamiento jurídico.

La distinción entre los partícipes que han puesto una condición necesaria y los que han prestado una ayuda o cooperación no necesaria, es hecha por buen número de Códigos; algunos consideran autor al cómplice necesario, otros, con mayor rigor técnico, sólo hacen la equiparación *quod penam*.

2.3.3.1 EL COOPERADOR NECESARIO O PRIMARIO.

Esta figura se encuentra regulada en el Artículo 36 del Código Penal, el cual presupone lo siguiente: *“Se considera cómplices: 1. Los que presten al autor o autores una cooperación, de tal modo necesaria, que sin ella no hubiera podido realizarse el delito”*

El cómplice primario o el cooperador necesario es el que en la etapa de la preparación o ejecución del hecho aporta una contribución, sin la cual el

delito no se hubiere podido cometer.¹⁵⁴

El elemento que caracteriza esta forma de complicidad, afirma Bacigalupo, es la intensidad objetiva de su aporte al delito, ya que sin este el hecho no habría podido cometerse de forma en que se hizo.¹⁵⁵

Los ejemplos son variados, y en todos ellos la calidad de autor o cómplice depende del dominio del hecho que tenga la persona. Ejemplo el gerente de un banco que brinda a los autores, antes de la ejecución, la clave de la cerradura del tesoro que estos utilizaran en la ejecución del asalto, es en principio, cómplice primario.

Si, en cambio, el gerente concurre con los autores a la ejecución del hecho y abre el tesoro, aprovechando su conocimiento de la clave, será coautor. Sin embargo, esta apreciación puede ser no cierta. Si el gerente domina el hecho, aun sin concurrir al banco, dando los datos de la cerradura, será autor. Y aun concurriendo, si quien domina el hecho es otro, será cómplice.¹⁵⁶

El término de cooperación, con el que el Código Penal define en su artículo 36, las acciones del cómplice primario, no tienen el efecto de limitar los actos de participación de esta especie a un grupo determinado. Se proponen abarcar toda intervención necesaria en el delito que no consista en tomar parte en la ejecución del hecho, propio de los autores, o en determinar directamente a otro a cometerlo, expresamente prevista como instigación en la misma norma.

¹⁵⁴ DONNA, *Op. Cit*, P. 113

¹⁵⁵ BACIGALUPO, *Derecho Penal, Op. Cit*, P. 530

¹⁵⁶ *Ibidem*, P. 114

La cooperación por tanto, quiere decir ayuda, auxilio, socorro, amparo, obrar juntamente con otro. La cooperación requiere, pues: el acuerdo.

2.3.3.2 CÓMPLICE NO NECESARIO O SECUNDARIO.

Este tipo de complicidad se encuentre prevista en el Artículo 36 del Código Penal, el cual los define como aquellos que: “ ... *presten su cooperación de cualquier otro modo a la realización del delito, aun mediante promesa de ayuda posterior a la consumación de aquel.*” Es de hacer notar que esta promesa debe de hacerse antes de la ejecución del delito.

Son cómplices secundarios los que participan en el delito de manera no indispensable para su comisión. Es decir, los que prestan una ayuda o cooperación sin la cual el hecho habría podido cometerse.¹⁵⁷

Este cómplice sólo es caracterizable negativamente; es el que ha prestado una colaboración que no es indispensable para la comisión del delito.¹⁵⁸

La palabra cooperar tiene el significado de aportes acordados, anteriores o simultáneos a la ejecución del delito. La norma está dada por el carácter del convenio de la ayuda.

La expresión cooperar "de cualquier modo", empleada aquí por el Código, tiene un doble significado: por una parte se determinan los actos de complicidad secundaria por exclusión de los de cooperación necesaria; por otra, se comprende cualquier forma de cooperación.

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 ejecución. No hay —como se mencionó— una complicidad

¹⁵⁷ FONTAN BALESTRA, *Op. Cit*, P. 433

¹⁵⁸ BACIGALUPO, *Derecho Penal...*, *Op. Cit*, P. 531

posterior a la consumación; 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 si la habrá, aun 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, aun cuando éste quede en tentativa y no haya luego botín a asegurar y, por lo tanto, falte la posibilidad de cumplir la promesa.¹⁵⁹

La complicidad por omisión es generalmente aceptada por la doctrina, en forma de concurso mediante omisión, no así en la forma de simple actividad negativa, consistente en no impedir un delito o en no denunciarlo a la autoridad, cuando existe obligación de hacerlo. No es punible como participación, el simple silencio guardado a sabiendas de que se cometerá el delito.¹⁶⁰

2.3.4 CRITERIOS PARA DIFERENCIAR LA NECESARIEDAD O NO DE LA COMPLICIDAD.

No siempre resulta sencillo decidir en la práctica si el acto de cooperación, del cómplice, ha sido o no necesario; por el contrario, la tarea suele estar llena de dificultades. Para resolver el problema de la diferenciación de la necesidad de los cómplices, han surgido los siguientes criterios o tesis:

1. Tesis de la intercambiabilidad de las contribuciones.
2. Tesis del proceso motivacional.
3. Tesis del sí y el cómo de la ejecución.
4. Tesis ecléctica.
5. Criterio Concreto.

¹⁵⁹ BACIGALUPO, *Manual de Derecho Penal...*, Op. Cit, P. 211

¹⁶⁰ SOLER, *Op. Cit*, P. 167

6. Criterio Abstracto.
7. Teoría de los bienes escasos y los bienes abundantes.

2.3.4.1 TESIS DE LA INTERCAMBIABILIDAD DE LAS CONTRIBUCIONES.

Esta tesis sostiene que para determinar quién es cómplice primario es necesario "circunscribirse a los participantes efectivos en la comisión del delito, debiéndose preguntar si sus conductas son intercambiables o no.

Al aplicar esta regla se entiende que el médico que extienda la receta para obtener el veneno que se sabe ha de utilizarse para matar, será cooperador necesario por cuanto su acción no puede ser suplida por los demás miembros del grupo. Sin embargo quien recoja la receta será cómplice no necesario, dado que esta conducta puede ser realizada por cualquiera. Respecto a quién vigila mientras los demás roban habrá que reparar en las circunstancias. Si son solamente dos, uno roba y el otro vigila, el auxilio de éste será necesario; si son varios y sus actividades en el robo son permutables, será un cómplice no necesario; si intervienen varios, pero por razón de la especialidad del papel que tienen atribuido no puede sustituir al que vigila, éste habrá de ser considerado de nuevo como un auxilio necesario.¹⁶¹

Esta tesis, cuando se detiene en la naturaleza intercambiable de la conducta como criterio delimitador de las formas de complicidad no repara que cualquier aporte, necesario o no, puede ser intercambiable entre los que intervienen o por terceros, dependiendo, en gran medida de la energía criminal empleada por el autor o los otros cómplices. Una persona, autor o

¹⁶¹ RODRIGUEZ MOURULLO, Gonzalo. *Comentarios al Código Penal*, 1972, P. 872, Citado por CASTILLO ALVA, José Luis, *La complicidad como forma de participación criminal*, Revista Peruana de Ciencias Penales, N° 9, Trujillo, Perú, P. 692

cómplice, que decidida absolutamente a cometer un delito puede fácilmente sustituir con su actuar el aporte o la conducta de los otros partícipes, por lo que éstos aparecerían como cómplices secundarios. Asimismo, esta posición deja de lado el aspecto central de la complicidad primaria: el valor e importancia del aporte, trocándola por la sustituibilidad de la conducta.

Se desconoce, por tanto, que incluso un aporte irrelevante o de escasa importancia puede ser insustituible como el caso de la complicidad psíquica. Al respecto, es evidente el fracaso de esta posición.

Otro punto débil de esta teoría reside en el grupo de casos en donde son varios los intervinientes en el delito, situación que facilita el intercambio de las conductas, pues aquí un agente puede sustituir a otro si ningún esfuerzo, tornándose extraño y raro los supuestos de complicidad primaria dado que si uno puede sustituir a otro ningún aporte será necesario.

2.3.4.2 TESIS DEL PROCESO MOTIVACIONAL.

La determinación de la complicidad "se debe partir de las posibilidades reales del autor en el momento del hecho y se inquiera, no si el autor hubiera podido efectuarlo aún de otro modo, sin la colaboración del partícipe, sino, como exige el texto de la ley, si lo hubiera efectuado".

"Se trata aquí la tesis principal de estos autores- de un juicio sobre el motivacional del autor; y no como a veces se interpreta, de una mera evaluación de sus posibilidades objetivas.¹⁶²

¹⁶² COBO DEL ROSAL- VIVES ANTON. *Derecho Penal*, P.69, Citado por CASTILLO ALVA, *Op. Cit*, P. 693

Si con el auxilio del partícipe se ha logrado que el autor resolviera definitivamente la comisión del hecho principal, su comportamiento será cooperación necesaria. Por el contrario si la aportación -material o psíquica- del partícipe no ha tenido una influencia definitiva en la resolución del autor, pero ha contribuido de alguna manera, será cómplice secundario¹⁶³.

La crítica extensiva y por demás evidente a esta postura es el de partir de un criterio aparentemente objetivo pero que termina reconociendo la diferencia entre las clases de complicidad en razón a un criterio subjetivo. Ello es patente cuando se alude a la influencia del *aporte en el proceso motivacional del autor*.

Realizar la diferenciación de la complicidad primaria y secundaria en patrones internos, netamente subjetivos, significa pasar por encima no sólo del claro tenor de la ley sino convertir en indemostrable la importancia de la contribución; que ahora radicaría en la forma cómo el autor considera dicho aporte, el cual dependerá finalmente del temperamento, personalidad y vinculación personal de los intervinientes en un delito, entre otros factores.

Así una contribución insignificante de manera objetiva, puede ser tomada como esencial y determinante por un autor débil de carácter o que capta las circunstancias de manera equivocada.

La tesis del "proceso motivacional", parece que goza de mayor idoneidad y aptitud para explicar la instigación que la propia complicidad. Pues enfatiza en un elemento que es inherente a la instigación y que se vincula con el

¹⁶³ DEL ROSAL BLASCO, Bernardo. *La inducción y la complicidad como formas de participación punible en el Código Penal*, P. 229, Citado por CASTILLO ALVA, P. 693

mencionado proceso motivacional como es el influjo psíquico.

2.3.4.3 TESIS DE LA IMPORTANCIA DE LA CONTRIBUCIÓN SEGÚN EL CASO CONCRETO.

Una postura ciertamente minoritaria, que no posee mayor eco en el ámbito doctrinal, luego de destacar que la diferencia entre las formas de complicidad reside en la importancia del aporte, enfatiza que esta importancia no se deduce de la naturaleza de la contribución, sino que deberá apreciarla el juez teniendo en cuenta las circunstancias del caso particular¹⁶⁴. La distinción entre las formas de complicidad dependerá del arbitrio judicial no siempre uniforme, sino variable y constante.

Este criterio afirma que será cooperador necesario aquel que con su conducta ponga una condición sin la cual el delito no se hubiera cometido. En términos causales vendría a decir que es la condición sin la cual el resultado no hubiera podido efectuarse.¹⁶⁵

La teoría de Antón Oneca expresó que “la necesidad del acto aportado por el partícipe primario puede estimarse en relación con el caso concreto o de un modo genérico. Proporcionar el arma con el que se perpetra el homicidio será siempre acto necesario conforme al primer criterio, pero no según el segundo, porque el que tiene la resolución de matar habría podido llevar a cabo el acto con una u otra arma”.

De manera que el cómplice necesario es quien pone condiciones sin las cuales el resultado delictivo no hubiera podido llevarse a cabo y el cómplice

¹⁶⁴ HURTADO POZO, José. *Manual...* P. 552, Citado por CASTILLO ALVA, *Op. Cit*, P. 697

¹⁶⁵ DONNA, *Op. Cit*, P. 115

secundario sería solo el que puso una condición que afecte la forma de realización del delito.¹⁶⁶

A quienes reservan a la magistratura una libertad de criterio capaz de distinguir entre complicidad primaria y secundaria debe recordárseles que el juez no puede decidir a su libre arbitrio y consideración quien presta una ayuda necesaria y quien colabora con un mero auxilio cuando la ley hace descansar la distinción en patrones rigurosamente objetivos. No es correcto, desde una perspectiva jurídica, bajo el pretexto de enfrentarse a un problema de difícil solución, imponer o conceder al juez un poder de delimitación que el legislador y la ley declaran obedece a una naturaleza estrictamente imparcial y objetiva. Como apunta Rodríguez Mourullo, la necesidad que en la delimitación de la complicidad se atienda al caso concreto no quiere decir que los tribunales estén facultados para explicar el criterio que estimen más oportuno en cada caso.¹⁶⁷

Si el Código Penal, distingue entre cooperación necesaria y complicidad no necesaria, en razón de la importancia del aporte que presta el interviniente, se prueba de manera indubitable que el legislador no quiso librar a la discrecionalidad del juez dicha distinción; pues de ser así le hubiese bastado describir una cláusula abierta de complicidad, sin mención alguna a la cooperación necesaria.

La crítica está en que no se ha tenido en cuenta el desvalor del acto y del resultado, por una parte, y por otra, que el criterio sigue quedando hueco de contenido.¹⁶⁸

¹⁶⁶ ANTÓN ONECA. *Derecho Penal*, P. 441. Citado por DONNA, *Op. Cit*, P. 115

¹⁶⁷ RODRIGUEZ MOURULLO, Gonzalo, P. 878. Citado por CASTILLO ALVA, *Op. Cit*, 698

¹⁶⁸ DONNA, *Op. Cit*, P. 115

2.3.4.4 TESIS O CRITERIO ABSTRACTO.

Este criterio afirma que hay que dejar de lado las circunstancias concretas del caso y preguntarse si la forma de cooperación es necesaria en general para la comisión del delito.¹⁶⁹

La crítica en este caso es que nunca se dará la cooperación necesaria, porque en abstracto siempre se habría podido conseguir otra forma de actuar. Como ejemplo, se da el caso de que frente a un homicidio este se habría podido cometer sin la pistola que le entregó el otro delincuente (otro día y utilizando un arma distinta)¹⁷⁰

Y atendiendo al *indubio pro reo* se le imputaría al delincuente siempre lo más favorable a él en caso de duda, es decir sino se supiese que si su colaboración es necesaria o no.

Partiendo del delito en concreto, se dirá que la entrega del arma será o no necesaria, según que se demuestre que el ejecutor habría podido conseguir la pistola de otra persona para matar.¹⁷¹

En cambio según la posición abstracta, para averiguar si una determinada conducta es o no condición necesaria del resultado, el juez debería tener en cuenta que hubiera sucedido hipotéticamente, suprimiendo in mente la actividad cuya necesidad se pretende determinar. Si el delito se hubiera ejecutado también, el comportamiento objeto de examen constituiría participación secundaria; si el resultado criminal no hubiera tenido lugar, el comportamiento sería una participación necesaria o primaria.

¹⁶⁹ CEREZO MIR, *Op. Cit*, P. 245

¹⁷⁰ *Ibidem*, P. 245

¹⁷¹ DONNA, *Op. Cit*, P. 116

2.3.4.5 TESIS DEL SÍ Y EL CÓMO DE LA EJECUCIÓN.

Frente a la alternativa abstracta o concreta en la determinación del valor o no de un aporte existe una tercera vía, que se denomina: la necesidad de la contribución referida "al sí y al cómo de la ejecución". Se sostiene que la cooperación necesaria implica inevitablemente la formulación de un juicio hipotético. La tarea del intérprete sería el señalar la naturaleza, el objeto y los límites de tal juicio. La necesidad del aporte se contempla en un juicio a posteriori que varía sobre las posibilidades del autor principal en un momento histórico concreto.

Si el autor hubiera tenido tanto que renunciar a la ejecución o, al menos, aplazarla en espera de conseguir una colaboración equivalente, el auxilio es necesario. Lo que decidirá todos los casos serían las posibilidades que el autor tenía en el momento concreto para lograr la ejecución en sí, prescindiendo de la colaboración ajena.

El juicio hipotético que se formula a posteriori no se refiere al mundo sin confines y al tiempo sin límites o a las inescrutables posibilidades que el futuro podía depararle, sino al recortado mundo del autor en un momento concreto e histórico.¹⁷²

No se advierte que asumiendo esta posición se tiene que concluir que si el delito se realizó, es porque la contribución fue necesaria; como aplicación lógica de la teoría de la equivalencia de condiciones. En realidad si existe un juicio hipotético este sólo puede ser ex- ante¹⁷³ y no ex-post.

¹⁷² RODRIGUEZ MOURULLO, Gonzalo. *Comentarios*, P. 873, Citado por CASTILLO ALVA, *Op. Cit*, P. 692

¹⁷³ GIMBERNAT ORDEIG, *Op. Cit*, P. 145

2.3.4.6 TESIS DE LOS BIENES ESCASOS Y LOS BIENES ABUNDANTES.

Uno de los mejores esfuerzos que buscan distinguir la cooperación necesaria de la complicidad no necesaria es el realizado por Enrique Gimbernat. Este autor parte en su análisis de la teoría de los bienes escasos y la teoría de los bienes abundantes respecto del aporte de los partícipes.

Si un partícipe aporta con un bien escaso al hecho del autor será cooperador necesario, mientras si su aporte consiste en un bien abundante debe ser reputado como cómplice secundario.

En el desarrollo de su tesis Gimbernat parte de tres principios:

1. Cualquier solución viable tiene que prescindir de la cuestión de que es lo que habría sucedido sin la actividad del sujeto.

2. Está fuera de dudas que los Códigos Penales, (incluyendo el nuestro) hacen referencia a una actividad de especial importancia, razón por la cual dichos cuerpos normativos otorgan a la cooperación necesaria una pena mayor a la impuesta al partícipe secundario, cuya conducta no es demasiado importante para la consecución del resultado delictivo.

Pero ¿Qué quiere decir contribución de especial importancia? ¿Lo es entregar la pistola o el puñal o indicar la dirección de un sujeto dispuesto a practicar el aborto?

3. El lenguaje de la ley coincide con el lenguaje corriente: en la conversación de cada día también se habla de prestaciones o de cosas son las cuales no se habría podido hacer esto o aquello. Se habla de ello

ignorando cual es el curso que habrían seguido los acontecimientos si no se hubiera podido disponer de esas cosas.

Para comprender el sentido de cooperación necesaria es menester citar el siguiente ejemplo: Si un inventor carente de recursos dice: gracias a los \$200, 000 que me ha prestado ese capitalista he podido comprar el material necesario para fabricar la máquina que he descubierto; sin ese dinero no hubiera podido construirla. Y es posible hablar así, aunque nunca pueda llegar a saber con certeza si esforzándose, hubiera podido conseguir por otra parte esa suma de dinero.

Sin embargo, al inventor no se le ocurrirá ir a la tienda donde compró el destornillador con el que apretó los tornillos de la máquina y agradecer al dependiente que le haya proporcionado el instrumento; no se le ocurrirá decir que gracias a ese dependiente ha podido construir su máquina, que sin su ayuda ello no habría sido posible. Y no obstante, no hay duda de que ese destornillador fue una condición *sine qua non* del resultado, que es la máquina. Pero, ¿por qué se dice que la ayuda del capitalista ha sido imprescindible y porque no se dice lo mismo de la actividad del dependiente de la tienda? La respuesta, es la siguiente: los \$200.000 son bienes escasos, y, por el contrario, el destornillador no lo es.¹⁷⁴

Un cuchillo, suministrado para cometer un homicidio, no es un bien escaso, porque se puede adquirir por una cantidad moderada de dinero. En cambio, hay que considerar bien escaso una complicada maquinaria para falsificar billetes.¹⁷⁵

¹⁷⁴ DONNA, *Op. Cit*, P. 118

¹⁷⁵ *Ibidem*, P. 118

Para determinar la escasez de un bien "es necesario apelar a un juicio general o provisional y a un juicio particular o definitivo. El juicio provisional se convertirá en definitivo cuando el examen de los factores generales es completado por el de los particulares. Desde el punto de vista general será escaso: una pistola, una medicina cuya receta es prohibida, la máquina para falsificar billetes, etc. Por otro lado, será abundante, por tanto no escaso: un bolígrafo, una medicina, una cuerda, un martillo, el cuchillo antes mencionado, etc.

En esta calificación provisional que opera solo con factores de carácter general hay que tener en cuenta las circunstancias de tiempo y lugar. Un bolígrafo utilizado como instrumento de una falsedad puede ser un bien abundante en una gran ciudad, pero uno escaso en un pequeño poblado de la selva africana.

Este juicio general provisional se convertirá en definitivo cuando en un segundo juicio, se contempla la cuestión de la escasez teniendo en cuenta los factores especiales que concurren en la persona que recibe la cosa".¹⁷⁶

Los \$200.000 que cobra el inventor dejan de ser una contribución de un bien escaso, sin el cual la maquina no se hubiera construido, si se comprueba que el autor tenía una fortuna personal.

Hay que acentuar la idea de Gimbernat en cuanto señala que el juicio ex ante es el único que permite una calificación justa de la actividad del partícipe. Ejemplo: "Si X quiere contribuir a un delito, lo único que puede saber en el momento de realizar la prestación es si el objeto que entrego es

¹⁷⁶ GIMBERNAT, *Op. Cit*, P. 155

uno cuya obtención presenta dificultades o no las presenta en absoluto; esto es si el objeto es escaso o abundante”. La conciencia de la entrega en esas condiciones es lo que decide sobre la mayor o menor reprochabilidad de la conducta.¹⁷⁷

Entonces, pareciera que la idea del legislador es que, si el partícipe coopera al delito con un objeto difícil de obtener, con uno del que el autor material no dispone (bien escaso), es cooperador necesario, prescindiendo de si, por azar o realizando un esfuerzo, el autor material hubiera podido – o no- obtener el bien que aquel le proporciona. En cambio, si lo que se entrega es algo que abunda, algo que cualquiera pueda conseguir, entonces es cómplice secundario.

Haber entregado la cosa, a pesar de la conciencia de las dificultades que tenía el ejecutor para adquirirla (cooperación necesaria); haberla entregado sabiendo que su obtención no representaba un serio problema para el autor principal (cooperación no necesaria); esto y solo es esto es lo que decide sobre la mayor o menor reprochabilidad de mi conducta, y lo único que debe ser tenido en cuenta para decidir la cuestión: cooperación necesaria o secundaria.

Mir Puig expresa que la teoría de los bienes escasos es útil para auxiliar a decidir si la aportación del cómplice se presentaba ex ante, ante los ojos del espectador objetivo atendiendo al plan del autor, como *conditio sine qua non* de la realización del delito.¹⁷⁸

La teoría de los bienes escasos sólo es útil para algunos casos de

¹⁷⁷ DONNA, *Op. Cit*, P. 119

¹⁷⁸ MIR PUIG, *Op. Cit*, P. 405

cooperación necesaria que consisten en contribuciones de entregar una cosa, sin embargo no es tan adecuado, ni tan útil en la explicación de la cooperación necesaria psicológica y la complicidad no necesaria que consisten en un mero hacer.

Asimismo, los puntos débiles de esta tesis aparecen en los siguientes principios:

1. La inequívoca criminalidad de la conducta.
2. La conducta debe haber sido causal para el resultado.
3. La conducta debe remover un obstáculo serio.¹⁷⁹

Como se puede apreciar, la construcción que establece esta tesis no es uniforme, ni válida, para todos los supuestos de cooperación necesaria, puesto que tiene que matizarse o adaptarse según la contribución signifique la entrega de una cosa o la realización de una conducta, cuestión que la convierte en una regla relativa y tal vez arbitraria y, por las variantes que admite, sospechosa de no poseer generalidad ni rigor.

También en lo referente a las dos clases de juicio que se mencionan en esta tesis, es decir, el general y el particular, en la determinación del concepto de escasez, incurre en una grave contradicción, dado que no otorga igual validez e importancia a cada uno de ellos. En la re-limitación de la escasez, siempre decidirá, y en última instancia será definitivo, el juicio particular, desplazando al juicio general a un plano secundario y a una función meramente auxiliar. De nada sirve si el veneno o un arma de fuego son objetivamente escasos, pues lo que decidirá en último lugar será si el sujeto tuvo dichos instrumentos. Como apunta Rodríguez Mourullo en plano crítico

¹⁷⁹ GIMBERNAT, *Op. Cit*, PP. 167 y 174

¿Para qué sirve entonces el primer juicio general? ¿Acaso no es más sencillo hablar de criterio que atiende a la concreta necesidad del autor?¹⁸⁰

Si bien el planteamiento es muy seductor y ayuda a resolver algunos casos complicados la teoría de los bienes escasos parte de un principio, aunque no se enfatice mucho en él, poco preciso, ambiguo y de difícil delimitación como es el saber previamente qué bienes son escasos y qué bienes son abundantes. Si no se ha determinado previamente este punto no se puede avanzar en el esclarecimiento de la cooperación necesaria o la complicidad no necesaria.

Ahora, decir que un bien es escaso o es abundante no puede obtenerse partiendo de un punto de vista abstracto o de una regla general, como si el bien es producido en gran o en menor escala o si se trata de una cosa sujeta a restricciones comerciales o de circulación, sino que ha de repararse en el medio social, y el mundo circunstante del autor o la situación concreta del autor. Pero, incluso esto no basta dado que el bien puede que sea abundante, pero por las especiales circunstancias resulte escaso, o que el sujeto considere escaso el bien cuando resulta ser abundante.

Un bien objetivamente escaso puede resultar abundante, o una cosa, que circula escasamente en el mercado negro, puede que se encuentre abundantemente; en el tráfico comercial o a la inversa. ¿Cuál debe ser, entonces, la calificación correcta?. Sencillamente, no se sabe.

Como puede observarse la escasez, o abundancia de un bien no lo fija ni el cómplice, ni el autor ni su circunstancia, sino que se halla vinculada a una

¹⁸⁰ RODRIGUEZ MOURULLO, P. 875. Citado por CASTILLO ALVA, *Op. Cit*, P. 698

multitud de factores exógenos que hacen imposible levantar una distinción jurídica. La escasez, de un bien depende de las fluctuaciones en la economía, de los aranceles fijados por el gobierno en la circulación de un bien, de la mayor o menor habilidad que tenga una persona para conseguirlo o de las siempre variables cuotas de producción o de circulación de un bien. ¡Un problema penal tendría que ser resuelto por los economistas!. La teoría de los bienes escasos no puede explicar, ni menos solucionar los casos de complicidad omisiva. Pues, no se sabe a ciencia cierta si las omisiones son bienes (¿lo son?) escasos o bienes abundantes.

2.3.4.7 TESIS ECLÉCTICA.

Esta postura plantea articular dos tesis en apariencia irreconciliables, que explican independientemente, cada una por su lado, la distinción entre cooperación necesaria y no necesaria. Una tesis sería la teoría que repara sólo en la necesidad de la cooperación para la producción del resultado, sin requerir esa necesidad en una determinada modalidad de acción; la otra posición es la planteada por la teoría de los bienes escasos que precisa el grado de complicidad según la situación concreta en que se encuentra el autor.

Según Mir Puig, el primer criterio facilita la determinación de los aspectos del hecho de los que debe ser condición la cooperación, respondiendo a la cuestión ¿Para qué debe ser necesaria la cooperación?; la segunda posición ofrece un criterio para decidir cuando la misma debe considerarse condición del hecho respondiendo a la pregunta ¿qué se entiende por necesidad de la cooperación?¹⁸¹

¹⁸¹ MIR PUIG, *Op. Cit.*, P. 405

Mientras una posición acierta al distinguir entre el "sí" y el "cómo" del hecho; entendiéndose el sí del hecho en virtud a la realización de los elementos típicos; la otra posición tendría el mérito de situar el punto de partida de la cooperación ex-ante porque nunca podrá saberse con seguridad si el autor hubiera o no cometido el delito sin la cooperación.¹⁸²

Como puede verse, la tesis ecléctica de MIR no hace sino juntar, sistematizando, dos tesis que buscan explicar con pretensión de coherencia, cada una por su lado, la distinción entre las formas de complicidad.

Evidentemente, no constituye un planteamiento nuevo dado que se genera sobre la base de otras posturas ya existentes. De allí que le sean aplicables las mismas críticas señaladas oportunamente a cada planteamiento; especialmente las dirigidas a la teoría de los bienes escasos.

Las tesis anteriores que pretenden esclarecer cuando la cooperación prestada por un cómplice es necesaria o no, se puede terminar que la más aceptada en la actualidad es la referente a los bienes escasos y abundantes, aunque estas posean las críticas antes mencionadas, a pesar de ello, permite identificar de mejor manera la necesidad de la ayuda del cómplice, y así poderlo clasificar como primario o necesario con el secundario o no necesario, dependiendo de la necesidad de su ayuda.

2.4 INDUCCIÓN O INSTIGACIÓN.

2.4.1 Concepto.

Según Maurach la instigación es la motivación dolosa de otra persona a cometer intencionalmente un delito.¹⁸³

¹⁸² MIR PUIG, *Op. Cit*, P. 405

¹⁸³ MAURACH, *Op. Cit*, P. 51

Esta figura está regulada en el Artículo 35 del Código Penal, el cual expresa literalmente “*Se consideran instigadores los que dolosamente hubieren determinado a otro a cometer un delito.*” Es de hacer notar que no abarca el que induce a otro a cometer una falta, por tanto esta acción quedaría impune.

Para Welzel¹⁸⁴ Instigar es determinar dolosamente a un hecho doloso (mediante influenciación psíquica). Es fundamental la producción de la decisión del hecho en el autor; no es necesario, en cambio, haber inspirado el plan del hecho. Por tanto, instigador es quien dolosamente y con resultado, determina a otro a cometer un delito doloso.

Inductor es el que determina directamente a otro a cometer un hecho punible. En otras palabras, instigar es crear en otro (el autor) la decisión de cometer el hecho punible (dolo). Esto significa que el instigado debe haber formado su voluntad de realizar el hecho punible como consecuencia directa de la acción del inductor.¹⁸⁵

Se incluye en el concepto de instigación la exigencia de que la inducción tenga resultado, porque, conforme con lo que se ha señalado al tratar la accesoriedad de la participación en su aspecto extensivo, ningún partícipe es punible si el autor no ha dado al menos comienzo de ejecución al delito; por eso es erróneo decir que instigador es el que ha hecho surgir en otro la determinación de cometer un delito; con eso sólo - con la determinación- no hay aún instigación, jurídicamente hablando; es preciso que el instigado comience los actos destinados a cometer el delito y que esos actos sean, al menos, parte del proceso ejecutivo del delito. El instigador no es autor, sino

¹⁸⁴ WELZEL, *Derecho Penal, parte general, Op. Cit.*, P. 121

¹⁸⁵ BACIGALUPO, *Derecho Penal, Op. Cit.*, P. 526

partícipe; siéndole, por tanto, aplicables los principios comunes a todas las formas punibles de participación.¹⁸⁶

2.4.2 El Aspecto Causal.

Los actos de instigación ofrecen la característica de recaer sobre la esfera subjetiva del autor: el aporte al hecho típico es, en esencia, intelectual: el instigador no hace; hace hacer.¹⁸⁷

Este modo especial de causación en la instigación es de tipo intelectual, por tanto, se valoriza como participación en el acto principal delictivo. En ese sentido, lo que fundamenta la propia esencia de la instigación no es la falta de relación causal con el resultado, sino la distinta valoración de esta especie de relación causal.

2.4.3 La Acción del Instigador.

1. Determinar a otro.

La ampliación del tipo penal queda delimitada por el verbo utilizado por la ley para definir la instigación. El Código Penal define al instigador utilizando la palabra determinar: esta quiere decir tanto como hacer tomar una resolución; pues ella requiere no solamente una actitud intelectual del instigador, sino, también, la decisión del instigado que ha de llevarlo a obrar: la resolución de cometer el delito.

Maurach afirma que determinar presupone la influencia de una persona sobre la dirección del comportamiento de otra, de modo que esta última oriente su conducta a la meta mencionada por el inductor, que consiste en la lesión al bien jurídico. Determinar exige una influencia dirigente sobre la

¹⁸⁶ FONTAN BALESTRA, *Op. Cit.*, P. 421

¹⁸⁷ *Ibidem*, P. 422

dirección de la conducta, que proporciona a quién no ha resuelto la comisión del hecho delictivo, bajo su propia responsabilidad.¹⁸⁸

Asimismo, Zaffaroni ha sostenido que determinar significa “hacer surgir en el autor la decisión del hecho, es decir provocar que el autor decida”.¹⁸⁹

La manifiesta importancia que tiene en el caso de la instigación la correcta elección del verbo escogido para tipificarla, rechazándose por ende la pretendida equivalencia jurídica de los verbos provocar; excitar, instigar, determinar e inducir. La auténtica naturaleza de la instigación es determinar, por cuanto requiere para perfeccionarse que el sujeto pasivo haya efectivamente tomado la resolución.

La determinación que hace el instigador a cometer un delito puede estar dirigida directamente a una persona o grupo determinado; así como también, esa inducción puede ser hecha a una muchedumbre indeterminada; Por ejemplo: Si un individuo, dirigiéndose a varias personas que lo escuchan, instiga a cometer un delito determinado, y el grupo o alguno de sus componentes salen de allí para ejecutarlo, parece claro que se dan en el caso la causalidad psicológica y el dolo - dolo del hecho- que caracterizan a la instigación.

No es preciso que la instigación vaya acompañada de circunstancias de tiempo, lugar o modo; es suficiente la inducción a un delito determinado. Así como los ejemplos que ofrece Fontan Balestra¹⁹⁰: El que induce al encargado de la caja a apoderarse del dinero, o la amante que convence al hombre

¹⁸⁸ MAURACH, *Op. Cit*, P. 51

¹⁸⁹ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Tratado de Derecho Penal, parte general*, Ed. Ediar, Argentina, 1987, P. 768

¹⁹⁰ FONTAN BALESTRA, *Op. Cit*, P. 424

casado para que se deshaga de su mujer matándola, sin indicar ninguno de los dos cómo ni cuándo, han actuado cometiendo los delitos del instigador, puesto que han inducido a un delito determinado. Por tanto la acción de instigar puede ser la obra de una o varias personas.

2.4.4 Medios o Formas para Instigar o Inducir.

Los medios por los cuales el inductor puede determinar a otra persona a cometer un delito son múltiples: puede ser una amenaza o el halago de bajas pasiones, el ofrecimiento de un precio o recompensa si ejecuta el hecho, la promesa de una retribución posterior de cualquier clase, el abuso de una situación de preeminencia que comporta otra sumisión del inducido, como puede ser la patria potestad.¹⁹¹

La influencia síquica puede consistir en un consejo, una solicitud o una provocación, siempre y cuando posea la suficiente intensidad para que aparezca como adecuada y pueda fundar la imputación objetiva. Además, la inducción no debe tener el carácter de sutil, por medio de tentaciones u otros medios indirectos, toda vez que no existe una determinación directa del inductor al inducido.¹⁹²

También pueden ser medios para la instigación la persuasión, consejo, hasta aparente disuasión. En estos medios el autor, naturalmente, no pierde el dominio del hecho, pues si lo pierde estaríamos ante un supuesto de autoría mediata. De todos modos se requiere en todos los casos una concreta influencia psicológica. El simple crear una situación exterior para que otro se decida al delito no es suficiente.¹⁹³

¹⁹¹ RODRIGUEZ DEVESA, *Op. Cit.*, P. 761

¹⁹² MIR PUIG, *Op. Cit.*, P. 431

¹⁹³ BACIGALUPO, *Derecho Penal, Op. Cit.*, P. 526

Según Donna es posible considerar como idóneo cualquier medio del cual se ejerza una influencia creciente sobre la dirección de voluntad del sujeto a inducir; y no hay duda de que el número de formas de inducir es difícil enumerar.¹⁹⁴

2.4.5 Elementos de la Inducción.

Uno de los elementos fundamentales de la inducción es que el inductor actúe dolosamente, no siendo conveniente punir la inducción culposa, por lo que se precisa de los siguientes elementos:

- a) La causación de un resultado típico mediante la influencia moral o síquica en otro;
- b) Que la causación sea dolosa.

En virtud de lo anterior, no resulta inductor el que incite de cierta manera en una persona que ya había tomado la determinación de cometer un delito, siendo necesario que el inductor influya en otra persona en la consumación de un delito y se logre demostrar que este se produjo por la influencia ejercida.¹⁹⁵

Como dolo de instigador es suficiente el *dolus eventualis*, el instigador debe haber querido también el resultado del hecho principal.

El instigador debe haber querido un hecho determinado; un mero impulsar o animar a actividades delictuosas no es suficiente. Debe dirigirse a un determinado autor o al menos a un grupo de autores individualmente determinado; de otro modo, no entra en cuestión la instigación.

¹⁹⁴ DONNA, *Op. Cit.*, P. 128

¹⁹⁵ MUÑOZ CONDE, Francisco. *Introducción al Derecho Penal*, 2ª ed, Ed. B de F, Buenos Aires, 2001, P. 207

Aunque es necesario tomar en consideración lo que anteriormente se mencionó, es decir, que si la determinación a cometer un delito se hace a varias personas, y el grupo o alguno de sus componentes lo ejecutan, claramente se origina la inducción.

El instigador responde solamente en cuanto el hecho coincide con su dolo. Diferencias que para el autor no son relevantes, lo son para él; por ejemplo, el error en el objeto del autor.¹⁹⁶

La voluntad del instigador debe estar dirigida a la provocación de un delito concretamente determinado. Una instigación indeterminada es insuficiente. Sin embargo no se requiere una total precisión jurídica del hecho.¹⁹⁷

Es suficiente también con que el instigador haya determinado dentro de sus rasgos fundamentales el hecho al que instiga. Las conductas instigadas que realizan el tipo de delito al que instigó el instigador son en este sentido suficientes, aun cuando puedan presentarse variedades en la modalidad de ejecución no previstas por el instigador. El dolo del instigador debe estar dirigido también a uno o varios sujetos, pero también determinados.

2.4.6 La Instigación a una Tentativa.

El agente provocador.

Cerezo Mir define al agente provocador como el individuo que no quiere que un delito se cometa, pero induce a otro a cometerlo para luego detenerlo.¹⁹⁸

Según Bacigalupo, el agente provocador es el que induce con el objeto de

¹⁹⁶ WELZEL, *Derecho Penal, parte general, Op. Cit*, P.122

¹⁹⁷ BACIGALUPO. *Derecho Penal, Op. Cit*, P. 527

¹⁹⁸ CERESO MIR, *Op. Cit*, P. 242

hacer incurrir a otro no en la consumación, sino sólo en tentativa, es considerado como no punible, pues la inducción —se dice— requiere una voluntad dirigida a la lesión del bien jurídico.¹⁹⁹

En la doctrina esta exigencia se manifiesta en el llamado doble dolo de la inducción, por el cual el inductor debe haber querido no sólo la realización de la acción, sino la consumación del hecho.

En los delitos de tenencia (de armas o de drogas) se requiere que el "segundo" dolo alcance al agotamiento del delito. Estos delitos se consuman con la mera realización de la conducta, es decir, tener el objeto ilícito.

Si el agente provocador contempla la posibilidad de que la acción del provocado alcance la consumación e, inclusive, una irreparable lesión del bien jurídico, habrá que admitir inducción punible²⁰⁰ pues habrá existido, al menos, dolo eventual.

Si se admite que es agente provocador también quien quiere el delito consumado, con la sola condición de que lo que interesa al instigador no es la consumación del delito en sí misma, sino, por ejemplo, que por él le suceda un mal al instigado, y que atenerse al concepto del dolo y a la disponibilidad o no disponibilidad del bien tutelado por la ley.²⁰¹

Por ejemplo si el agente provocador entrega el dinero al que quiere estafarlo, sin haber caído en el ardid, o el bien exigido por el extorsionador, sin temer a la amenaza, con el objeto de lograr la detención del autor, el agente no es

¹⁹⁹ BACIGALUPO, *Derecho Penal, Op. Cit*, P. 526

²⁰⁰ MAURACH, *Op. Cit*, P. 686

²⁰¹ FONTAN BALESTRA, *Op. Cit*, P. 426

punible por dos razones, de las cuales una basta: porque su actitud hace desaparecer un elemento del delito, y porque falta el dolo de comisión del hecho.

El instigador puede ser merecedor de pena, cuando no se dan las circunstancias que se han señalado. Eso ocurrirá en casos como el siguiente ejemplo: Que el instigador desea que el otro se haga responsable criminalmente, para poder utilizarlo mejor para sus ulteriores fines. En tales casos, no hay duda de que el instigador actúa con el dolo del delito.

Cuando la tutela penal se ejerce con independencia de la voluntad de su titular, el hecho es siempre punible, porque los elementos del delito no pueden presentarse en forma atípica por obra del agente provocador.²⁰² Por lo demás, quien instiga a las lesiones o al homicidio –cualquiera sea el fin que persiga- obra con el dolo del delito y es punible si el delito ha sido tentado o consumado.

A decir de Rodríguez Devesa,²⁰³ existe un serio problema para distinguir entre la provocación y la inducción, pues ni la interpretación gramatical ni la sistemática permiten distinguirlas. Es preciso acudir a los antecedentes históricos que muestran como el fondo de la ley ha tratado de ampliar, sin variar sustancialmente, rompiendo la primitiva restricción a determinados medios (imprenta, grabado u otro medio mecánico de publicación). La provocación, por consiguiente, requiere de medios públicos como pueden ser, además de los indicados, los discursos u otros parecidos a los que tenga acceso un número indeterminado de personas.

²⁰² FONTAN BALESTRA, *Op. Cit*, P. 426

²⁰³ RODRIGUEZ DEVESA, *Op. Cit*, P. 762

Se presupone que quien provoca no ha resuelto cometer el delito y le falta la determinación bastante para inducir a otra u otras personas a cometerlo lo que concede a sus intenciones un carácter genérico.

El que instiga con el objeto de hacer incurrir a otro no en la consumación, sino sólo en tentativa, es considerado como no punible, pues la instigación — se dice— requiere una voluntad dirigida a la lesión del bien jurídico.²⁰⁴

Ejemplo: A induce a B para que presente al Banco X, del que el mismo A es gerente, una solicitud de crédito en la que B hace una afirmación de bienes que es falsa; cuando B realiza la tentativa de estafa, A lo denuncia. No importa la manera en que A llegó a tener conocimiento de los planes de B\ incluso se pudo haber enterado de la preparación del hecho por el mismo B. Sólo es esencial que B se haya decidido por la inducción de A, o que no haya estado decidido antes. El argumento de que el dolo del instigador o inductor debe dirigirse al delito consumado, y no sólo a la tentativa no es convincente.

No cabe duda de que el comienzo doloso de ejecución del provocado (instigado) por el agente provocador (instigador) es antijurídico y que, por lo tanto, están cumplidos los presupuestos de la instigación punible inclusive desde el punto de vista de la teoría de la participación en lo ilícito, pues la tentativa, que por regla comete el provocado, es ya un ilícito punible.

El agente provocador es por tanto punible, en contra de lo que deciden los autores que participan de la teoría de la participación en lo ilícito, que sostienen, unánimemente, que la punibilidad del agente provocador depende

²⁰⁴ BACIGALUPO, Derecho Penal, *Op. Cit.*, P. 526

de que esta se fundamente en la teoría de culpabilidad de la participación.

Tampoco habría problemas para fundamentar la punibilidad del agente provocador desde el punto de vista de la teoría de la causación, pues hay una evidente contribución de instigador al hecho.

Una aplicación estricta de cualquiera de las teorías que fundamentan la punibilidad del partícipe debe conducir a la punibilidad del agente provocador.

2.4.7 Aspecto subjetivo del inductor.

Ya se ha establecido que, en cuanto a que la acción del instigador debe ser dolosa. Agregando ahora que el dolo eventual puede abarcar una parte de las exigencias subjetivas de la instigación.²⁰⁵ La acción del instigador, en el aspecto subjetivo, comprende:

a. Voluntad de instigar:

Es la intención de que el instigado tome la decisión del hecho, para este aspecto de la instigación sólo es apto el dolo directo y el eventual, además, algunos autores consideran también aplicable el dolo de consecuencia necesaria.

b. Dolo del hecho.

El hecho del instigado debe ser abarcado por el dolo del instigador, que puede ser condicionado, entendido como representación de ese hecho y, al menos, asentimiento en él. Por eso no es punible quien sólo instiga a una tentativa, sabiendo que el delito no se cometerá.

²⁰⁵ FONTAN BALESTRA, *Op. Cit.*, P. 425

2.4.8 La Acción del Instigado.

1. Aspecto objetivo.

Conforme con el principio de accesoriedad, válido para todas las formas de participación, el instigado debe, al menos, haber comenzado la ejecución del delito para que él y el instigador sean punibles. Ya se señaló al comienzo que la instigación requiere un resultado (éxito): tentativa o consumación del delito por el instigado.

Es éste el principio denominado de exterioridad. Por otra parte, la conducta del instigado debe reunir todas las características de la acción en sentido jurídico penal. De no ser así, el instigador queda equiparado al que actúa solo y es autor directo o inmediato.

2. Aspecto subjetivo del instigado.

El instigado debe actuar dolosamente. Cuando actúa por error o bajo coacción, el otro se constituye en autor mediano, y el coaccionado en instrumento.

Para que pueda hablarse de instigado, de modo tal que su conducta cree responsabilidad penal para el instigador, es preciso que el hecho material haya sido determinado por la acción psíquica del inductor. Por esta razón, no puede ser instigado quien tiene ya tomada la determinación del hecho. Esto no significa, en modo alguno, que el autor material no haya tenido la idea del delito; porque entre la idea y la decisión, que es lo que el instigador forja, aún hay un camino largo. Esta imposibilidad de instigar no impide la complicidad.

2.4.9 Exceso del Inducido.

Cuando el inducido realiza un delito mayor o diferente al que el inductor le

determino a cometer, aquel incurre en un exceso, ante ello, se debe considerar que tanto se ha sobrepasado del delito instigado, para poder saber si el inductor tendrá o no la misma penalidad que el inducido.

Aquí también se aprecian claramente las consecuencias de reconocer eficacia al dolo eventual para el hecho:

- a. El instigador es responsable por los hechos cometidos por el instigado, que él previó, y que no lo detuvieron en su decisión de determinarlo al delito
- b. La ausencia del dolo directo para el hecho puede tener por efecto la no responsabilidad del inductor por circunstancias o modalidades del hecho o la no comunicabilidad de condiciones que agravan la penalidad.

El verdadero exceso se caracteriza, precisamente, porque no es abarcado por el dolo del instigador. Se considera que es arriesgado pretender dar reglas rígidas para determinar la responsabilidad o no responsabilidad en estos casos, como la que afirma que el inductor no carga nunca con el exceso cualificativo, y sólo a veces con el cuantitativo.

Es posible señalar únicamente principios orientadores, en relación con la naturaleza intensiva o extensiva del exceso; pero siempre sobre la base de una diferencia esencial entre la acción determinada y la cumplida, de suerte tal que ella pueda tener trascendencia en el área de la culpabilidad.

Debe distinguirse entre el exceso cualitativo y el exceso cuantitativo, el primero se presenta cuando el autor comete un hecho distinto al que le quería determinar el inductor, en tanto el segundo surge cuando el inducido hace más de lo que pretendía el inductor.

2.4.9.1 El exceso cuantitativo (intensivo).

Cuando el hecho instigado y el cumplido se encaminan hacia la lesión o puesta en peligro de un mismo bien jurídico. Así, por ejemplo, las acciones que van desde una golpiza hasta un homicidio, o desde un hurto hasta un robo agravado, pasando por las figuras intermedias. Pero sería contrario a la sana lógica hacer cargar, sin más, al instigador en todos estos casos, con el hecho del instigado.

Donna manifiesta que este tipo de exceso se da en aquellos delitos en los cuales el tipo penal contiene los elementos del tipo inducido, pero además, otros que determinan una mayor punibilidad, como lo es si se induce a un hurto pero el autor roba, el inductor no responde por la parte trascendente o el plus realizado por el autor principal.²⁰⁶

Quedan fuera de la responsabilidad del instigador las formas agravadas por la modalidad de la ejecución, las que resultan de las condiciones personales del ejecutor material, cuando no son conocidas por el inductor (no comunicabilidad de las circunstancias) y aun el hecho más grave mismo, cuando el inductor puso de su parte todo lo necesario para que no ocurriera.

Es responsable el instigador por las circunstancias no esenciales del hecho cometido, tales como las de lugar y tiempo, el error in persona o el *aberratio ictus*.

Es innegable que quien instiga a un hecho deba responder por otro jurídicamente igual o equivalente: quien mandó matar a Juan, debe cargar con la muerte de Pedro, porque tuvo dolo de homicidio.

²⁰⁶ DONNA, *Op. Cit*, PP. 133-134

2.4.9.2 El exceso cualitativo (extensivo).

Este exceso se da cuando la decisión y el acto del instigado se apartan de aquello a que el instigador lo determinó. Así, por ejemplo, quien es inducido a cometer un hurto, y mata o comete una violación. La no responsabilidad del instigador parece evidente. Resolver el problema de otro modo, podría significar tanto como cargar a la cuenta del instigador todos los delitos cometidos por el instigado. En estos casos, la solución será, por lo común, más sencilla; pero éstos son solamente supuestos, normas orientadoras, y no reglas inflexibles. En definitiva el contenido del dolo es lo que decidirá.

En el caso de los excesos en la inducción, debemos suponer que entonces responde a título personal y único el inducido, es decir, si el inductor solo induce a otra persona a matar a un sujeto determinado y el inducido provoca la muerte de otras personas distintas, entonces no responderá por la muerte de estas.²⁰⁷ A menos que haya surgido aquí el dolo eventual o el dolo de consecuencia necesaria.

No responde por el exceso del autor, con excepción del resultado más grave en los delitos cualificados por el resultado. Por ejemplo: el autor es instigado al hurto, pero comete un robo; es solamente instigación al hurto.²⁰⁸ El inductor no responde por el exceso en que incurra el instigado, lo cual se deriva del principio de culpabilidad. La opinión contraria sólo puede fundamentarse en el *versare in re ilícita*, es decir, en una violación del principio de culpabilidad.²⁰⁹

Si el delito que resulta cometido por el autor es sustancialmente diverso del

²⁰⁷ PLASCENCIA VILLANUEVA, *Op. Cit.*, P. 222

²⁰⁸ WELZEL, *Derecho Penal, parte general, Op. Cit.*, P. 122

²⁰⁹ BACIGALUPO. *Manual de Derecho Penal, Op. Cit.*, PP. 208-209

inducido, el inductor no es responsable por él.

Lo contrario del exceso es el caso en que el autor cometa un hecho menos grave que el inducido. Se instiga un robo y se comete un hurto, o un homicidio y se cometen unas lesiones. En estos supuestos debe beneficiarse al inductor reduciendo su responsabilidad al hecho realmente realizado por el autor.²¹⁰

Debe entenderse que si solo hay divergencias en el lugar y el tiempo del hecho, y, aun en los tipos delictivos, si ellos son equivalentes, la responsabilidad del inductor permanecerá. Entre más amplia sea la inducción, más amplia será la responsabilidad, dentro del dolo del inductor.²¹¹

2.4.10 Penalidad del Instigador y el instigado.

El artículo 65 del Código Penal, establece que a los autores (en este caso el inducido) y para los instigadores se les impondrá la pena que para cada caso se halle señalada en la ley. A manera de ejemplo: si “A” determina a “B” para que este cometa el delito de Calumnia, regulado en el Artículo 177 del Código Penal, en perjuicio de “C”; tanto el inducido como el inductor se les aplicara una pena que oscilara dentro del marco penal que establece ese injusto criminal, es decir, con prisión de uno a tres años.

²¹⁰ BACIGALUPO. *Manual de Derecho Penal, Op. Cit*, P. 209

²¹¹ DONNA, *Op. Cit*, P. 134

CAPITULO III

DELITOS ESPECIALES.

3.1 EVOLUCIÓN HISTÓRICA DEL CONCEPTO DE DELITO ESPECIAL.

El origen y desarrollo que han tenido los delitos especiales en la historia ha sido variada, puesto que se han ido denominando de diferentes formas, se han incluido cada vez a más personas como idóneos para cometerlos, manejándose desde militares, religiosos, funcionarios, etc.

En diferentes países se han regulado en ciertas ocasiones de distinta manera, o en otras por el contrario de igual; el problema existente es que, pocos autores se han dado la tarea de analizar la evolución histórica que los delitos especiales han tenido; es por ello que se cuenta con muy poca información sobre el tema, entre la más importante se detalla lo siguiente:

El concepto de delito especial ha sido, desde sus orígenes hasta la actualidad, un concepto propio de la ciencia del Derecho Penal. Más concretamente, ha sido un concepto propio de la llamada Teoría General del Delito.

No es de extrañar, por tanto, que, salvo en contadas ocasiones, no sea posible hallar ni en los textos legales de contenido penal ni en la jurisprudencia de los Tribunales de Justicia referencia alguna —ni siquiera indirecta— a esta tipología delictiva.

Una de las consecuencias del carácter doctrinal del concepto de delito especial consiste, por ejemplo en la ausencia de una terminología unitaria que comprenda con coherencia las principales características configuradoras del concepto de delito especial.²¹²

Muchos y diversos son los términos que la doctrina penal, ha venido empleando para referirse a los delitos especiales. Junto a la referencia directa al “*delito especial*” o al hecho delictivo especial²¹³, también han sido utilizados como sinónimos del mismo términos tales como “*Delictum sui generis*”, “*Delictum proprium*”²¹⁴ o “*delito autónomo*”, entre otros.

En la primera mitad del siglo XX evidenció la existencia de indicios de antiguas referencias legales al concepto de delito especial, aunque expresadas a menudo de un modo más o menos indirecto, así como bajo denominaciones, de nuevo, no siempre coincidentes. Según STURM²¹⁵ la primera referencia legal de los delitos especiales se encuentra en la figura de los *delicta propria*, opuesta a los *delicta communia*, prevista para los delitos militares en el *Digesto de Arius Manander*.²¹⁶ Esta terminología, empleada hasta no hace muchos años por un sector de la jurisprudencia española, era utilizada entonces en el sentido siguiente: se designaba con el nombre de *delicta propria* a todos aquellos delitos que únicamente podían ser cometido por una clase determinada de ciudadanos, los militares, distinguiéndolos, así, de los delitos que podían ser cometidos por cualquier ciudadano. Partiendo del ejemplo de *delictum proprium*, de los delito militares, brindado por la ley,

²¹² GOMEZ MARTIN, Víctor. *Los Delitos Especiales*. Ed. Euros Editores S.R.L, Barcelona, 2006, P. 3

²¹³ MEZGER, *Deutsches*, P. 44. Citado por GOMEZ MARTIN, *Op. Cit*, P. 4

²¹⁴ *Ibidem*, P. 20.

²¹⁵ STURM, W. *Die*, P.64. Citado por GOMEZ MARTIN, *Op. Cit*, P. 8

²¹⁶ *Ibidem*, P. 65

los autores romanos creyeron posible afirmar que no había motivo alguno para circunscribir el ámbito de los *delicta propria* únicamente los delitos militares, sino que también había de ser extendido los delitos de funcionario, y a los delitos cometidos por los religiosos, quedando bajo el ámbito de dominio de los *delicta communia*, en cambio, los restantes delitos.²¹⁷

En la edad media, fueron los juristas italianos los primeros en abordar con cierta frecuencia, la cuestión relativa a si la influencia de las cualidades o relaciones del autor, agravantes o atenuantes de la pena, podría extenderse a la punibilidad del “mandante” (inductor) y del partícipe.²¹⁸ La referida doctrinaria la consideró, por ejemplo, que la relación de parentesco del autor en el parricidio también debía agravar la punibilidad del partícipe. Sin embargo, esta solución no podía ser interpretada como la aceptación tácita de la idea de accesoriedad en estos supuestos, sino que encontraba su explicación en una disposición legal expresamente prevista en *la Lex Pompleja de Parricidiis* y que fue reconocida por un sector dominante de esta doctrina, precisamente, como una excepción.²¹⁹

El derecho alemán asumió de modo prácticamente complejo la clasificación de los delitos en *delicta propria* y *delicta communia* heredada del *Digesto del Corpus Iuris* de derecho penal. Esos delitos pasaron a ser concebidos, así, como “delitos disciplinarios especiales”, a través de los que un servidor del Estado lesionaría los deberes de servicio que recaen sobre él, que el mismo habría asumido previamente. La esencia de estos hechos disciplinarios y, con ello, la de los delitos propios no consistiría, así, en una lesión de un supuesto derecho de los particulares con respecto al Estado, sino a la

²¹⁷ GOMEZ MARTIN, *Op. Cit.*, P. 4

²¹⁸ SCHAFFSTEIN, F. *Die*, 1930. (reimpresión 1986), P. 205. Citado por GOMEZ MARTIN, *Op. Cit.*, P. 4

²¹⁹ *Ibidem*, P. 6

vulneración misma del deber jurídico que configuraría el contenido mismo del servicio público.

Esta situación se mantuvo hasta la aparición de los primeros códigos penales particulares de los distintos *Lander* del imperio alemán, que tuvo lugar a principios del siglo XIX. Fue el momento histórico en que los delitos militares, entonces habían venido constituyendo la parte más importante de los *delicta propria*, en realidad la única legalmente declarada como tal, dejaron de formar parte del derecho alemán común, pasando a integrar el contenido los distintos códigos penales particulares de los *Lander*.

Algunas legislaciones particulares hicieron más extensivas los sujetos que podían cometer los delitos especiales, tales como los funcionarios, así como también a otro grupo de persona diferente al funcionario. Ejemplo de esta suerte de sujeto lo serían, por ejemplo determinado funcionario de economía, servidores del estado y otros empleados públicos en servicios privados, o personas ocuparon otras empresas comerciales que comunican a otros aquello que, como ocasión de su función pública, su posición por su servicio, les ha sido conocido o confiado, recayendo sobre ellos el deber de mantener su secreto, o finalmente, otros servidores privados que, en sus relaciones de servicio, perjudiquen dolosamente a la administración pública.²²⁰

El ámbito de aplicación del concepto de delito especial ya no coincide exclusivamente con el de los llamados “delitos de clase, de oficio”²²¹, “de funcionario o delitos militares”²²²

²²⁰ GOMEZ MARTIN, *Op. Cit*, P. 9

²²¹ STURM, *Op. Cit*, P. 65

²²² *Ibidem*, P. 10

3.2 DIFERENCIA CONCEPTUAL ENTRE DELITOS COMUNES Y ESPECIALES

La historia de los delitos coincide con la historia de los bienes jurídicos. La existencia de un delito solo es posible sobre el presupuesto de la existencia de un bien jurídico. No puede existir delito sin bien jurídico objeto de lesión.

Un determinado comportamiento dejó de ser común y corriente, para transformarse en reprochable y punible cuando la autoridad social del período histórico respectivo, bajo la amenaza de una pena, prohíbe u ordena la ejecución de un determinado comportamiento, con el objeto de proteger un determinado interés o valor, el cual adquiere la categoría de bien jurídico a raíz de la protección normativa. Mientras esa decisión no ocurra el interés o valor objeto de protección jamás podrá considerarse un bien jurídico. Una vez que un determinado interés o valor ha sido objeto de protección jurídica, concomitantemente la autoridad social envía un mensaje de advertencia a los coasociados, en el sentido de sancionar penalmente a quien lesione o ponga en peligro de lesión a dicho bien.²²³

Esa advertencia no alcanza a intimidar a todos los coasociados en un período histórico determinado, ya que solamente a aquellos que están en condiciones naturales o jurídicas de vulnerar ese determinado bien jurídico. Tal afirmación no puede entenderse como contraria al principio general que comportan todas las normas. “Siempre la norma está dirigida a todos los coasociados y no a una parte de ellos”. Lo que ocurre es que muchas veces la norma tan solo alcanza, en un período histórico específico, a cubrir (conminar) a un determinado número de miembros de la sociedad, lo que no

²²³ MARQUEZ CARDENAS, Álvaro Enrique. *La coautoría en la dogmática penal frente a otras formas de autoría y participación*. Centro de Investigaciones Socio Jurídicas, Madrid, 2004- 2006, P. 199

significa que en el futuro pueda alcanzarlos. Mal podría el legislador legislar tan solo para el presente olvidándose del futuro. La norma se expide con efectos *erga omnes* independientemente de las personas que se encuentren habilitadas para observar el mandato.²²⁴

En esta línea de pensamiento se debe aclarar que, no obstante el principio general que comportan todas las normas, el legislador se ha visto avocado a expedir preceptos de carácter especial para ser cumplidos tan solo por un reducido número de personas. La anterior afirmación, se vuelve a insistir, no significa que esos preceptos sean contrarios al principio general, sino que se expiden también con efectos *erga omnes* para cuando cualquiera de los coasociados cumplan con la condición exigida por la norma respectiva.

En atención a las aclaraciones antes indicadas se observa que el legislador en un período histórico determinado expide normas que alcanzan a conminar a un mayor número de coasociados, y en otro, normas que tan solo obligan a un reducido número de personas. En el segundo evento el número de sujetos obligados a observar el precepto es menor que en el primero, por cuanto de aquellos se exigen determinadas calidades personales, y de éstos ninguna.

Esta afirmación también contribuye a explicar la diferencia entre delitos comunes y especiales. En los delitos especiales un reducido número de coasociados, por su condición y posición personal en la sociedad, están obligados a respetar el precepto penal, mientras que en los delitos comunes la conminación alcanza a un mayor número de sujetos, precisamente porque

²²⁴ QUINTERO OLIVARES, Gonzalo. *Los delitos especiales y la teoría de la participación en el derecho penal español*, Ed. CYMYS, Barcelona, 1974, PP. 12 - 14

a ellos no se les exige ningún tipo de condición o posición personal en el ámbito social.

Márquez Cárdenas formula la siguiente interrogante ¿Por qué es importante la especialidad del precepto? ²²⁵

a) Porque los sujetos seleccionados por el legislador para observar la norma penal ocupan en la sociedad una posición especial que los hace diferentes a los demás.

b) Porque esa posición especial, a raíz de sus condiciones personales de carácter jurídico o natural, les exige un comportamiento de mayor responsabilidad y moralidad en el contexto social.

c) Porque esa posición especial de la persona en la sociedad lo convierte en un sujeto obligado a cumplir con especiales deberes de protección de los bienes jurídicos puestos bajo su cuidado, o con los cuales ejerce determinadas relaciones.

d) Porque es más reprochable e intolerable el comportamiento de un sujeto cualificado socialmente que el de aquel que no ostenta ninguna cualificación.

e) Por cuanto la especialidad del sujeto cualificado legitima al Estado para exigirle un mayor compromiso y respeto por los bienes jurídicos colocados bajo su custodia, y consecuentemente facultades para aplicar sanciones sumamente drásticas, en el evento en que llegaren a defraudar la confianza depositada en ellos.

²²⁵ MARQUEZ CARDENAS, *Op. Cit*, P. 102

Para una mayor ilustración, hay que tener en cuenta los siguientes ejemplos: Es más reprochable e intolerable la apropiación de los bienes del Estado por parte de un servidor público, que el apoderamiento que llegare a realizar un particular, por cuanto el Estado ha depositado mayor confianza en su funcionario que en un particular, dado que el primero, al apoderarse de los bienes defrauda la confianza pública depositada en él, y el segundo, por no ser depositario de confianza pública, nada defrauda, excepto la expectativa de comportarse como cualquier ciudadano respetuoso del ordenamiento jurídico.²²⁶

Esa posición especial que ocupa el sujeto (en este caso el servidor público) frente al Estado y la sociedad, ha obligado a los legisladores a exigirles a dichos funcionarios mayor compromiso y especiales deberes de protección de los bienes jurídicos puestos bajo su cuidado, que los exigidos a los particulares.

Por otro lado el homicidio simple no es un delito especial, dado que para matar a otro no se exige del sujeto agente ninguna condición especial. En este caso estamos frente a un delito común, por cuanto el precepto está dirigido a todos los coasociados sin ningún tipo de exigencias personales que cualifiquen la conducta. El homicidio agravado por el parentesco sí está considerado como un delito especial, por la condición y posición igualmente especial que ocupa el sujeto en una de las instituciones más relevantes de la sociedad, como lo es la familia. Esa condición personal (el parentesco) agrava el comportamiento.

²²⁶ MARQUEZ CARDENAS, *Op. Cit.*, P. 199

Alguien se preguntará: ¿si el homicidio es un delito común, cómo puede considerarse a la vez especial? La diferencia entre delitos comunes y especiales no reside en el comportamiento delictual, sino en la condición personal (natural o jurídica) que el sujeto ocupa en la sociedad, la cual es exigida de manera necesaria por el tipo penal para su tipicidad.

Son las calidades (condiciones) las que lo hacen especial y diferente a los demás, las que le exigen mayor compromiso social, las que lo restringen en su comportamiento y determinan mayores sanciones cuando defrauda las expectativas de él esperadas por parte de la sociedad. En el ejemplo anterior un delito, común por las condiciones personales del sujeto agente, se ha transformado en especial, por ser más reprochable e intolerable la acción del familiar que mata a su pariente que la ocasionada por un extraño al círculo familiar.

Quintero Olivares es de la siguiente opinión: “Siempre que una condición personal, sea física o sea jurídica, venga exigida por el sentido del tipo, estamos en presencia de un delito especial”.²²⁷

Según el profesor Alfonso Reyes Echandía, las descripciones de las conductas típicas a través de los diversos tipos penales, constituyen una garantía jurídica, política y social de la libertad y la seguridad personal.²²⁸

La anterior afirmación significa que el Estado solo podrá perseguir penalmente al sujeto que tome parte en la ejecución de la conducta descrita en el tipo. Cuando el tipo exige determinadas calidades en el sujeto agente para la realización de la conducta, está limitando la acción a un reducido

²²⁷ QUINTERO OLIVARES, *Op. Cit.*, P. 15

²²⁸ REYES ECHANDIA, Alfonso. *Derecho Penal*, Ed. Temis, Bogotá, 1978, P.96

número de personas, y por supuesto las facultades del Estado para la persecución penal.

En este orden de ideas, se observa que el tipo penal se ha convertido en una garantía para la seguridad jurídica a favor de los ciudadanos y una limitación para el Estado. Esa seguridad jurídica genera tranquilidad en las personas, y a su vez les permite entender que solo podrán ser objeto de persecución cuando violen el deber jurídico consagrado en la norma penal respectiva.

No obstante, se debe aclarar que la violación del deber jurídico no constituye un criterio diferenciador entre delitos comunes y especiales, dado que en todo precepto penal siempre encontraremos consagrada una obligación de hacer o de no hacer, una obligación de realizar un determinado comportamiento o de abstenernos de realizarlo. Ejemplo: el que omitiere, sin justa causa, auxiliar a una persona cuya vida o salud se encontrare en grave peligro, se sancionara con multa de cincuenta a cien días multa, (art. 175 C. Pn.). En este caso el precepto penal ordena de manera imperativa la realización de un determinado comportamiento, es decir, impone un deber jurídico de hacer, o sea el de auxiliar a otra persona por motivos de solidaridad.

Pero cuando el Código Penal, en su artículo 128 prescribe: “El que matare a otro incurrirá en prisión de diez a veinte”, también este tipo penal está imponiendo un deber jurídico. ¿Cuál? El de abstenerse de matar. La violación del deber jurídico, antes que constituirse en un criterio diferenciador entre delitos comunes y especiales, se convierte en un denominador común, por cuanto todos los ciudadanos están obligados a respetar los bienes jurídicamente protegidos.

De nuevo Márquez Cárdenas,²²⁹ se formula esta otra interrogante ¿Qué importancia tiene la diferenciación entre delitos comunes y especiales?

Para determinar la valoración y efectos del comportamiento de los sujetos que intervienen en la realización de una conducta prevista como punible, y para establecer o descartar si a esa persona se le puede considerar autor, coautor o partícipe de una determinada clase de delito y, de acuerdo a ello, el tipo de sanción a imponer.

Bien se sabe que en los delitos especiales para que alguien pueda ser considerado autor, el tipo penal exige del sujeto agente unas condiciones personales naturales o jurídicas (sujeto cualificado).

3.3 INSTITUCIONES QUE FUNDAMENTAN LOS DELITOS ESPECIALES.

Así como los delitos comunes se fundamentan en la institución negativa del *neminen laede*, los tipos de infracción del deber especial se basan en las instituciones positivas. A lo largo de la historia se han reconocido tres instituciones de este tipo, de las cuales emanan deberes también positivos, que fundamentan, por tanto, la importancia en materia penal,²³⁰ estas son:

a. Institución familiar.

La familia considerada como la base fundamental de la sociedad, según el Artículo 32 de la Constitución de la República; estando los miembros de dicho grupo familiar obligados a dar ciertas prestaciones, de tipo alimenticia, educación, seguridad, salud, etc., a otros integrantes de dicho grupo. Es por ello que estos miembros tienen mayor responsabilidades que otros sujetos

²²⁹ MARQUEZ CARDENAS, *Op. Cit*, P. 106

²³⁰ CHAVEZ MATA, Jairo Daniel, et al. *Autoría y participación Criminal en el injusto criminal*, Imprenta Universitaria, San Salvador, 2009, P. 39

en la sociedad, y si dejan de prestar sus obligaciones o cometen otros atentados en contra sus familiares, la ley penal agrava esa conducta, por considerarla más reprochable.

b. Institución estatal.

El Estado es el máximo ente social del que derivan imperativos,²³¹ con relación en determinado status que se desempeñan en el mismo, como el de funcionario, empleado público, agente de autoridad, entre otras, y que son status por la razón que incluye una situación jurídica, mediante la cual están obligados ciertos sujetos frente al Estado a la protección y mantenimiento de determinado bien jurídico, obligación que es el resultado de una positivación por la norma legal, como las funciones que le corresponden al juez o al fiscal por lo que se puede concluir que son imperativos precisos no indeterminado.

c. Estrecha relaciones de confianza.

En este tipo de relaciones en la que el titular del bien jurídico deposita la confianza en otra persona, que ha aceptado el cuidado y protección del bien jurídico en determinadas situaciones de peligro,²³² por tanto se admite la posición de garante en la comunidad de vida y en la comunidad de peligro, estructurada sobre la base de la ayuda mutua en situaciones que implica peligro para el bien.

Por ejemplo los doctores respecto de la actividad médica. Esta relación no aparece expresa en los cuerpos normativos, así como también la acción de los salvavidas en la playa, etc.

Las instituciones positivas tienen la función de ser tipo de interpretación, definiéndose los mismos como las ideas rectoras que rigen la aplicación de

²³¹ BACIGALUPO, P. 34. Citado por CHAVEZ MATA, *Op. Cit.*, P. 39

²³² *Ibidem*, P. 40

los tipos particulares de la parte especial, determinando en definitiva el sentido teleológico de los tipos cualificados, siendo estas descripciones de conductas, que realiza el legislador por medio del supuesto de hecho de la norma penal.²³³

La teoría de los tipos de infracción de deber está teniendo un creciente auge en la doctrina, no obstante que un sector de la doctrina la niega como los defensores del dominio del hecho, de los cuales unos sostienen que no es necesario tal teoría para fundar la teoría en los tipos especiales (tesis monistas del dominio del hecho)²³⁴; y otros auxilian los criterios de la infracción del deber con el dominio del hecho para basar la Autoría (Tesis aditiva del dominio del hecho)²³⁵

3.4 MODELOS CONCEPTUALES DE DELITO ESPECIAL EN LA DOCTRINA JURÍDICO PENAL.

3.4.1 Modelos Conceptuales Simples y Modelos Conceptuales Complejos.

La doctrina jurídico-penal, en especial la alemana, ha venido sosteniendo, desde los orígenes de la teoría del delito hasta la actualidad, dos clases de concepto de delito especial: una clase de concepto simple y una clase de concepto complejo. Los conceptos simples de delito especial se caracterizan por definirlo como aquella clase de tipo penal que se distingue por que en ellos se describe una conducta que sólo es punible a título de autor si es

²³³ CHAVEZ MATA, *Op. Cit.*, P. 40

²³⁴ SANCHEZ – VERA GOMEZ TRELLE, P. 53, citado por CHAVEZ MATA, *Op. Cit.*, P. 41

²³⁵ BARJA DE QUIROGA, Jacobo, *La participación en los delitos especiales* en AA. VV. Problemas de autoría. Cuadernos de derecho judicial, nº 2, CGPJ, 2001, P. 175

realizada por ciertos sujetos que posean ciertas condiciones especiales que requiere la ley.²³⁶

Los conceptos complejos de delito especial incorporan, por su parte, no sólo la descripción del delito especial expresada por las definiciones simples, sino, además, su propia fundamentación.²³⁷

3.4.1.1 Modelos simples de concepto de delito especial.

Un sector importante de la doctrina penal clásica y de la doctrina penal moderna definen los delitos especiales por medio de un modelo simple de definición.

Toda definición de delito especial que pretendiese arrojar alguna luz sobre el fundamento de la restricción del círculo de autores operada por el legislador debe ser rechazada. Ello se debía, a que, la ley limitaba la posibilidad de responder por autoría a un determinado círculo de autores. Nada decía el legislador, por el contrario, sobre cuál debía entenderse que era el fundamento de esta restricción.

A falta de otros datos, la definición de delito especial debía contentarse, por tanto, con tener por objeto la mera referencia —sin ulteriores matizaciones— a la restricción del círculo de autores del delito operada legalmente.

von Hippel afirma que “(...) la esencia del delito especial no reside en que el tercero quede liberado del deber de obediencia, sino exclusivamente en que tan solo las personas descritas en el tipo pueden cometer estos delitos como

²³⁶ MIR PUIG, Santiago. *Derecho Penal*, 6ª ed. Ed. PG, Barcelona 2002, PP. 9-46 ss.

²³⁷ MIR PUIG, *Op. Cit.*, P. 15

autores físicos. Esto y sólo esto es lo que se encuentra en la ley, que aquí, como en todas partes, se circunscribe en su redacción al autor físico”.²³⁸

Señala el autor en referencia, por lo demás, que “las propiedades y relaciones personales que fundamentan la pena deben recibir exactamente el mismo tratamiento que cualquier otro elemento del tipo. Porque por medio de su concurrencia se convierte en delito una acción que, en caso contrario, sería impune. Desde un punto de vista conceptual, no son sino elementos necesarios del tipo de delito concreto, tienen para este significado constitutivo la misma importancia que cualquier otro elemento del tipo. (...)”

Si tales propiedades o relaciones se dan en la persona de aquél para quien empieza la acción ejecutiva, se realiza con ello el tipo objetivo del delito. Éste debe ser imputado según los principios generales a todos los intervinientes en la medida en que lo permita su culpabilidad, aunque no concurren en su propia persona. Porque todo interviniente ha contribuido aquí a la causación de la realización del tipo objetivo a través del sujeto ejecutor. (...)”

La doctrina habla aquí de los llamados delitos especiales, en especial cuando la posición profesional o de funcionario público del ejecutor opera fundamentando la pena. La expresión es correcta si con ella se pretende únicamente acuñar una breve denominación para todos los supuestos en que propiedades o relaciones personales operan fundamentando la pena. Pero en otro caso, esta expresión conduce a error, porque no está claramente delimitada y porque parece como si para tales “delitos especiales” delimitados de alguna forma rija, además, algo “especial”.

²³⁸ von HIPPEL, *Deutsches*, T. II, Alemania, 1930 (reimpresión 1971), P. 482.

Errónea es la idea de que en esta clase de delitos la ley (o la norma) tan solo exige obediencia de las personas descritas en el tipo (por ejemplo, de los funcionarios). Si esto fuera correcto, de esto se deduciría lógicamente que no sólo la autoría mediata, sino también la inducción y la complicidad de un tercero sería imposible.

Los delitos especiales pertenecerían al ámbito (...) de los supuestos en los que las acciones de participación quedan impunes por distintas razones”.²³⁹ Aunque otro sector doctrinal considera lo contrario, es decir, la posibilidad de la participación en dichos delitos.

En el mismo sentido se pronunció von Hippel, sosteniendo que “Las propiedades o relaciones personales fundamentadoras de la pena, esto es, aquéllas a través de las que una acción de lo contrario impune se convierte en punible, son elementos del delito necesarios para el concepto igual que cualquier otro. De esto se deriva: si esas propiedades, etc. se encuentran presentes en el ejecutor, entonces deben ser imputadas a todos los intervinientes en la medida en que sean abarcadas por su dolo. Esto rige especialmente para los delitos especiales, en los que la posición profesional o de funcionario público opera fundamentando la pena. Porque aquí en modo alguno se trata de que el tercero quede liberado del deber de obediencia, sino de que tan solo determinadas personas pueden ser autores físicos”.²⁴⁰

Nagler define los delitos especiales como “tipos de delito formulados por el Derecho penal de tal modo que no puedan ser realizados directamente por todo sujeto de derecho”.²⁴¹

²³⁹ von HIPPEL, *Op. Cit*, PP. 481 y ss.

²⁴⁰ *Ibidem*, P. 168.

²⁴¹ NAGLER, *Die*, Leipzig, 1903, P. 1.

Según Roeder, el elemento que caracteriza a todos los delitos especiales consiste en que “tan solo se someten a su conminación penal determinadas personas que satisfacen las especiales exigencias de la ley (...)”.²⁴²

Así sucede en primer lugar con los delitos especiales, en los que sólo pueden ser sujetos del hecho aquellas personas que cuentan con determinadas propiedades”.²⁴³

Jescheck y Weigend, por su parte, consideran que “según la delimitación del posible círculo de autores se distingue entre delitos generales, delitos especiales y delitos de propia mano. En los delitos generales puede ser autor cualquiera, como muestra el “que”, al principio de la mayoría de los preceptos penales. En los delitos especiales propios sólo se consideran en el tipo autores personas especialmente señaladas (por ejemplo, funcionario o empelados públicos). Los delitos especiales impropios pueden ser, en realidad, cometidos por cualquiera, siendo así la autoría de personas cualificadas una causa de agravación de la pena. En los delitos de propia mano el tipo presupone un acto que debe ser ejecutado corporal o por lo menos personalmente que el autor mismo debe acometer, porque de lo contrario faltaría el injusto específico de la acción del tipo de delito en cuestión”.²⁴⁴

En opinión de Kühl, “en la delimitación de autoría y participación, para aquellos tipos que pueden ser cometidos por cualquiera, deben ser desarrollados criterios generales. Los llamados delitos generales, suelen

²⁴² ROEDER, ZStW 1957, P. 239. Citado por GÓMEZ MARTIN, *Op. Cit*, P. 17

²⁴³ GROPP, *Strafrecht, AT*, P. 124, Rn. 4. Citado por GÓMEZ MARTIN, *Op. Cit*, P.18

²⁴⁴ JESCHECK / WEIGEND, 5ª ed., Berlin 1996, P. 266. Citado por GÓMEZ MARTIN, *Op. Cit*, P.18

describir al autor con “el que”. Así por ejemplo el artículo 128 del Código Penal: “El que mate a una persona”. Pero hay tipos en la parte especial que limitan la autoría a determinadas personas.

En esos delitos la delimitación entre autoría y participación se decide no según criterios generales, sino según criterios específicos del tipo”,²⁴⁵ de modo que “de la referencia típica del concepto de autor no sólo resulta que es autor el sujeto mismo que realiza el tipo, sino también que no lo es aquél a quien le falta una determinada cualidad requerida por el tipo. Él mismo no es entonces autor, incluso si él es quien ejecuta la acción suficiente para la realización del tipo y realiza el elemento objetivo del resultado típico”.²⁴⁶

A juicio de Matt, “reciben el nombre de delitos generales, todos los delitos que pueden ser cometidos por cualquiera. Los delitos especiales son, por el contrario, delitos en los que el círculo de autores está delimitado por una determinada propiedad (del autor)”.²⁴⁷

Stratenwerth, por su parte, observa que “por lo general, la prohibición de la sanción se dirige en todo caso sin distinción a toda persona; la mayoría de tipos llaman de acuerdo con esto al autor de modo completamente indeterminado “quien”. En una serie de delitos, la acción típica puede ser ejecutada, sin embargo, tan sólo por personas en la que se den especiales presupuestos. (...) Se habla, en esta medida, de elementos (objetivos) de autor”.²⁴⁸

²⁴⁵ *Strafrecht, AT*, P. 620, Citado por GÓMEZ MARTIN, *Op. Cit*, P.18

²⁴⁶ KÜHL, P. 620, Rn. 12. Citado por GÓMEZ MARTIN, *Op. Cit*, P.18

²⁴⁷ MATT, P. 53, Rn 27. Citado por GÓMEZ MARTIN, *Op. Cit*, P.19

²⁴⁸ OTTO, 5ª ed, 1996, P. 41, 17 y 18. Citado por GÓMEZ MARTIN, *Op. Cit*, P.19

Resulta paradigmático el concepto del modelo simple propuesto por Jakobs, quien considera que la diferencia entre delitos especiales y delitos de deber reside en que, mientras que en los primeros se produce una “delimitación meramente externa del círculo de autores”, en los segundos, en cambio “el legislador ha ordenado una delimitación externa del círculo de autores precisamente porque en su base existe una institución”. Por medio de este concepto, JAKOBS no sólo no incluye en el concepto de delito especial — distinto es el caso de su concepto de delito de deber— el fundamento de esta categoría delictiva, sino que incluso lo excluye del mismo.

En una línea parecida se habían pronunciado ya Gimbernat Ordeig y Rodríguez Mourullo. Gimbernat define los delitos especiales como “todos aquellos en los que, no toda persona puede ser autor”.²⁴⁹

Rodríguez Mourullo, por su parte, define los delitos especiales —como aquella clase de delitos que en su planteamiento incluye a los delitos de propia mano, los delitos especiales en sentido estricto y los delitos especiales en sentido amplio— como aquéllos en que no puede ser sujeto activo cualquiera, sino únicamente quien ostente ciertas características o cualidades personales especiales exigidas por el tipo.²⁵⁰

3.4.1.1.1 Características esenciales de los conceptos simples de delito especial.

A la vista de las anteriores definiciones, es posible afirmar que tales enunciados tienen en común, como clase de concepto de delito especial, con dos características esenciales:

²⁴⁹ GIMBERNAT ORDEIG, *Op. Cit.*, P. 228.

²⁵⁰ RODRÍGUEZ MOURULLO, Gonzalo. *Derecho Penal. Parte General*. Madrid, 1977, PP. 269 y ss.

Los delitos especiales como una restricción del círculo de posibles autores del delito por medio de una serie de elementos exigidos por el tipo.

En relación con los conceptos que definen los delitos especiales como una restricción del círculo de posibles autores del delito por medio de una serie de elementos exigidos por el tipo, pueden ser formuladas, a su vez, dos observaciones: una primera, referida al objeto de la restricción contenida por los delitos especiales; una segunda, referida a los elementos legales por medio de los cuales se practica la referida restricción.

En lo referente a la observación relativa al objeto de la restricción operada por la ley en los delitos especiales, es preciso señalar que la mayor parte de las definiciones de delito especial que se incluyen en la clase de definiciones que ahora nos ocupan se caracterizan por atribuirles una restricción del círculo de autores o sujetos activos del delito.

En efecto, a pesar de que Mir Puig comienza definiendo los delitos especiales como aquellos delitos “de los que no pueden ser sujetos quienes posean ciertas condiciones especiales que requiere la ley (así, la de funcionario)”, el autor aclara—en la distinción entre delitos especiales propios y delitos especiales impropios— posteriormente²⁵¹ que los delitos especiales no constituyen en realidad una restricción del círculo de todos los “sujetos” del delito, sino, de entre estos, únicamente del círculo de sus autores.

Luzón Peña, por su parte, a pesar de definir los delitos especiales como aquellos delitos “que exigen una especial condición, relaciones o

²⁵¹ MIR PUIG, *Op. Cit.*, PP. 9-46 y ss.

cualificación en el sujeto activo”, se refiere en realidad a este último como sinónimo del autor del delito.

La confirmación de este extremo se encuentra en la equiparación realizada por Luzón entre ambos términos en la propia rúbrica del apartado en que se incluye su concepto de delito especial (“Clases de delitos (tipos) según la estructura del tipo” (...) “Según los elementos del tipo objetivo” (...) “Por el autor o sujeto activo”), así como en los presupuestos de los que el autor parte y en la soluciones que propone en materia de delitos especiales.²⁵²

Por tanto, se definen los delitos especiales como aquéllos que, en contra de los que sucede con los delitos comunes —“delitos con sujeto activo o pasivo (...) innominados”—, “requieren una especificación del sujeto activo”. De entre estas definiciones de delito especial, se estima ampliamente preferibles aquéllas que se refieren a esta constelación delictiva como una limitación del círculo de autores o de sujetos activos frente a las que se refieren a los meros sujetos del delito.

De entre las definiciones de los delitos especiales que los consideran una restricción del círculo de autores, llaman la atención, por último, los conceptos elaborados por aquellos autores que los conciben como una limitación de los posibles autores, aunque con alguna ulterior exigencia.

Nagler define los delitos especiales como aquellos “tipos de delito formulados por el Derecho penal de tal modo que no puedan ser realizados directamente por todo sujeto de derecho”.²⁵³ Tal definición de delito especial no puede ser, sin embargo, admitida. Concebir de este modo los delitos especiales parece

²⁵² LUZÓN PEÑA. *Curso de Derecho penal*, Ed. PG, I, Madrid, 1996. P. 305

²⁵³ NAGLER, *Op. Cit*, P.1.

presuponer la validez de una posibilidad que ha venido siendo rechazada por la doctrina jurídico-penal absolutamente dominante desde los orígenes mismos de la teoría jurídica del delito: que el delito especial sea cometido en autoría mediata no sólo por el sujeto dotado de la cualificación exigida por el tipo (“intraneus”), sino también por un sujeto que carezca de ella (“extraneus”). El principio que se encuentra en la base de este rechazo es el siguiente: quien no puede ser autor directo de un delito, tampoco puede ser ni coautor ni autor mediato del mismo.

Más restrictiva es la definición de Roeder, para quien los delitos especiales son “conminaciones penales (...) sólo contra un círculo delimitado de personas con capacidad delictiva”.²⁵⁴

Sin embargo, no es menos cierto que una serie de autores pertenecientes a este sector doctrinal apuestan por concebir los delitos especiales como una restricción del círculo de meros sujetos del delito.²⁵⁵

La referencia a la descripción de los delitos especiales como una restricción de los autores del delito en contraposición con la que alude a la limitación de sus sujetos no debe ser contemplada como una vicisitud meramente formal, sino que, antes bien, tiene una importante consecuencia material. Ello se debe a la circunstancia de que —en contra de la creencia en ocasiones existentes en la doctrina jurídico-penal— los conceptos “autor” y “sujeto” del delito no son términos sinónimos.

Un tercer término al que debe hacerse alusión —también objeto de frecuente confusión por parte de la doctrina jurídico-penal con los de “autor” y “sujeto”

²⁵⁴ ROEDER, ZStW 1957, p. 239. Citado por GÓMEZ MARTIN, *Op. Cit.*, P. 23

²⁵⁵ Así, por ejemplo, las definiciones de GROPP, *AT*, P. 124, Rn. 4, y de OTTO, *AT*, 5ª ed., 1996, P. 41, Rns.17 y 18.

del delito, confusión que tiene también su reflejo en el ámbito de las definiciones doctrinales de delito especial— es el de “sujeto activo”. Esta expresión describe la relación existente entre un determinado sujeto y la realización de un determinado tipo, de suerte que puede afirmarse que es sujeto activo de un delito el sujeto que realiza su tipo. De este modo, puesto que la mayor parte de los tipos son “tipos de autoría”, es posible asegurar que también en la mayor parte de los tipos, el autor y el sujeto que realiza el tipo, esto es, el sujeto activo, coinciden en una misma persona. La diferencia entre el concepto de autor y el de sujeto activo se produce, en cambio, en los llamados “tipos de participación”.

En esta clase de tipos —cuantitativamente minoritaria, no es posible afirmar que la relación que el sujeto que realiza el tipo (sujeto activo del delito) con el hecho o el delito sea la propia de un sujeto que domine el hecho o la creación del riesgo, o la de un sujeto al que le pertenezca el delito (autor), sino, antes bien, la de un sujeto que interviene en el hecho principal típicamente antijurídico de otro (participación).²⁵⁶

Así, mientras que la autoría determina una relación de dominio o de pertenencia con el hecho típico, con la creación del riesgo típico, o con el delito mismo, sujeto del hecho típico, de la creación riesgo típico, o del delito también pueden serlo, además de su autor, quienes participen en él como inductores o cooperadores, necesarios o no necesarios — cómplices—. En caso de afirmarse que en los delitos especiales se produce en realidad una limitación del círculo de sujetos del delito, sería obligado asumir como una consecuencia necesaria la imposibilidad de que pueda participar

²⁵⁶ MIR PUIG, *Op. Cit.*, PP. 14 y ss.

puniblemente en un delito especial un sujeto que no presente los elementos exigidos por el tipo.²⁵⁷

Por lo que respecta a la segunda observación, referida a los elementos por medio de los que la ley procede a restringir el ámbito de los autores del delito, es obligado señalar que las definiciones que nos ocupan no permiten todavía arrojar luz alguna sobre la discusión doctrinal existente en torno a la naturaleza de estos elementos; esto es, la cuestión relativa a si se trata de elementos de naturaleza normativa o bien de naturaleza ontológica, elementos objetivos o elementos personales, elementos de autoría o elementos de la acción, o elementos que afectan al injusto típico, a la culpabilidad, a la punibilidad, al merecimiento de pena, o a cuestiones más generales de Política Criminal.

Langer,²⁵⁸ quien advierte que, en cualquier caso, debe tratarse de elementos objetivos personales independientes de la concreta comisión del delito. De este modo, ni las intenciones, ni las tendencias, ni las actitudes internas, ni ningún otro momento psíquico del autor, pese a su innegable capacidad fácticamente restrictiva del círculo de responsables penales, se contempla en general como relevante para la distinción de delitos comunes y especiales. La determinación de la naturaleza jurídica de los elementos objeto de discusión se presenta como el presupuesto más importante de la determinación de su tratamiento jurídico, esto es, de la cuestión de su comunicabilidad a partícipes "*extranei*".²⁵⁹

²⁵⁷ Con la excepción representada por un sector muy minoritario de la doctrina alemana tanto "*de lege ferenda*" como "*de lege lata*", la solución de la impunidad de los "*extranei*" en un delito especial apenas sí ha sido defendida por la doctrina jurídico-penal, lo cual constituye un indicio de su indudable incorrección. La cuestión acabada de plantear será analizada con mayor detalle en un momento más avanzado de la presente investigación.

²⁵⁸ LANGER, *Op. Cit.*, P. 28

²⁵⁹ Así se les conoce también a los extraneus.

Del mismo modo, también es preciso destacar que las definiciones que mencionan expresamente la presencia en los delitos especiales de elementos legales delimitadores de la esfera de autores obvian por completo la circunstancia de que esta delimitación no siempre se produce como consecuencia de la presencia de aquellos elementos.

Así las cosas, si bien es cierto que en los delitos especiales, la ley suele concretar el “quien” típico exigiendo que la comisión de un determinado delito a título de autoría quede limitada, por ejemplo, al “padre”, al “esposo”, al “profesional”, al “funcionario”, al “juez”, a un “hombre”, a una “mujer” o a un “enfermo contagioso”, también lo es que, en algunas ocasiones, la delimitación del círculo de autores del delito puede derivarse no ya de una concreción del “quien” del delito —que permanecería, de este modo, intacto—, sino de la propia descripción de la acción típica del supuesto de hecho del enunciado jurídico-penal.²⁶⁰

Ausencia de referencia al fundamento de la restricción legal del círculo de autores.

La ausencia de toda referencia al fundamento de la limitación del círculo de posibles autores del delito no obsta que pueda seguir atribuyéndose a estas definiciones la condición de concepto de delito especial, así como reconociéndose que, aunque nada aporte sobre su fundamento, tales definiciones sirven para determinar de forma definitiva el concepto de delito especial.

²⁶⁰ LANGER, *Op. Cit.*, P. 28, pone como ejemplo de esta idea dos clases de delitos: a) aquellos tipos en que la consumación de la acción sólo es posible en relación a determinadas personas; y b) una segunda modalidad delictiva en que sólo algunos sujetos se encuentran en la situación presupuesta por el tipo.

Por tanto, no se reconoce a las definiciones de delito especial que se limitan a presentarlo como una restricción del círculo de posibles autores del delito, en cambio, ni siquiera la condición de concepto, sino que las consideran, en realidad, meros pre conceptos de los delitos especiales. La utilidad que tendría un tal pre concepto se agotaría en permitir una primera aproximación a los delitos especiales, pero no sería suficiente para alcanzar una determinación definitiva de aquel concepto. La consecución de este último objetivo exige, el conocimiento de cuál es el criterio determinante de aquella limitación en la esfera de posibles sujetos activos, esto es, el conocimiento de su fundamento.

3.4.1.2 Modelos Complejos de Concepto de Delito Especial.

Un sector doctrinal propone definiciones de los delitos especiales que se destacan por ser más completas que las reconducibles al concepto estricto de autor. Este mayor grado de complejidad se debe a que tales definiciones, lejos de limitarse a describir el efecto delimitador de la autoría que producen en los delitos especiales ciertos elementos previstos en el tipo, incorporan al propio concepto el fundamento de tal delimitación, esto es, la razón por la que ésta se produce.

Para este sector de la doctrina, “se conoce con el nombre de delito común al delito general comisible por cualquier persona, mientras que delito especial se considera al delito que tan sólo puede ser cometido por un círculo limitado de posibles autores sobre la base de una especial posición de deber”.

Según Langer, delito especial es “aquel delito específicamente sancionado que, a causa de su especial injusto típico, tan solo puede ser cometido por

determinadas personas”.²⁶¹ Las cuales reúnen diferentes requisitos a los que exige un delito común.

El delito especial constituye, junto al delito común como correspondiente forma de aparición del delito, un binomio de formas de aparición. El injusto especial consiste en la lesión de un bien jurídico conferido un sujeto especial (“intraneus”) desatendiendo una norma de urgencia modificada.

La especial plasmación típica es la descripción legal del injusto especial en un especial elemento personal. La amenaza penal especial significa la consecuencia jurídica correspondiente al delito especial, que se separa de la del delito común”.²⁶²

Entonces, “los delitos generales pueden ser cometidos por cualquiera; y suelen empezar, aunque no necesariamente (...) con la expresión “el que”.(...) En los delitos especiales, por el contrario, sólo puede ser autor quien presenta una determinada propiedad (“cualificación de autor”). Esa cualidad consiste siempre en una posición de deber extrapenal, de modo que es mejor hablar de “delitos de deber”.²⁶³

A la vista de las definiciones anteriormente expuestas, es posible señalar que todos los modelos conceptuales complejos de delito especial se caracterizan por los tres rasgos siguientes:

a) De su carácter de complejos se desprende que consisten en modelos conceptuales de delito especial que no se limita a definirlo externamente

²⁶¹ LANGER, *Op. Cit*, P. 456.

²⁶² DEICHMANN, P. 4. Citado por GÓMEZ MARTIN, *Op. Cit*, P. 28

²⁶³ *Strafrecht*, 3ª ed., PP.10-128. Citado por GÓMEZ MARTIN, *Op. Cit*, P. 28

como una restricción del círculo de autores o sujetos activos del delito, sino que incorporan al concepto la fundamentación de aquella restricción.

b) Un modelo conceptual complejo de delito especial tan solo puede ser defendido por aquellos autores que consideren posible afirmar que todos los delitos especiales tienen el mismo fundamento.

c) La incorporación del fundamento de los delitos especiales a su concepto abre de par en par las puertas de la disparidad de conceptos de delito especial, ya que, de este modo, tan solo podrán ser idénticos dos conceptos que partan del mismo fundamento, cosa que en rara ocasión ocurre.

3.4.2 Modelos Conceptuales Autónomos y Modelos Conceptuales Dependientes.

3.4.2.1 Modelos conceptuales autónomos de delito especial.

El análisis sistemático del delito realizado por la llamada Teoría general del delito proporciona, entre otros resultados, la existencia de una serie de categorías conceptuales que, en forma de binomios integrados por elementos de exclusión recíproca, se erigen en lo que se denomina “formas de aparición del delito”.

La teoría de las formas especiales de aparición del delito parte de que la existencia misma de un delito depende exclusivamente de la concurrencia en un hecho de una serie de elementos comunes mínimos del mismo — singularmente, su tipicidad, su antijuricidad y su culpabilidad, aunque la presencia de estas categorías como componentes del delito no ha sido precisamente un dogma indiscutido a lo largo de la historia de la dogmática jurídico-penal—.

A partir de la referida afirmación de la existencia de un delito, dicho injusto criminal puede presentar múltiples modalidades, dependiendo de si su comportamiento es comisivo u omisivo, o de si el sujeto comete el delito como autor o como partícipe, o si el delito queda en grado de tentativa o de consumación. Son las llamadas formas de aparición del delito.

De acuerdo con esta línea de pensamiento, son ejemplos de estas, así, los binomios, acción-omisión, autoría-participación, o tentativa-consumación.

La principal característica común de estas categorías del delito como “formas de aparición del delito” residiría —siempre según la tesis de este sector doctrinal— en su autonomía conceptual. Así las cosas, si los autores que integran este sector doctrinal consideran posible afirmar, por ejemplo, que la cuestión relativa a si un delito constituye una modalidad de comportamiento activa o bien omisiva debe decidirse al margen de la cuestión relativa a si el sujeto interviene en el hecho a título de autor o de partícipe, o en grado de consumación o de tentativa, ello se explica precisamente por que parten de la premisa de que los aspectos del delito señalados son conceptualmente autónomos entre sí.

Con esta línea de pensamiento, una parte del moderno sector doctrinal de referencia da un paso más en materia de delitos especiales, hasta considerar que la categoría del delito formada por el binomio “delito especial-delito común” constituye, en realidad, junto a los binomios comisión-omisión, autoría-participación, o tentativa-consumación, una nueva forma de aparición autónoma del delito. La consecuencia que en esta materia se deriva de esta afirmación resulta, así, evidente: la decisión sobre si un determinado delito es un delito especial o un delito común no puede depender, por ejemplo, de si se defiende un concepto de autor unitario, extensivo, restrictivo, o construido

de acuerdo con criterios tales como el dominio del hecho o la pertenencia del delito. Según esta concepción, el concepto de delito especial debería ser determinado, así, al margen de esta última cuestión, y debería ser compatible, de este modo, con todo tipo de concepto de autor.²⁶⁴

3.4.2.2 Modelos conceptuales dependientes de delito especial.

En oposición al sector doctrinal defensor del modelo conceptual autónomo de delito especial, un segundo sector doctrinal, considera preferible concebir a los delitos especiales como una mera “agrupación típica” dentro de una determinada “forma de aparición” del delito.

De acuerdo con esta línea de pensamiento, del mismo modo que resulta inimaginable, por ejemplo, una definición de los delitos de propia mano sin referirse a la figura de la autoría (mediata)²⁶⁵ —ya que esta discutida modalidad delictiva se distingue precisamente porque la acción típica debe ser ejecutada directamente por el sujeto activo del delito—, o de los delitos de peligro sin referirse a la consumación de la lesión del bien jurídico,²⁶⁶ resulta igualmente inconcebible una definición de los delitos especiales sin referencia alguna a la autoría. El modo en que suele percibirse la presencia de un concepto dependiente de delito especial es la referencia expresa en la propia definición a la forma de aparición del delito de la que depende el delito especial como agrupación típica que se encuentra en su seno.²⁶⁷ De entre las distintas formas de aparición del delito existentes para este sector doctrinal, la que con mayor frecuencia es objeto de referencia en las definiciones de delito especial es la autoría, seguida — aunque muy de

²⁶⁴ LANGER, *Op. Cit*, PP. 389, 391, 437, 450 ss. y 458.

²⁶⁵ LANGER, *Op. Cit*, P. 35.

²⁶⁶ *Ibidem*, P. 36.

²⁶⁷ *Ibidem*, P. 37.

lejos— por la forma de aparición del delito consistente en la consumación del delito.

Luego de haber analizado las diferentes teorías que tratan de definir los delitos especiales, se puede entender estos como aquellos en los que "no toda persona puede ser autor", sino que dicha autoría está limitada a determinados sujetos a diferencia de los delitos comunes que pueden ser cometidos por cualquier persona, el delito especial sólo podrá ser cometido por sujetos que reúnan ciertas características o condiciones.

Bacigalupo²⁶⁸ afirma que hay... ciertos delitos que solamente pueden ser cometidos por un número limitado de personas: aquellos que tengan las características especiales requeridas por la ley para ser autor. Se trata de delitos que importan la violación de una norma especial. Por ejemplo: el cohecho propio del art. 330 del Código Penal; el prevaricato del art. 310 del Código Penal. Estos delitos que establecen, no solamente la prohibición de una acción, sino que requieren además una determinada calificación del autor, se denominan delitos especiales.

Los delitos especiales son aquellos en los que «no toda persona puede ser autor»²⁶⁹, sino que el círculo de autores está limitado a determinados sujetos. Así pues, esta categoría se contrapone a la de delito común; éste podrá ser cometido por cualquier persona, mientras que aquél, el especial, sólo por sujetos que reúnan ciertas características o condiciones.

Este tipo de injustos criminales tratan de personas sometidas a un deber, por lo que sólo pueden ser autores aquellas personas ligadas por dicho deber, pues,

²⁶⁸ BACIGALUPO, Enrique. *Manual de Derecho Penal. Op. Cit*, 1996. P. 86

²⁶⁹ GIMBERNAT ORDEIG, *Op. Cit*, P. 228

son las únicas que pueden infringirlo. Por consiguiente, también pertenecen a esta categoría (entre otros) los delitos cometidos en comisión por omisión.

3.5 CLASIFICACION DE LOS DELITOS ESPECIALES.

3.5.1 Delitos Especiales Impropios.

Son aquellos "que tienen correspondencia con un delito común", pero su realización por sujetos especialmente cualificados hace que éste se convierta en un tipo autónomo distinto.

En estos casos existe un delito común subyacente que puede ser cometido por cualquier persona, sin embargo si es cometido por alguno de los sujetos especialmente cualificados se produce una modificación del título de imputación derivándose hacia el delito especial impropio.

El delito especial impropio es aquel en el que aunque también se parte de un círculo reducido de posibles sujetos activos, sin embargo, «tiene su correspondencia con un delito común».²⁷⁰ En estos casos, existe un delito común subyacente que puede ser cometido por cualquier persona, pero que si se trata de alguno de los sujetos especialmente cualificados, se produce una modificación del título de imputación derivándose hacia el delito especial impropio.

Este tipo de delitos son aquellos en los que la calificación específica del autor opera como fundamento de agravación. Ejemplo: la agravación de la privación ilegal de la libertad cometida por un funcionario, empleado público, agente de autoridad o autoridad pública (art. 290 del Código Penal)

²⁷⁰ GIMBERNAT ORDEIG, *Op. Cit.*, P. 252

Así como también, el delito de Peculado (art. 325 del Código Penal) cometido por funcionario público está cualificado por el Sujeto Activo, pero si no lo fuese esto es, si se tratase de un particular, tal Peculado no sería Atípico, sino que el título de imputación variará al de apropiación o retención indebida (Artículo 217 del Código Penal).

Delito de Parricidio u Homicidio Agravado (Art. 129 Numeral 1 del Código Penal) es un delito impropio pues tiene correspondencia con un delito común (Homicidio Simple, Art. 128 C. Pn.), se trata de un delito especialmente calificado, es decir porque se origina de un delito común, y el parentesco entre víctima y autor lo vuelve especial.

3.5.2 Características.

- a) Es un delito común realizado por un sujeto especial.

- b) Es un delito común atenuado o agravado por la calidad personal del sujeto agente que lo realiza. La calidad especial del sujeto agente es indispensable para la existencia del delito.

- c) Es un delito especial subordinado a uno de naturaleza común.

3.5.3 Delitos Especiales Propios.

Son "aquellos que no tienen correspondencia con un delito común" porque "la calidad especial del sujeto es determinante para la existencia del delito, de tal forma que faltando la misma el hecho sería atípico", es decir, en el delito especial propio el hecho tiene que ser cometido por un sujeto que reúna las características específicas, de no ser así el hecho es inexistente desde el punto de vista jurídico penal.

Gimbernat Ordeig expresa que la cualidad personal en este tipo de delitos no modifica la pena de un delito común (que no existe); sino que es tal cualidad la que fundamenta la pena.²⁷¹

El delito especial propio es «aquel que no tiene correspondencia con un delito común»,²⁷² porque «la calidad especial del sujeto es determinante para la existencia del delito, de tal forma que faltando la misma el hecho sería atípico». En el delito especial propio el hecho tiene que ser cometido por un sujeto que reúna las características específicas, de no ser así, el hecho es atípico. Ej.: El delito de Prevaricato, (Art. 310 del Código Penal) donde necesariamente el Sujeto Activo ha de ser un juez, porque si no lo es, la persona que crea dictar una sentencia no conforme a derecho, estaría bajo la figura de un delito imposible.

3.5.4 Características.

a) Es un delito autónomo, por cuanto no depende de otro de ninguna naturaleza.

b) Es un delito autónomo con sujeto cualificado. La cualificación no es otra cosa que una condición personal (natural o jurídica) que debe ostentar el sujeto agente. Es un elemento indispensable para la existencia del delito especial, de tal manera que, faltando esa condición personal, la conducta dejaría de ser típica para ese sujeto frente al bien jurídico protegido por el respectivo tipo penal.

²⁷¹ GIMBERNAT ORDEIG, *Op. Cit*, P. 254

²⁷² *Ibidem*, P. 253.

CAPITULO IV.

COMPLICIDAD EN SENTIDO ESTRICTO DEL EXTRANEUS EN LOS DELITOS ESPECIALES PROPIOS.

Como anteriormente se analizó que la complicidad puede entenderse tanto en sentido general y en sentido estricto, siendo la primera la que comprende a la autoría directa, autoría mediata y coautoría; mientras que la segunda se refiere a la inducción y a la complicidad, sea esta necesaria o no.

En este apartado se estudiara la complicidad en sentido estricto, específicamente la colaboración que aportan personas que no ostentan la calidad especial que exigen determinados delitos especiales (extraneus) a personas que si las poseen (intraneus); es decir que dicha ayuda es aportada a un hecho ajeno.

Este problema donde el extraneus actúa como interviniente delictivo es uno de los más arduos de los que se enfrenta el derecho penal. Se trata de responder al interrogante conforme al cual a que título y con qué fundamento responde penalmente este individuo cuando concurren en los punibles especiales o de sujeto activo cualificado, o por otro lado porque no debe ser sancionado como interviniente penal en el delito.

La pregunta se plantea a raíz de que estos delitos se caracterizan porque solo un número concreto de personas que reúnen la pertinente condición especial pueden intervenir como autores.

4.1 Teorías sobre la intervención del extraneus en los delitos especiales.

A lo largo de la historia se han venido desarrollando una gama de teorías que pretenden realizar un análisis de la posibilidad de penalizar al extraneus, y otras que pretenden demostrar que los únicos sujetos que pueden intervenir en la ejecución de los delitos especiales son los que el mismo injusto criminal menciona, nadie más (particulares). A continuación se presentan las más importantes corrientes doctrinales que pretenden dar solución a este problema.

4.1.1 Teoría de Impunidad.

Como primer lugar se tiene aquella corriente doctrinaria que sostiene o se inclina a favor de la impunidad del extraño cuando interviene en un delito especial en cualquier calidad, en las modalidades de autoría y participación en sentido estricto.

En opinión de este sector de la doctrina, en los casos de “auténticos” delitos especiales (por ejemplo, de los delitos de funcionario), los supuestos de la idoneidad del sujeto; es decir, cuando el sujeto que pretende realizar el delito o colaborar en él no es el adecuado para cometerlo, deben ser tratados como los casos de error inverso sobre la subsunción del supuesto de hecho en el tipo de autoría cualificada. Esto es, como supuestos de error de prohibición al revés o delito putativo impune.

La solución de la impunidad del sujeto inidóneo ha encontrado acogida según Gomez Martin²⁷³ en las tesis alemanas de von Hippel, Frank, Schoetensack, Welzel, Armin Kaufmann, Hardwig, Schönke, Baumann,

²⁷³ GOMEZ MARTIN, *Op. Cit*, P. 709

Meyer, Langer, Schmidhäuser, Baumann / Weber, Baumann / Weber / Mitsch, Schünemann, Wolter. Köhler, Stratenwerth, Zielinsky y Jakobs; en la austríaca de Hager / Massauer; en las argentinas de Jiménez de Asúa, Bacigalupo Zapater y Gladys Romero; y en las defendidas por Rodríguez Devesa, Rodríguez Mourullo,²⁷⁴ Sáinz Cantero y Sáinz de Robles, entre otros.

Por tanto, “de delitos especiales se habla cuando el tenor literal del precepto penal no se dirige, como sucede normalmente, contra todos (“quien, etc.”), sino únicamente contra determinadas personas (funcionarios, militares, etc.). Sólo esas personas pueden ejecutar el delito, esto es, ser autores físicos.

La impunidad de los supuestos de error inverso sobre la idoneidad consistente en un error sobre el supuesto de hecho ha sido defendida por este sector doctrinal a partir de una triple alternativa. Esta triple alternativa encuentra su correspondencia, a su vez, en tres distintos sectores doctrinales.

En opinión de un primer grupo de autores, tanto el error inverso sobre los presupuestos objetivos de la cualidad especial de autor en un delito especial como el error de subsunción al revés constituyen, en realidad, supuestos de error de prohibición al revés. Estos supuestos deben recibir el tratamiento del delito putativo. Es decir, la impunidad.²⁷⁵

²⁷⁴ RODRÍGUEZ MOURULLO, en CÓRDOBA RODA / RODRIGUEZ MOURULLO / DEL TORO MARZAL / CASABÓ RUIZ, *Comentarios al Código Penal*, II, PP. 227 ss.; el mismo, en RODRÍGUEZ MOURULLO (Dtor.), *Comentarios al Código penal*, 1997, PP. 76 s.

²⁷⁵ Pertenecen al este grupo de autores, entre otros, WELZEL; Armin KAUFMANN, *Teoría de las normas*, P. 207; LANGER, *FS-Lange*, P. 245.; HARDWIG, GA 1957, p. 171; JAKOBS, *Derecho penal*, PG, 2ª ed, 25/43; BACIGALUPO ZAPATER, *Delitos impropios de omisión*, PP. 105 s.; el mismo, *Principios de Derecho penal*, PG, 5ª ed. p. 351; Gladys ROMERO, *LH-Jiménez de Asúa*, pp.236 s.; y SÁINZ de ROBLES, *LH-Beristain*, p. 624.

Otros autores partidarios de la impunidad no niegan que la naturaleza jurídica de uno y otro supuesto de error sea diferente. No afirma este segundo grupo de autores, en efecto, que el error inverso sobre los presupuestos objetivos de la cualidad de autoría dé lugar, de acuerdo con su naturaleza jurídica, a un delito putativo impune.

Debe deducirse de ello que esta clase de error no constituye un error de prohibición al revés, sino un error de tipo. No obstante ello, esta distinción no tendrá, sin embargo, consecuencia jurídica alguna, porque tanto una como otra clase de error recibirán idéntico tratamiento: la impunidad. En efecto, pese a no afirmar expresamente la cualidad de error de prohibición al revés del error inverso sobre los presupuestos objetivos de la cualidad del autor — insinuándose incluso, al contrario, su condición de error de tipo—, los autores que ahora nos ocupan consideran que los supuestos en que tiene lugar una tal clase de error son supuestos cuya similitud con los casos de delito putativo es tan grande que no está justificado someterlos a un tratamiento diferenciado.²⁷⁶

Sin ánimo de abundar en la crítica de la posición mantenida por este segundo sector doctrinal, debe señalarse, por de pronto, lo siguiente: aunque los supuestos de error inverso sobre los presupuestos fácticos de la cualidad de autoría puedan ser “parecidos” a los supuestos de delito putativo— conclusión que desde aquí debe ser seriamente puesta en tela de juicio—, no es menos cierto que aquel “parecido”, más que un punto de llegada, resulta ser un simple punto de partida o *premisa* sin fundamentación expresa.

²⁷⁶ Pertenecen a este segundo grupo de autores BAUMANN / WEBER, *Strafrecht, AT*, 9ª ed., 1985, P. 498 y SCHMIDHÄUSER, *Strafrecht, AT*, 1970, PP. 15/64, entre otros.

En efecto, tanto en los primeros como en el segundo se encuentra ausente una mínima explicación de por qué los casos de error inverso sobre los presupuestos “se parecen” a los de delito putativo, en otras palabras a un delito imposible.

Para un tercer grupo de autores, por último, en los supuestos de sujeto inidóneo por error sobre los presupuestos fácticos del elemento cualificante de la autoría falta ya la tipicidad misma de la conducta. Según esta concepción, la conducta del sujeto inidóneo no realizaría, en suma, el tipo objetivo de la tentativa del correspondiente delito especial.²⁷⁷

4.1.2 Teorías penalizadoras.

Otro sector de la doctrina considera que debe penalizarse la conducta del extraneus, fundamentándose en la razón que... las normas especiales van dirigidas a todos, no solo a los que tengan la correspondiente cualificación, ya que el sentido de la Ley Penal que es el de proteger unos valores en cuya defensa participa toda la sociedad.

La diferencia entre los delitos especiales y los comunes en el ámbito de la tipicidad, los intervinientes no cualificados no pueden ser autores en el delito especial, lo que no ocurre con los delitos comunes. Pero desde el punto de vista de la antijuridicidad, se tiene que el extraneus que ayuda al intraneus a vulnera el bien jurídico de interés general- como la fe pública o la misma

²⁷⁷ A esta conclusión, defendida en su día desde los postulados de la ya superada teoría de la falta de tipo, por autores como FRANK, *StGB*, 18ª ed., p. 83; SCHOETENSACK, *FG-Frank*, II, 1930 (reimpresión 1969), p. 58; JIMÉNEZ de ASÚA, *Tratado de Derecho penal*, VII, cit., p. 788 (aunque refiriéndose de modo confuso a la “atipicidad” y la “falta de tipo” como dos causas de exclusión de la responsabilidad penal de naturaleza aparentemente distinta) parecen llegar en la actualidad HAGER / MASSAUER, en HÖPFEL / RATZ, *WK*, cit., PP. 15-16/71.

administración pública – indudablemente que con su conducta también lo afecta, el cual esta personalmente obligado a respetar.²⁷⁸

Las teorías más importantes que tratan esta alternativa de sancionar al extraneus cuando interviene en un delito especial, lo hacen en diferentes formas, para lo cual se realiza el siguiente análisis de ellas:

4.1.2.1 Teoría de la Unidad del Título de Imputación.

Esta teoría admite la sanción del extraneus como partícipe del delito especial, sea propio o impropio, cometido por el autor intraneus. Esta posición se apoya en la vigencia del principio de accesoriadad limitada de la participación (Art. 37 C. Pn.), respecto de la autoría, a la par que se reconoce que la comunicabilidad de las circunstancias y cualidades, prevista en el art. 67 del C. Pn., únicamente opera frente a las circunstancias modificativas de responsabilidad, más no ante las que fundamentan el injusto.²⁷⁹

En otras palabras, esta tesis sostiene que el cómplice de un delito especial, sea este propio o impropio se sancionara como tal, pero de acuerdo al delito al cual ha colaborado para su ejecución, y no a su delito común subyacente (si es que lo tuviere), sin olvidar las reglas de penalidad de la participación; es decir, que debe ser atenuada respecto a la pena del intraneus.

La doctrina dominante defiende esta postura²⁸⁰. Ya que sostienen que en los delitos de funcionarios, la calificación del sujeto no funciona como una circunstancia agravante, no existiendo razón alguna para excluir la

²⁷⁸ PEÑA OSSA, Erleans de Jesús. *Delitos contra la administración pública*, Ed. Ediciones jurídicas Gustavo Ibáñez, Santa Fe de Bogotá, 1995, PP. 39-40

²⁷⁹ LOPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo. *Autoría y participación*, Ed. Ediciones Akal S.A, Madrid, 1996, P. 158

²⁸⁰ PEÑA RANDA. *La participación en el delito y el principio de accesoriadad*, Madrid, 1990, PP. 349 ss

participación y romper el título de imputación. Así, pues, para esta posición el extraneus debe de responder como participe por el delito cometido por el intraneus.

Para Gimbernat dogmáticamente es claro que el extraño que colabora a una malversación ayuda a este delito y no a una apropiación indebida que no se ha dado en realidad, y cuya existencia solo puede fundamentar con juegos de prestidigitación dogmáticos que hacen aparecer delitos donde no están y desaparecer que sí que están.²⁸¹

4.1.2.2 Teoría de la Ruptura del Título de Imputación.

Esta teoría sostiene que los tipos penales especiales se refieren exclusivamente a los intraneus, es decir, a las personas que ostentan las calidades o características que los mismo exigen para poder ser sujeto activo.²⁸²

Contra la anterior postura ha surgido esta tesis que tiene como base la división de los delitos especiales propios e impropios, aceptando que en aquellos no es jurídicamente viable la intervención del extraneus y si, en cambio, en los impropios, en cuyo caso la conducta es ubicable en un tipo penal paralelo que recoja el arquetipo comportamental realizable por un sujeto activo indeterminado, de tal manera que interviniendo tanto el intraneus como el extraneus se rompe el título de imputación.²⁸³

Se dice por tanto, que un delito especial es propio, cuando la cualificación del agente es elemento *sine qua non* para la existencia de un hecho punible, de

²⁸¹ GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. *Autor y cómplice en el Derecho Penal. Op. Cit*, P. 292

²⁸² LOPEZ BARJA DE QUIROGA, *Autoría y participación, Op. Cit*, P. 159

²⁸³ PENA OSSA, *Op. Cit*, P. 45

tal manera que no existe correspondencia con un delito común, la intervención del extraneus será atípica.²⁸⁴

Por el contrario en el delito especial impropio si existe esa relación fáctica con un delito común, que como tal describe el mismo hecho pero ejecutable por quien no tiene la cualificación típica de autor, el que al concurrir con el sujeto activo cualificado responde conforme a la figura común correlativa, y de acuerdo con su forma de intervención, o sea, a título de autor, determinador o cómplice, según el caso.²⁸⁵

Si, por ejemplo un servidor público y un particular se apropian de un bien estatal que aquel administra, con la coadyuvancia de un extraneus. El primero deberá responder como autor de peculado; el segundo, como sujeto-agente de hurto, que revestirá la forma agravada de haberse cometido sobre objetos que formaren parte de la instalación de un servicio público, (Art. 208 numeral 10 C. Pn.) y el extraño será cómplice de este último delito.

La propuesta en comento implica, entonces, el rompimiento del título de imputación en cuanto a los delitos especiales impropios, porque ofrecen sancionar al extraneus con sujeción al delito común base y al intraneus con arreglo con el correspondiente delito especial. Subsiste una unidad ontológica entre una y otra conducta delictiva, pues se dan los elementos sustanciales comunales, ejemplo la conducta y el objeto material, de donde se colige por este aspecto, que sustancialmente igual un peculado y una apropiación indebida.²⁸⁶ Lo que haría diferentes las conductas asumidas por

²⁸⁴ QUINTERO OLIVARES, *Op. Cit*, PP. 40 y ss

²⁸⁵ QUINTERO OLIVARES, *Op. Cit*, P. 45

²⁸⁶ BERNAL CUELLAR, Jaime, et al. *El Proceso Penal*, 2ª ed. Centros de Estudios Penales, Bogotá, 1990. P. 373

ellos serían conceptos esencialmente jurídicos, como la calidad empleado oficial y la relación funcional entre este y el bien objeto de la apropiación.

El error del extraneus que concurra en esta situación, en relación con la calidad típica del intraneus, carece de toda relevancia jurídica, pues resulta claro que, conozca o no esa condición especial, responderá por el delito común paralelo y de acuerdo a su forma de intervención.²⁸⁷

Tampoco tiene ninguna incidencia que el extraneus tenga o no ese conocimiento de los delitos propios, toda vez que su intervención en ellos de todas maneras no encuadraría en tipo penal alguno.

Por tanto el particular que colabora dolosamente con un funcionario público en la comisión de un peculado, responderá como autor de un delito de hurto, más no por el tipo de complicidad en peculado. Nótese que para atribuir el grado de responsabilidad, esta tesis recurre al dominio del hecho, pues el intraneus será autor del delito especial y el extraneus partícipe del delito común subsidiario, en tanto aquél posea el dominio del hecho. Por el contrario, si es el extraneus quien detenta el dominio del hecho, el intraneus será partícipe del delito especial, mientras que el extraneus será autor del delito común.²⁸⁸

Esta formulación se asienta, entonces en la inexistencia de la unidad de título de imputación, en la tesis de la limitada destinación de la norma incriminatoria del delito especial y en la teoría del deber especial del intraneus, todas ellas harían que solo este último individuo estuviera en

²⁸⁷ PEÑA OSSA, *Op. Cit.*, P. 45

²⁸⁸ LOPEZ BARJA DE QUIROGA, *Autoría y participación*, *Op. Cit.*, P. 159

condiciones de intervenir en los delitos de sujeto activo con especiales cualificaciones.

El planteamiento en cuestión, en lo relacionado con los delitos especiales impropios, si bien atiende al principio de culpabilidad, en cuanto al extraneus reconoce cual es la naturaleza del hecho punible en el que interviene y quiere hacerlo, fuerza un poco el de legalidad pues en cierta manera estaría siendo procesado por un hecho distinto al jurídicamente previsto para el, como punible, y rompe con el de la accesoriedad, pues si la determinación y la complicidad existen exclusivamente en función de un hecho principal, el extraneus que no puede ser autor de un delito especial, sino cómplice o determinador del mismo, resulta siendo sujeto – agente de un delito común, lo que sin duda representa un manejo poco convincente de la legalidad, los principios y la lógica jurídico penal, en aras de una corrección político criminal de la ley *in malam partem*.²⁸⁹

Una parte de la doctrina, como Pacheco²⁹⁰, Sánchez Tejerina²⁹¹, Cuello Calon²⁹², etc., apoyan esta teoría, estimando que el intraneus responderá del delito especial mientras que el extraneus deberá responder en función del delito común. Así, se considera que el particular que participa en la malversación realizada por un funcionario no es culpable de este delito, sino de un delito común contra la propiedad, por dos razones: 1ª el motivo del castigo de la malversación es el quebrantamiento por el funcionario del deber de fidelidad en el manejo de los caudales puesto a su disposición y el

²⁸⁹ FERNANDEZ CARRASQUILLA, Juan. *Derecho Penal Fundamental*, Vol. II, 2ª ed. Ed. Temis, Bogotá, 1989, P. 419

²⁹⁰ PACHECO, *El Código Penal concordado y comentado*, T. II Madrid, 1856, P. 510

²⁹¹ SANCHEZ - TEJERINA, *Derecho Penal Español*, T. II, (parte especial), Madrid, 1942, P. 171

²⁹² CUELLO CALON, *Derecho Penal*, T. II, (parte especial) Madrid, 1949, P. 401

particular no puede violar semejante deber. 2º las atenuantes y agravantes genéricas y específicas de carácter personal cualifica determinados delitos.

4.1.2.2.1 Criticas.

Conforme a esta tesis se considera que existe una laguna de punibilidad respecto a la intervención del extraneus en los delitos especiales propios la cual no encuadraría en tipo penal alguno, la que solo puede salvarse por la ley.²⁹³

Quintero Olivares sostiene que tal interpretación carece de base, pues rompería con el principio de accesoriedad de la participación, ya que se arribaría a la solución artificial de imputar al extraneus e intraneus delitos distintos, cuando en puridad se trata de un solo hecho punible.²⁹⁴

La aplicación del principio de accesoriedad limitada tiene plena vigencia y aplicación en el Código Penal, pues como se ha mencionado, la incomunicabilidad de las circunstancias de participación debe circunscribirse exclusivamente a aquellas cualidades que afectan la culpabilidad y punibilidad.

Ahora bien, esta teoría y la tesis de la Unidad del Título de Imputación tienen un punto de encuentro. Ambas teorías hacen depender la imputación de la autoría de quien haya ejecutado los hechos con dominio del hecho. Así, según la tesis de la unidad del título de imputación, si el dominio del hecho fue detentado por el intraneus y el extraneus intervino prestando un auxilio doloso, este último será partícipe del delito especial perpetrado por aquél. Por el contrario, si el dominio del hecho lo detentó el extraneus, entonces el

²⁹³ CUELLO CALON, *Op. Cit*, P. 419

²⁹⁴ QUINTERO OLIVARES, *Op. Cit*, P. 41

delito cometido será común, y el intraneus será partícipe de este delito común.²⁹⁵

4.1.2.3 Otras soluciones.

Existen además, otras corrientes doctrinarias que están de acuerdo en la posibilidad de que se penalice la complicidad en los delitos especiales, pero que proponen diferentes perspectivas sobre el tema, como son las siguientes:

4.1.2.3.1 Solución de ascendencia italiana.²⁹⁶

Según esta posición de origen italiano, el extraneus responde a título de determinador o cómplice, del mismo delito especial a cuyo autor determina o colabora, en virtud del efecto de amplificación que de los modelos delictivos de sujetos activo cualificado, cumple el mecanismo de la parte general conocido como participación (determinación y complicidad).

La inicial formulación sobre estos delitos se fundamentó en el concepto restrictivo de autor refiriéndose solamente a aquel que ha realizado la “conducta típica, puede ser autor de delito; los otros serían meros partícipes”; y para estos la punibilidad “no nace de la violación de la norma típica, sino de aquellas que consagra la participación” (en sentido estricto, vale decir al reservado al determinador y cómplice con exclusión del autor), responderán “por el mismo título del delito del autor porque el hecho es único”.

Pero quien le dio sólida estructuración al planteamiento fue Reyes Echandia, el cual manifiesta que si bien la conducta descrita en los tipos penales que requieran de un sujeto activo cualificado se ha de predicar de quien tenga

²⁹⁵ LOPEZ BARJA DE QUIROGA, *Autoría y participación*, Op. Cit, P. 160

²⁹⁶ PEÑA OSSA, *Op. Cit*, P. 41

esa cualificación, ellos solo indican que únicamente esa persona puede concurrir como autora, mientras que el extraneus, quien como tal no posee esa condición especial y que la ley no se la exige, puede intervenir a título de cómplice, derivándose su punibilidad no de la norma comportamental, sino del dispositivo amplificador de la complicidad.

Así como no es posible negar que el extraño que colabore con el gerente de una institución pública para que este traslade fondo a otra empresa, con una específica destinación, sin cumplir los requisitos legales pertinentes, es cómplice de tal modalidad peculadora, pues está contribuyendo a lesionar el bien jurídico de la administración pública.²⁹⁷

En el caso que el extraneus realiza con el intraneus conjuntamente el supuesto de la acción prohibida, partidario de esta corriente no le da a aquel la categoría de coautor, sino de cómplice, aduciendo que al no admitir esta clase de paradigma comportamentales al particular como autor, jurídicamente no puede llevar acabo la conducta de un sujeto activo cualificado.

Podría parecer que esta tesis vulnera el principio fundamental del derecho penal de la legalidad del hecho punible y de la pena, aduciéndose que si el catalogo punitivo reclama para alguna de sus descripciones que sean realizado por sujetos activos cualificados, la ampliación de su radio de acción a través del dispositivo extensivo de la participación, solo podría legalmente afectar las actividades de determinación o de coadyuvancias de quienes tengan esa misma exigencias típica, pues igual función de garantía cumpliría el tipo penal con relación a su autor, que su mecanismo complementario respecto de los partícipes.

²⁹⁷ REYES ECHANDIA, *Op. Cit*, P. 239

4.1.2.3.2 Teoría de Peña Ossa.²⁹⁸

Peña Ossa considera importante establecer legislativamente el marco de pena para los extraneus que intervienen a cualquier título en los delitos especiales propios e impropios, a través de lo que la doctrina alemana llama *fundamento real modificador del límite de la sanción*, que podría darse con base en dos proporciones determinada semejantes a la que lleva la complicidad, para asegurar una pena inferior a la que corresponde al sujeto activo cualificado, graduable conforme a la forma de intervención delictiva; para lo cual propone lo siguiente: intervención de particular en delito especial.

El particular que intervenga a cualquier título en un delito de sujeto activo cualificado, quedara sometido a la pena correspondiente a este, disminuida a una tercera parte a la mitad, teniendo en cuenta la forma de intervención delictiva y los criterios que en el caso de El Salvador establece el artículo 66 del Código Penal.

Se considera también que las situaciones sobre las cualificaciones típica del intraneus conducen necesariamente a la declaratoria de no responsabilidad de los partícipes que así actúen, pues obrarían sin el dolo propio de la participación, que acceden al hecho del autor y no a un hecho distinto, equivocación que sería esencial porque recae sobre la existencia misma de uno de los elementos constitutivos del tipo penal especial; si tal error fuere vencible, podría pensarse en la imputación por culpa residual , pero ninguna participación puede ser culposa.

²⁹⁸ PEÑA OSSA, *Op. Cit*, P. 48

La segunda razón para predicar la ausencia de responsabilidad del extraneus que en esta situación ocurre con el intraneus, este tampoco estaría presente el tipo objetivo de un hecho distinto, del que hace parte de sujeto activo cualificado, pues este otro hecho no es realizado por persona no calificada por el solo hecho de que un partícipe así lo crea.²⁹⁹

Esta clase de soluciones que solo pueden ser razonadas hoy de *lejes perenda*, no impide que mientras se haga realidad, se acepte la tesis de linaje italiano como la que más ofrece respeto por el principio de legalidad y la que asegura la inviolabilidad que otras que rigen la relación entre autor y partícipe, que son los principios de accesoriedad y de convergencia teleológica sin perjuicio de las observaciones hechas.³⁰⁰

4.2 En síntesis.

En resumen puede decirse que se encuentran en disputa fundamentalmente dos teorías: la teoría de la unidad del título de imputación y la teoría de la ruptura del título de imputación.³⁰¹ (Ya que las dos antes detalladas vienen a ser partidarias de las primeras dos). La primera considera que la pena al partícipe se determina a partir del marco penal del delito especial correspondiente, la segunda sostiene que el marco penal del delito especial solamente sirve para determinar la pena del autor, pero no la del partícipe.

La persona que contribuye a la realización de un delito especial solo podrá ser castigada penalmente si su comportamiento se subsume en un delito

²⁹⁹ FERNANDEZ CARRASQUILLA, *Op. Cit.*, P. 421

³⁰⁰ PEÑA OSSA, *Op. Cit.*, p. 49

³⁰¹ Con mayores detalles sobre estas teorías, Villavicencio Terreros 2006: 1132 ss.; Abanto Vásquez, 2003: 48 ss. Citado por GARCÍA CAVERO, Percy. *La pena del partícipe extraneus en los delitos especiales*. La reforma del derecho penal y del derecho procesal en el Perú .Anuario de Derecho Penal 2009. P.116

común y, de ser así, la pena a imponer tendrá que determinarse a partir del marco penal previsto en dicho delito común.

La inclinación por una u otra teoría para resolver el problema de la pena de los partícipes *extranei* en los delitos especiales se ha hecho, por lo general, destacando los aspectos discutibles de la teoría opuesta. Por ejemplo, los detractores de la teoría de la unidad del título de imputación señalan que esta teoría lleva finalmente a la consecuencia de convertir los delitos especiales en delitos comunes, por lo que, al final, la construcción dogmática de los delitos especiales no tendría ningún sentido práctico, lo que no parece conciliarse con la voluntad del legislador de reducir el círculo de posibles autores.³⁰²

Por el contrario, los críticos de la teoría de la ruptura del título de imputación señalan que la asunción de esta teoría produciría vacíos de punibilidad en los casos en los que la conducta del partícipe no pueda subsumirse en un delito común subyacente. Si bien en los delitos especiales impropios no hay un vacío de punibilidad al existir un delito común subyacente, la situación se presenta distinta en el caso de delitos especiales propios, pues la conducta típica realizada por un sujeto no cualificado no tiene, en principio, repercusión penal.³⁰³ Por ejemplo: el delito de prevaricato solamente tiene sentido en el caso del juez, pero no respecto de aquellos que no tienen dicha calidad.

³⁰² Este cuestionamiento se muestra especialmente incisivo en los casos en los que el delito especial se basa en un vínculo de parentesco como sucede en el parricidio o en el infanticidio, en donde parece injusto castigar al que no tiene la vinculación parental con la pena del que sí la tiene. Al respecto, Abanto Vásquez 2003: 52 ss. Citado por GARCÍA CAVERO, *Op. Cit*, P.116

³⁰³ Abanto Vásquez. 2003, P. 50, Citado por GARCÍA CAVERO, *Op. Cit*, P.117

La doctrina penal se ha inclinado por privilegiar el aspecto político-criminal antes que el dogmático, por lo que ha seguido, en líneas generales, la tesis de la unidad del título de imputación para evitar los vacíos de punibilidad antes indicados.³⁰⁴

Si bien a esta teoría se le podría cuestionar la inconsistencia dogmática de convertir en comunes los delitos especiales, cuando menos no dejaría sin pena las conductas de participación en delitos especiales, a diferencia de la teoría de la ruptura del título de imputación. Este razonamiento, sin embargo, olvida que la función del Derecho penal no es solamente prevenir delitos, sino también sustentar razonablemente la imputación de responsabilidad penal³⁰⁵. En este sentido, tan cuestionable es dejar vacíos de punibilidad como sustentar la imputación penal en un fundamento jurídico-penal endeble.

4.3 Regulación de la presente problemática en el Derecho Español.

Hoy en día se ha producido en la jurisprudencia del Tribunal Supremo de España una modificación de la postura que tradicionalmente venía manteniendo sobre la participación de extraños en los delitos especiales. En la actualidad como se verá, se admite la posibilidad de aceptar participaciones de extraños.³⁰⁶

Ahora bien, la consolidación de esta nueva dirección jurisprudencial parece indiscutible, por lo que conviene examinar la fundamentación proporcionada por el Tribunal Supremo de España. Últimamente ha sido mantenida en las

³⁰⁴ Así, por ejemplo, Villavicencio Terreros 2006: 505; Abanto Vázquez 2003: 57; Rojas Vargas 2007, PP. 198 ss. Citado por GARCÍA CAVERO, *Op. Cit.*, P. 117.

³⁰⁵ Así, el planteamiento de Silva Sánchez 1992: 179 ss., 241 ss., Citado por GARCÍA CAVERO, *Op. Cit.*, P. 117.

³⁰⁶ DEL ROSAL BLASCO, Bernardo. *Problemas de autoría*, Ed. Solana e Hijos, A. G. S.A, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1994, P. 176

siguientes sentencias: STS de 18 de enero de 1994 (caso Burgos o caso de la construcción) y la STS de 24 de junio de 1994 (Caso Juan Guerra). En ambos casos se condena (en segunda sentencia por el Tribunal Supremo de España) a un extraño como autor por inducción³⁰⁷.... (Es decir participe) de un delito de prevaricación (delito especial propio), con la atenuante analógica de no ser funcionario público. En la Sentencia número STS de 18 enero de 1994 además se condena también a un extraño como cómplice.

La jurisprudencia tradicionalmente venía afirmando que con relación a los delitos especiales impropios debería aplicarse el Artículo 60 del Código Penal Español y romper el título de imputación. En consecuencia, al intraneus se le castiga por el delito especial, mientras que el extraneus responderá en función del delito común que subyace en el especial. De manera que se considera que el art. 60 impedía la transmisión o comunicabilidad al participe y, por ello, debía recurrirse al delito común. Por ejemplo, en los casos de malversación, el intraneus respondía por ella, mientras que el participe extraneus debía responder por el delito patrimonial común.

No obstante, junto a esta posición, en la jurisprudencia también es observable otra corriente, si bien de carácter minoritario, que apunta a una solución diferente. Considera esta línea jurisprudencial que debe mantenerse la unidad de título de imputación y aplicar el principio de accesoriedad. Conforme a ello, considera que el participe es, por esencia, participe en hechos ajenos y que, por consiguiente, puede ser responsable.

³⁰⁷ En la STS del 24 de junio de 1994 expresamente se señala que la responsabilidad penal indicada se hace por vía del artículo 14. 2 y/o 3 del Código Penal (Español), esto es, por el camino de la inducción y /o la cooperación necesaria.

Por lo tanto, el extraño responderá como partícipe del delito especial (y no del común subyacente como propugnaba la otra solución).

Con relación a los delitos especiales propios, una vez superada la fase en la que se consideró que el partícipe era impune, se aceptó la posibilidad de participación de extraños en dichos delitos.³⁰⁸

4.4 Toma de postura.

Luego de haber detallado las anteriores tesis que pretenden dar solución al problema de la intervención del *extraneus* como cómplice en delitos especiales, es necesario dar una salida adecuada a dicha situación, que esté acorde a los principios penales. Pero hay que tomar en cuenta también que la misma no está regulada en la ley, por ello se hace necesario formular y fundamentar una propuesta de reforma legal que venga a ofrecer la solución deseada.

Así como también, es importante mencionar que tanto para los delitos especiales propios e impropios no se posee ninguna disposición legal que contemple la figura de la complicidad en tales delitos. Por tanto, y a pesar que la presente investigación solo tenía como objeto darle respuesta a la complicidad del *extraneus* en delitos especiales propios, dadas las circunstancias se propondrá al mismo tiempo una solución aplicable a las dos variantes de los injustos criminales especiales.

En razón de lo anterior, es necesario tomar en cuenta como anteriormente se mencionó en el capítulo dos de este trabajo de investigación, cuando un cómplice interviene en la perpetración de un delito, este debe tener el conocimiento de que está prestando una colaboración a un hecho doloso, y

³⁰⁸ DEL ROSAL BLASCO, *Op. Cit.*, PP. 176-177

además, tiene la voluntad de querer hacerlo, es decir, que no presta tal ayuda coaccionado o sometido por alguna presión, sino que, él quiere participar, esto es lo que se denomina como el dolo del cómplice.

Entonces, esto mismo surge cuando un cómplice concurre en la ejecución de un delito especial; esto significa, que el cómplice sabe que está colaborando a la consumación de ese injusto penal especial, y no a otro diferente, en virtud de ello a ese participe se le deberá sancionar con base al delito que ha prestado su cooperación para que el mismo se ejecute.

No importa que el cómplice no posea las características que se exigen en el tipo especial, ya que estas solo son aplicables para las circunstancias modificativas de responsabilidad penal y no ante las que fundamentan el injusto criminal. Es decir, que perfectamente un extraño puede intervenir en la consumación de este tipo de delitos, pero solo aquel que posea tales calidades será sancionado como autor y con el marco penal que establece dicho delito; mas no así, aquel que no las posea, ya que este solo será sancionado como cómplice, con una pena atenuada.

Por tanto, se considera que la mejor postura que puede tomarse sobre la problemática en cuestión, es aquella que posee las características de la teoría de la unidad del título de imputación

4.5 Fundamentación de la sanción del extraneus.

Un extraño cuando interviene en la ejecución de un delito especial, sea este propio o impropio; la sanción de la cual se hace acreedor debe guardar la proporcionalidad de pena entre quien infringe el deber y aquel a que no le alcanza dicho deber, por tanto, debe aplicársele al extraño una pena atenuada respecto del delito que colabora, dado que carece de elemento que

fundamente la punibilidad, por ende debe mantenerse la unidad de título de imputación.

El fundamento de la punición del autor procede de haber realizado el tipo correspondiente y, en consecuencia, de haber lesionado el bien jurídico concreto de que se trate. Ahora bien, como partícipe, es decir, cómplice, es aquel que no tiene el dominio del hecho, por ello, su punibilidad se fundamenta en la prohibición de ayudar a la comisión de delitos.

¿Porque se castiga a quien no es autor?

Sin previsiones legislativas específicas, el partícipe quedaría fuera del ámbito del derecho penal, por lo que las formas de participación funciona, como causa de extensión de pena, pero, a pesar de ello, sigue siendo preciso explicar su fundamentación.

Donna también sostiene viable las anteriores soluciones, al expresar que la participación en el sujeto extraño en delitos especiales es posible.³⁰⁹

La pena del extraño que participa en los delitos especiales deberá experimentar siempre una atenuación. Si las características personales especiales que fundamenta la punibilidad del autor no concurre en el partícipe, el castigo de este habrá que atenuarse.

4.6 Propuesta de reforma penal.

Luego de las anteriores reflexiones, es oportuno formular la siguiente propuesta de reforma al Código Penal actualmente vigente, concretamente a los artículos 36 y 66, el primero regula el concepto de cómplices, en donde se debe reformar para que abra la posibilidad de que exista legalmente la

³⁰⁹ DONNA, *Op. Cit*, PP. 104 - 105

complicidad en los delitos especiales, en el cual se le añadirá que las características que exigen este tipo de delitos solo deben serle aplicados o solicitados al autor directo y no a sus partícipes; el segundo artículo actualmente regula la penalidad para los cómplices; pero debe ser agregado un inciso donde se establezca que los cómplices de los delitos especiales serán sancionados con base a ese delito y no a otro.

Debe reformarse dicho artículo porque no debe quedar duda que para los cómplices tanto para los delitos especiales propios e impropios siempre se les sancionará con base al marco penal que establece el delito especial al cual colaboran, y en el caso de los delitos especiales impropios que si poseen delitos comunes paralelos, al cómplice no se le debe sancionar con base al marco penal de dicho injusto criminal, porque este sujeto tiene el dolo de intervenir en ese delito y no a uno común.

Diferente es la situación en que el cómplice no sabe que está prestando su colaboración a un delito especial impropio, ya que según este presta su ayuda a un injusto criminal común. En este caso, existe un error en las causas de agravación, las cuales vuelven al tipo penal común en especial, y por tanto, al no tener el conocimiento de esas causales, el cómplice se le deberá sancionar con la penalidad de la infracción criminal común, sin olvidar aplicar las reglas del Art. 66 C. Pn.

Por ser una reforma lo que se está proponiendo, y no una derogatoria, se conservará lo que ya disponen dichos artículos; es decir, lo siguiente:

COMPLICES

Art. 36.- Se consideran cómplices:

- 1) Los que presten al autor o autores una cooperación, de tal modo necesaria, que sin ella no hubiere podido realizarse el delito; y,
- 2) Los que presten su cooperación de cualquier otro modo a la realización del delito, aún mediante promesa de ayuda posterior a la consumación de aquél.

En todo caso, no tendrán responsabilidad alguna en los delitos cometidos por medio de la prensa, radio, televisión u otros órganos similares de difusión, las personas que en razón del trabajo que desempeñen, participen materialmente en la elaboración o difusión del escrito o programa.

Si la ley requiere ciertas calidades o circunstancias personales, será necesario y suficiente que dichas calidades o circunstancias concurren en el autor directo.

PENALIDAD DE LOS COMPLICES.

Art. 66.- La pena del cómplice en el caso del numeral 1) del artículo 36 de este Código, se fijará entre el mínimo legal que corresponde al delito y las dos terceras partes del máximo de la misma pena y en el caso del numeral 2) del mismo artículo, se fijará entre el mínimo legal que corresponde al delito y la mitad del máximo de la misma, pero en ningún caso excederá de las dos terceras partes de la pena que se imponga al autor.

En los delitos especiales, la penalidad del cómplice se fijara de acuerdo al marco penal que posee el delito al cual presta su cooperación, realizando la fórmula del inciso anterior.

Para aplicar la siguiente propuesta de reforma legal se realizara el siguiente análisis de los siguientes delitos especiales.

1. HOMICIDIO AGRAVADO. (Delito especial impropio.)

Art. 129.- Se considera homicidio agravado el cometido con alguna de las circunstancias siguientes:

1) En ascendiente o descendiente, adoptante o adoptado, hermano, cónyuge o persona con quien se conviviere maritalmente.

Sujeto Activo: el ascendiente o descendiente, adoptante o adoptado, hermano, cónyuge o persona con quien se conviviere maritalmente (de la víctima). (Intraneus)

Conducta Típica: matar a una de las personas contempladas en el injusto criminal.

Sujeto Pasivo: el ascendiente o descendiente, adoptante o adoptado, hermano, cónyuge o persona con quien se conviviere maritalmente (del sujeto activo.)

Sanción: 30 a 50 años de prisión.³¹⁰

La penalidad de un posible extraneus sería la siguiente:

Si es cómplice necesario: de conformidad al Artículo 66 parte inicial del C. Pn. se castigara dentro del marco penal de 30 años a 34 años y 4 meses de prisión.

³¹⁰ Declarado inconstitucional, mediante Sentencia 5-2001 y acumuladas, pronunciada a las 9 horas y 50 minutos del día 23 de diciembre de 2010, publicada en el Diario Oficial Numero 1 Tomo, Número 390, del 3 de enero de 2011. Por la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia.

Si es cómplice no necesario: de conformidad al Artículo 66 parte final del inciso primero del C. Pn. se castigara con la pena de 25 a 30 años de prisión.

2. COHECHO PROPIO. (Delito especial propio.)

Art. 330.- El funcionario o empleado público, agente de autoridad o autoridad pública, que por sí o por persona interpuesta, solicitare o recibiere una dádiva o cualquiera otra ventaja indebida o aceptare la promesa de una retribución de la misma naturaleza, para realizar un acto contrario a sus deberes o para no hacer o retardar un acto debido, propio de sus funciones, será sancionado con prisión de tres a seis años e inhabilitación especial del empleo o cargo por igual tiempo.

Sujeto Activo: Funcionario o empleado Público, agente de autoridad o autoridad pública. (Intraneus)

Conducta Típica: solicitar o recibir una dádiva o cualquiera otra ventaja indebida o aceptar la promesa de una retribución de la misma naturaleza, para realizar un acto contrario a sus deberes o para no hacer o retardar un acto debido, propio de sus funciones.

Sujeto Pasivo: La Administración Pública.

Sanción: 3 a 6 años de prisión e inhabilitación especial del empleo o cargo por igual tiempo.

La penalidad de un posible extraneus sería la siguiente:

Si es cómplice necesario: de conformidad al Artículo 66 parte inicial del C. Pn. se castigara dentro del marco penal de 3 a 4 años de prisión.

Si es cómplice no necesario: de conformidad al Artículo 66 parte final del primer inciso del C. Pn. se castigara con la pena de 3 años de prisión.

3. Es importante y a la vez curioso que el legislador haya regulado la conducta del extraneus en un delito especial propio en específico, es decir el injusto criminal de **ENRIQUECIMIENTO ILÍCITO**, tipificado en el Art. 333 del C. Pn., el cual expresa lo siguiente:

El funcionario, autoridad pública o empleado público, que con ocasión del cargo o de sus funciones obtuviere incremento patrimonial no justificado, será sancionado con prisión de tres a diez años.

En la misma pena de prisión incurrirá la persona interpuesta para simular el incremento patrimonial no justificado.

En todo caso, se impondrá inhabilitación especial para el ejercicio del cargo o empleo por el mismo tiempo.

En este caso en particular esta fórmula legislativa de tipificar la conducta de los agentes extraños en los delitos especiales, se considera no conveniente, por la razón que para todos los delitos especiales propios en los que pueda existir una colaboración de un extraneus, se tendría que hacer relación a tal complicidad, lo cual significaría un desgaste a la técnica legislativa; por ello se cree conveniente mejor la propuesta de la reforma legal en la parte general, la cual será aplicable a todos esos tipos de delitos en los cuales un sujeto ajeno pueda intervenir, por tanto, se deberá derogar ya sea tacita o expresamente esa parte del artículo antes citado.

Por otro lado la sanción que se le está imponiendo a esa persona interpuesta, es excesiva, ya que no se toman en cuenta parámetros que establece la complicidad para penalizar a personas que no domina el hecho; las cuales ya fueron detalladas anteriormente.

CONCLUSIONES

1. Según la Teoría de la Unidad del Título de Imputación, se puede sancionar al extraneus cuando interviene en un delito especial, con la penalidad que establece ese mismo delito, al cual ha colaborado el particular para su ejecución, y no con la penalidad del delito común subyacente al especial, si es que existe tal injusto criminal. Por ello, se ha establecido que esta tesis es aplicable tanto para los delitos especiales propios e impropios. De la cual ha surgido la propuesta de reforma legal que se detalló en el capítulo cuatro de esta investigación.

2. Se debe reformar tanto el Artículo 36 como el 66 del Código Penal, ya que con la reforma del primero se busca abrir las puertas a la complicidad del extraneus en los delitos especiales, y que sobre este no serán exigidas las calidades que se solicitan en tales delitos, las cuales solamente serán aplicadas al autor directo. El segundo artículo se reformará agregando un inciso con el objeto de no dejar dudas que el cómplice de un delito especial se sancionará con base al marco penal del delito al cual colabora y no a otro, aplicando posteriormente la fórmula que establece el mismo artículo en el inciso que ya posee redactado.

3. Si el cómplice de un delito especial impropio no conozca las circunstancias que vuelven especial al tipo penal al cual colabora, este debe ser sancionado tomando en cuenta el marco del delito común paralelo al especial.

4. La penalidad que recibe el extraneus en el caso del delito de Enriquecimiento Ilícito, tipificado en el artículo 333 C. Pn., no debe ser

aplicado ya que este con la nueva reforma que se propone sería por un lado más favorable al cómplice, y por otro lado una forma inconveniente para sancionar a los extraños en los delitos especiales.

RECOMENDACIONES

La única recomendación que ofrece la presente investigación, y tal como se propuso al inicio de la misma, es la solución al problema que surge cuando un extraneus, (sujeto que no tiene las características especiales y/o personales exigidas por un delito especial), colabora con la persona que si posee tales características, en la comisión de un delito especial sea este propio o impropio, ya que tal situación actualmente no se encuentra regulada en el ordenamiento jurídico penal salvadoreño, generando esto un caso de impunidad para los agentes extraños, más aun en los casos de los delitos especiales propios.

En virtud de lo anterior, se propone la siguiente reforma a los Artículos 36 y 66 del Código Penal vigente, para poder penalizar a los extraneus cuando intervengan en un delito especial, terminando así, con la impunidad que se viene generando en este tema.

Al Artículo 36 C. Pn. se recomienda agregar un inciso en la parte final del mismo, el cual sería:

Si la ley requiere ciertas calidades o circunstancias personales, será necesario y suficiente que dichas calidades o circunstancias concurren en el autor directo.

El Artículo 66 C. Pn. se considera pertinente que se le incorpore el siguiente inciso en su parte final:

En los delitos especiales, la penalidad del cómplice se fijara de acuerdo al marco penal que posee el delito al cual presta su cooperación, realizando la fórmula del inciso anterior.

BIBLIOGRAFÍA.

BACIGALUPO, Enrique. *Derecho Penal Parte General*, 2ª ed, Ed. Hammurabi, Argentina, 1999

BACIGALUPO, Enrique. *Manual de Derecho Penal. Parte General*, Ed. Temis, Bogotá, 1984

BACIGALUPO, Enrique. *Manual de Derecho Penal. Parte General*. Ed., Temis, Santa Fe de Bogotá. 1996

BARJA DE QUIROGA, Jacobo. *La participación en los delitos especiales en AA. VV. Problemas de autoría*. Cuadernos de derecho judicial, nº 2, CGPJ, 2001

BELING, Ernest von. *Esquema de Derecho Penal. La Doctrina Del Delito Tipo*, Tr. Soler, Sebastián, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1944

BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio y otros. *Lecciones de Derecho Penal, Parte General*, Ed. Praxis, Barcelona, 1996

BERNAL CUELLAR, Jaime, et al. *El Proceso Penal*, 2ª ed. Centros de Estudios Penales, Bogotá, 1990

CEREZO MIR, José. *Curso de Derecho Penal español*. Ed. Tecnos, T. III, Madrid, 2001

CEREZO MIR, José. *Derecho Penal, Parte General*, 2a ed. Universidad Nacional de Educación a Distancia, Madrid, 2000

CHAVEZ MATA, Jairo Daniel. *Autoría y participación Criminal en el injusto criminal*, Imprenta Universitaria, San Salvador, 2009

CUELLO CALON, *Derecho Penal*, T. II, (parte especial) Madrid, 1949

DEL ROSAL BLASCO, Bernardo. *Problemas de autoría*, Ed. Solana e Hijos, A. G. S.A, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1994

DIAZ Y GARCIA CONLLEDO, Miguel. *La Autoría en el Derecho Penal*, Ed. PPU, Barcelona, 1991

DONNA, Edgardo Alberto. *La Autoría y Participación Criminal*, Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1998

FERNANDEZ CARRASQUILLA, Juan. *Derecho Penal Fundamental*, Vol. II, 2ª ed. Ed. Temis, Bogotá, 1989

FONTAN BALESTRA, Carlos. *Derecho Penal. Introducción y Parte General*, Ed. Abeledo-Perrot. Buenos Aires, 1998

GIMBERNANT ORDEIG, Enrique. *Autor y Cómplice en Derecho Penal*, Ed. Universidad de Madrid, sección de publicación e intercambio, Madrid, 1966

GIMBERNAT ORDEIG, Enrique, *Autor y cómplice en el Derecho Penal*, Ed. Sección de publicaciones e intercambio, Universidad de Madrid, Madrid, 1966

GOMEZ MARTIN, Víctor. *Los Delitos Especiales*. Ed. Euros Editores S.R.L, Barcelona, 2006

GROIZARD, *El Código Penal de 1870*, concordado y comentado, T. IV, Madrid, 1912

HIRSCH, Hans Joachim, *Acercas de los límites de la Autoría mediata en el Derecho Penal*, Obras completas, libro homenaje a cargo de José Cerezo Mir y Edgardo Alberto Donna, Ed. Rubinzal – Culzoni, Santa Fe, 1999

JAKOBS, Günther. *El Concepto Jurídico Penal de Acción*. Tr. Meliá, Manuel Cancio. Universidad Externado de Colombia. Centro de Investigaciones de Derecho Penal y Filosofía del Derecho. Bogotá, 1996

JAKOBS, Günther. *La autoría mediata con instrumentos que actúan por error como problema de la imputación objetiva*. Tr. Meliá, Manuel Cancio. Universidad Externado de Colombia. Centro de investigaciones de Derecho Penal y Filosofía del Derecho, Bogotá, 1996

JAKOBS, Günther. *La Competencia por Organización en El Delito Omisivo*. Tr. Enrique Peñaranda Ramos. Universidad Externado de Colombia. Centro de Investigaciones de Derecho Penal y Filosofía del Derecho. Bogotá, 1995

JAKOBS, Günther. *La Imputación Objetiva en Derecho Penal*. Trs. Carlos Suárez González y Manuel Cancio Meliá. Ed. Civitas, Madrid, 1996

JESCHECK, Hans-Heinrich. *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, 4ª ed., Trad. de José Luis Manzanares Samaniego, Comares, Granada, 1993

LOPEZ AGUILA, Eric Napoleón “¿Cómo se inicia una investigación científica?”, 1ª ed, Impresión Libre, San Salvador. 1997

LOPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo. *Autoría y participación*, Ed. Ediciones Akal S.A, Madrid, 1996

LUZÓN PEÑA, *Curso de Derecho penal, PG, I*, Madrid, 1996

MARQUEZ CARDENAS, Álvaro Enrique. *La coautoría en la dogmática penal frente a otras formas de autoría y participación*. Centro de Investigaciones Socio Jurídicas, Madrid, 2004- 2006

MAURACH, Reinhant y otros. *Derecho Penal. Parte General*, T. II, trad. de la 7ª ed., Ed. Astrea, Buenos Aires, 1995

MIR PUIG, Santiago. *Derecho Penal, Ed. PG*, 6ª ed., Barcelona 2002

MIR PUIG, Santiago. *Derecho Penal, Parte General*, 4ª ed, Barcelona, 1996

MUÑOZ CONDE, Francisco. *Introducción al Derecho Penal*, 2ª ed., Ed. B de F, Buenos Aires, 2001

PACHECO, *El Código Penal concordado y comentado*, T. II Madrid, 1856

PEÑA OSSA, Erleans de Jesús. *Delitos contra la administración pública*, Ed. Ediciones jurídicas Gustavo Ibáñez, Santa Fe de Bogotá, 1995

PEÑA RANDA. *La participación en el delito y el principio de accesoriedad*, Madrid, 1990

PÉREZ MANZANO, Mercedes. *Autoría Y Participación Imprudente*. Ed. Civitas, Madrid, 1999

PLASCENCIA VILLANUEVA, Raúl. *Teoría del Delito*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Serie G, Estudios doctrinales, N° 192, México, 2004

QUINTERO OLIVARES, Gonzalo. *Los delitos especiales y la teoría de la participación en el derecho penal español*, Ed. CYMYS, Barcelona., 1974

QUINTERO OLIVARES, Gonzalo. *Los delitos especiales y la teoría de la participación*, Ed. Cymys, Barcelona, 1974.

REYES ECHANDIA, Alfonso, *Derecho Penal*, Ed. Temis, Bogotá, 1978

RODRIGUEZ DEVESA, José María, *Derecho Penal Español, Parte General*, 9ª ed, Ed. Dykinson. Madrid, 1983

RODRÍGUEZ MOURULLO, en CÓRDOBA RODA / RODRIGUEZ MOURULLO / DEL TORO MARZAL / CASABÓ RUIZ, *Comentarios al Código Penal*, II, cit., pp. 227 ss.; el mismo, en RODRÍGUEZ MOURULLO (Dtor.), *Comentarios al Código penal*, 1997, cit., pp. 76 s.

RODRÍGUEZ MOURULLO. *Derecho Penal. Parte General*. Madrid 1977

ROXIN, Claus. *Autoría y Dominio del Hecho en Derecho Penal*, 7ª ed, Ed. Marcial Pons, Madrid – Barcelona, 2000

ROXIN, Claus. *Autoría y Dominio del Hecho en Derecho Penal*, Trs. Cuello Contreras Joaquín y Serrano González de Mourullo, José Luis. Ed. Marcial Pons. Barcelona, 1998

SANCHEZ - TEJERINA, *Derecho Penal Español*, T. II, (parte especial), Madrid, 1942

SOLER, Sebastián. *Derecho Penal*, T. II, Ed. Congreso de la Nación, Buenos Aires, 1962

von HIPPEL, *Deutsches Strafrecht*, T. II, Alemania, 1930 (reimpresión 1971)

WELZEL, Hans. *Derecho Penal Alemán*, trad. de Juan Bustos Ramírez. Ed. Jurídica de Chile, Chile, 1993

WELZEL, Hans. *Derecho Penal. Parte General*, Ed. Roque Depalma, Buenos Aires, 1956

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Tratado de Derecho Penal, Parte General*, Ed. Ediar, Argentina, 1987

LEGISLACIÓN UTILIZADA.

Constitución de la Republica de El Salvador
Código Penal de la Republica de El Salvador.
Código Penal de España.

INTERNET.

<http://www.mariocafiero.com.ar/lesa/Art.Dr.CarlosDazaGomez.pdf>

