

UNIVERSIDAD DE EL SALVADOR
FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES
SEMINARIO DE GRADUACION EN CIENCIAS JURIDICAS AÑO 2005
PLAN DE ESTUDIOS 1993



LA HIPERACCESORIEDAD DE LA COMPLICIDAD
ARTICULO 66 CODIGO PENAL.

TRABAJO DE GRADUACION PARA OPTAR AL TITULO DE:

LICENCIADO EN CIENCIAS JURIDICAS

PRESENTAN:

WILFREDO CHAVEZ AYALA
JAIRO DANIEL CHAVEZ MATA
RAFAEL FRANCISCO FUENTES CORTEZ

DIRECTOR DE SEMINARIO

LIC. SANTOS CECILIO TREMINIO SALMERON
CIUDAD UNIVERSITARIA, SAN SALVADOR, MARZO DE 2006

UNIVERSIDAD DE EL SALVADOR

RECTORA

DRA. MARIA ISABEL RODRIGUEZ

VICE-RECTOR ACADEMICO

ING. JOAQUIN ORLANDO MACHUCA GOMEZ

VICE-RECTORA ADMINISTRATIVO

DRA. CARMEN ELIZABETH RODRIGUEZ DE RIVAS

SECRETARIA GENERAL

LICDA. ALICIA MARGARITA RIVAS DE RECINOS

FISCAL GENERAL

LIC. PEDRO ROSALIO ESCOBAR CASTANEDA

FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES

DECANA

LICDA. MORENA ELIZABETH NOCHEZ DE ALDANA

VICE-DECANO

LIC. OSCAR MAURICIO DUARTE GRANADOS

SECRETARIO

LIC. FRANCISCO ALBERTO GRANADOS HERNANDEZ

COORDINADORA DE LA UNIDAD DE SEMINARIO DE GRADUACION

LICDA. BERTA ALICIA HERNANDEZ AGUILA

DIRECTOR DE SEMINARIO

LIC. SANTOS CECILIO TREMINIO SALMERON.

Dedico esta tesis a Dios todo poderoso que me alumbró con sabiduría, paciencia e inteligencia, a Jesucristo mi Salvador, por entrañar en mí fe manteniendo los objetivos hacia el logro de este triunfo, al Espíritu Santo por ser mi consolador y redargüirme en todo tiempo.

Quiero de una manera muy especial agradecer a mi esposa la Licda. Vilma Guadalupe de Chávez por ser una ayuda idónea para mí durante mi labor académica, darme palabras de aliento en los momentos difíciles, como a la vez instruirme a través de su experiencia académica para un mejor desempeño; asimismo agradezco a mi hijo Wilfredo Ismael Chávez Bonilla quien ha estado conmigo durante este proceso siendo una fuente de inspiración para superarme como profesional. De igual forma agradezco a mis padres Elías Chávez Arévalo y María Patrocinia de Chávez quienes me han apoyado tanto económica como moralmente durante el estudio de mi carrera; a mis hermanas Alba Noemí, Rosalía e Idalia por que siempre me animaron a seguir adelante y no desistir en el logro de mis objetivos; De igual forma quiero agradecer a mis Pastores y a la vez Suegros Manuel Ismael Bonilla y Vilma Gladis de Bonilla por estar de la mano conmigo apoyándome con mi grupo familiar y animarme a coronar mi carrera reconociendo que todo éxito se lo debemos a Dios. Agradezco también al Lic. Santos Cecilio Treminio Salmeron mi asesor de tesis quien con su profesionalismo y conocimiento supo llevarnos hasta el triunfo en el presente trabajo.

Wilfredo Chávez Ayala.

La presente obra se la dedico:

Al Eterno;
A mi Madre Ana;
A Susana;
A mis Hermanos y Hermanas.

También les doy mis Agradecimientos, incluyendo al Lic. Treminio.

Jairo Daniel Chávez Mata

AGRADECIMIENTOS.

- Agradezco a Dios, por la oportunidad que me dio de estudiar, por la culminación de esta trayectoria, por su fortaleza en esos momentos, que parecían imposibles de sobrellevar, se que cada suceso, por muy pequeño que pareció, tuvo su significado, y razón de ser, y solo ahora todo ello tiene sentido, un propósito que se ajusto de una u otra forma a mi preparación personal, nada fue aislado, sino parte de un todo.

- Agradezco a mi Mama por su paciencia, por sus oraciones, por sus consejos, sobre todo en situaciones, que mas allá de una respuesta milagrosa, necesitaba una palabra reflexiva, y serena, gracias por su tiempo, que a veces parecía ilimitado, presta a escuchar mis desdichas, sueños, alegrías, y logros, le agradezco a Dios por bendecirme con su presencia.

- A mi abuela (Locha), por sus oraciones, sus atenciones, y paciencia.

- Agradezco a todas aquellas personas, que de una u otra forma, me ayudaron en este camino, enriqueciéndome con sus consejos y conocimientos. Aun sin estar obligados, fue su tiempo, sus palabras de aliento, y animo, los recuerdos, que perduraran a lo largo de mi vida.

Rafael Francisco Fuentes Cortez.

CAPITULO I

INTRODUCCION	i
1 EVOLUCIÓN HISTÓRICA DE LA AUTORIA Y PARTICIPACIÓN	1
1.1 Evolución Doctrinaria Universal	1
1.1.1 teoría objetivo – formal	1
1.1.2 teorías objetivos – materiales	3
1.1.2.1 teoría de la necesidad de la aportación causal (teoría de la necesidad)	3
1.1.2.2 teoría de la cooperación anterior y simultanea al hecho (“teoría de la simultaneidad”)	6
1.1.2.3 teorías de la causalidad física y causalidad psíquica	7
1.1.2.4 teoría de la supremacía del autor (“teoría de la supremacía”)	9
1.1.3 teorías subjetivas	10
1.1.3.1 teorías del dolo	10
1.1.3.2 teorías del interés	12
1.1.4 teorías mixtas	12
1.2 Evolución Histórica Normativa de la Autoría y Participación en el Derecho Penal Salvadoreño.	13
1.2.1 El Código Penal de 1826	15
1.2.2 El Código Penal de 1859 o “Código de Procedimientos Judiciales y de Fórmulas”.	17
1.2.3 El Código Penal de 1881,	18
1.2.4 El Código Penal de 1904, “Código de Instrucción Criminal”.	19
1.2.5 El Código Penal de 1973,	20
1.2.6 El Código Penal de 1996,	23

CAPÍTULO II

2. LA AUTORÍA Y SUS FORMAS.	25
2.1 La figura central del suceso	25
2.1.2 Dominio del Hecho	26
2.2 AUTORÍA DIRECTA	
EL DOMINIO DE LA ACCION	28
2.2.1 Ejecución dolosa personal y parcial del tipo.	30
2.2.2 Relaciones Entre Autoría, Tipicidad Y Antijuridicidad.	30
2.2.3 Autoría y culpabilidad.	34

2.3- AUTORÍA MEDIATA	
EL DOMINIO DEL INSTRUMENTO	38
2.3.1 Dominio de la voluntad en virtud de la coacción.	39
2.3.2 Dominio de la voluntad a raíz de un error.	41
2.3.2.1 A nivel de tipicidad	42
<i>2.3.2.1.1 Ejecutor directo obra sin dolo y sin culpa</i>	<i>42</i>
<i>2.3.2.1.2 Ejecutor obra con imprudencia conciente.</i>	<i>43</i>
2.3.2.2 A nivel de antijuricidad	44
<i>2.3.2.2.1 El ejecutor obra con error de prohibición directo</i>	<i>44</i>
<i>2.3.2.2.2 El ejecutor obra con error de prohibición indirecto</i>	<i>47</i>
<i>2.3.2.2.2.1 Error en el elemento objetivo</i>	<i>48</i>
<i>2.3.2.2.2.2 Error en el elemento subjetivo.</i>	<i>48</i>
<i>2.3.2.2.2.3 Ejecutor actúa lícitamente</i>	<i>49</i>
2.3.2.3- A nivel de culpabilidad	49
<i>2.3.2.3.1 Ejecutor actúa con error sobre los presupuestos de la culpabilidad.</i>	<i>49</i>
<i>2.3.2.3.2 El ejecutor culpable</i>	<i>50</i>
<i>2.3.2.3.2.1 El cuarto grado de conocimiento</i>	<i>52</i>
<i>2.3.2.3.2.2 Error sobre el riesgo.</i>	<i>54</i>
<i>2.3.2.3.2.3 El ejecutor es menor de edad</i>	<i>55</i>
2.3.3- Dominio de la Voluntad en Virtud de Estructuras Organizadas de Poder.	
La tesis de Roxin	55
2.4 COAUTORIA.	
EL DOMINIO FUNCIONAL DEL HECHO	60
<i>2.4.1 Consentimiento común como requisito de la coautoría</i>	<i>61</i>
<i>2.4.2 Coautoría y Culpabilidad.</i>	<i>62</i>
<i>2.4.3 Título de Imputación y Coautoría.</i>	<i>63</i>
<i>2.4.4 Actos preparatorios y coautoría.</i>	<i>65</i>
<i>2.4.5 Coautoría y división del trabajo</i>	<i>66</i>
<i>2.4.6 Ejecución en la coautoría</i>	<i>67</i>
2.5 INFRACCIÓN DEL DEBER	68
<i>2.5.1 Coautoría en los tipos de infracción del deber.</i>	<i>69</i>
<i>2.5.2 Autoría mediata en los tipos de infracción de deber</i>	<i>70</i>
<i>2.5.3 Accesoriedad en los delitos de dominio y en los de infracción de deber.</i>	<i>71</i>
2.5.4 Tipos de omisión	72
<i>2.5.4.1 Autoría y Participación</i>	<i>72</i>
<i>2.5.4.2 Coautoría omisiva</i>	<i>75</i>

2.5.4.2.1	Coautores omitentes.	75
2.5.4.2.2	Coautores omitentes y activos	75
2.5.4.3	<i>Autoría mediata en los tipos omisivos</i>	76
2.5.5	Tipos de imprudencia	77
2.5.5.1	Autor Imprudente	77
2.6	Resumen	78
2.7	NOCION SOBRE LOS DELITOS DE PROPIA MANO	78

CAPITULO III

3	LA PARTICIPACIÓN Y SUS FORMAS	81
3.1	<i>Generalidades</i>	81
3.1.2	La participación	
	<i>Definición:</i>	81
3.1.3	Fundamento de la participación.	82
3.1.3.1	<i>Fundamento Legal</i>	83
3.1.3.2	<i>Fundamento Doctrinario.</i>	84
3.2	Principios Rectores de La Participación	86
3.2.1	Principios Comunes a la autoría y a la participación.	86
3.2.1.1	Principio de exterioridad.	86
3.2.1.2	Principio de comunicabilidad de las circunstancias.	87
3.2.2	Principios propios de la Participación	89
3.2.2.1	Principio de Accesoriedad de la Participación (strictu sensu)	89
3.2.2.1.1	<i>Dependencia de la acción principal en su plano externo.</i>	90
3.2.2.1.2	<i>Dependencia de la acción principal en su plano interno.</i>	92
3.2.2.1.2.1	<i>Accesoriedad Mínima.</i>	92
3.2.2.1.2.2	<i>Accesoriedad Limitada.</i>	92
3.2.2.1.2.3	<i>Accesoriedad Máxima.</i>	93
3.2.2.1.2.4	<i>Hiperaccesoriedad.</i>	94
3.2.2.2	Regulación de la accesoriadad en el Código Penal Salvadoreño	94
3.2.2.3	<i>La Dependencia Implica acceso Directo al Hecho Principal.</i>	96
3.2.2.4	<i>Accesoriedad a Nivel Procesal Penal</i>	97
3.2.3	Principio De Convergencia.	98
3.2.3.2	<i>Convergencia Subjetiva</i>	98

3.2.3.2	Convergencia Objetiva	100
3.2.4	Principio de Identidad de Tipo	101
3.3	Las Formas De Participación	102
3.3.1	La Instigación o Inducción.	103
3.3.2	Principio de determinación directa de la instigación.	105
3.3.3	El dolo de inducción	106
3.3.3.1	La inducción a un hecho doloso	107
3.3.3.2	Inducción a un Hecho Culposo	108
3.3.4	Exterioridad en La Ejecución.	109
3.3.5	Supuestos de Inducción Autónoma.	109
3.3.6	Penalidad de la instigación	111
3.3.7	La complicidad	112
3.3.7.1	Estructura subjetiva de la complicidad	113
3.3.7.2	Momentos de la cooperación	114
3.3.7.3	Clases de Complicidad.	115
3.3.7.4	Complicidad Primaria o Necesaria.	116
3.3.7.4.1	Posición abstracta.	116
3.3.7.4.2	La consideración concreta.	116
3.3.7.4.3	Importancia de la aportación	117
3.3.7.5	Momento de aplicación de la complicidad necesaria y no necesaria.	117
3.3.7.6	Complicidad y exterioridad	119
3.3.7.7	Penalidad de la complicidad	119
3.3.7.7.1	Problemas que genera el Art. 66 Pn en cuanto al grado de dependencia interna.	121
3.3.7.7.2	Los problemas que se suscitan en relación a la determinación de la pena del cómplice.	122

CAPITULO IV

4	PRINCIPIOS INFORMADORES DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO- PENAL QUE INFLUYEN EN LA PARTICIPACIÓN CRIMINAL Y DERECHO COMPARADO.	125
4.1	Principios informadores y participación Criminal	125
4.1.1	Principio de culpabilidad	127
4.1.2	Principio de Diferenciación y su relación con la participación.	128
4.1.3	Principio de Responsabilidad Personal y su relación con la Participación	129
4.1.4	Principio De Responsabilidad por el Hecho y su relación con la participación	130
4.1.5	Principio de Proporcionalidad y su relación con la Participación	130
4.1.6	Síntesis	132

4.2	Derecho Comparado	134
4.2.1	Código Penal Uruguay	134
4.2.2	Código Penal De Nicaragua	135
4.2.3	Código Penal de Guatemala	135
4.2.4	Código Penal Alemán	136
4.2.5	Propuesta de Reforma del Art. 66 Pn.	138
CAPITULO V		
5	CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES	140
5.1	Conclusiones	140
5.1.1	Conclusiones en relación con los Objetivos Prácticos.	140
5.1.1.1	El Objetivo General Práctico	140
5.1.1.2	El primer Objetivo Específico Práctico.	140
5.1.1.3	El segundo Objetivo Específico Práctico .	141
5.1.2	Conclusiones en relación con los Objetivos Teóricos.	142
5.1.2.1	El Objetivo General Teórico.	142
5.1.2.2	El primer Objetivo Específico Teórico.	143
5.1.2.3	El segundo Objetivo Específico Teórico	143
5.1.2.4	El tercer Objetivo Específico Teórico.,	144
5.1.2.5	En relación al cuarto Objetivo Específico Teórico.	145
5.1.3	 conclusiones en relación a las hipótesis.	145
5.2	RECOMENDACIONES	147
5.2.1	Recomendación a la Asamblea Legislativa.	147
5.2.2	Recomendaciones a los Jueces que aplican el Art. 66Pn.	147
5.2.3	Recomendación a la Escuela de Capacitación Judicial del Consejo Nacional de la Judicatura.	150
5.2.4	Recomendaciones a la Fiscalía General de la República.	150
5.2.5	Recomendación a la Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales de la Universidad de El Salvador.	150
BIBLIOGRAFIA.		151

INTRODUCCION.

El presente trabajo de investigación, gira en torno a los problemas de penalidad que genera el artículo 66 del Código Penal, como reflejo del grado de accesoriadad que el legislador reguló en el mismo, de ahí el nombre de la Tesis, **Hiperaccesoriadad de la Complicidad, Artículo 66 Código Penal**. Estableciéndose la dependencia penal del cómplice, en función de las condiciones penales del autor, de donde se genera una diversidad de problemas, los cuales se solucionan a lo largo de los cinco capítulos que configuran la presente.

El Capítulo uno trata sobre la evolución histórica de la Autoría y Participación en la doctrina y a nivel de nuestra legislación; El Capítulo dos versa sobre la distinción y delimitación de las formas de autoría, para discriminar secundariamente la participación; El Capítulo tres enfoca las condiciones mínimas que debe reunir la participación para ser habilitada, así como los principios rectores y el estudio de cada una de las formas auténticas de accesoriadad y sus problemas de penalidad; El Capítulo cuatro constituye un estudio Constitucional, mediante el Principio informador del ordenamiento jurídico penal, La Culpabilidad, así como los subprincipios que de ella se derivan, aplicados también a las figuras de la Autoría y Participación Criminal, ya que las mismas no se escapan a las limitaciones y garantías que franquean dichos principios, seguidamente se utiliza el Derecho Comparado para arribar a una solución tal como adecuadamente la entablan otras legislaciones penales, y así llegar a una solución de reconocimiento internacional; El Capítulo cinco constituye el resultado de la investigación, por medio de las conclusiones y recomendaciones, las cuales se fundamentan en los capítulos anteriores, y donde se logró satisfactoriamente el cumplimiento de los objetivos trazados en el diseño, así como la solución que requería la hipótesis.

No está de más expresar que las ideas doctrinarias vertidas a lo largo del presente trabajo constituyen las razones más sólidas y actuales en torno al tema, para lo cual se ha consultado las obras de los penalistas más destacados de la Doctrina Penal.

CAPITULO I

1 EVOLUCIÓN HISTÓRICA DE LA AUTORIA Y PARTICIPACIÓN

1.1- Evolución Doctrinaria Universal

Siempre que queremos conocer sobre algo, necesariamente debemos iniciar con su origen, ello con el objetivo de tener una idea mas clara respecto a sobre que trata el fenómeno que deseamos estudiar, y es por ello que en nuestro caso lo hacemos con la presentación de las teorías que giran en torno a la autoría y participación.

Estas teorías constituyen la base sobre la cual se toman los criterios válidos del dominio del hecho. Las tomas de posición doctrinales relativas a la delimitación entre autoría y participación son inabarcablemente numerosas; Por eso nos limitaremos a las opiniones que han ejercido mayor influencia y siguen ofreciendo en la actualidad puntos de partida útiles para resolver el problema que nos ocupa teniendo en cuenta principalmente, a los autores mas representativos de cada posición.

Con ese propósito manifiesta Roxin “se trata de situar las distintas concepciones en relación con el estado actual de la doctrina de la autoría, de resaltar los contenidos que perduren en la actualidad y de hacer que resulten fructíferas para una resolución propia”¹.

En tal sentido iniciaremos con el estudio de las teorías previas al dominio del hecho.

1.1.1- Teoría objetivo – Formal

Esta concepción considera – atendiendo a su núcleo y al margen de sus variantes

“—autor a aquel que ejecuta por si mismo total o parcialmente las acciones descritas en los tipos de la parte especial; todos los demás son sólo

inductores o cómplices² nuestro manual de Derecho Penal claramente dice que es autor quien ejecuta la acción punible, es decir aquel que realiza la acción típica, los demás son participantes³.

La misma idea es replanteada por Enrique Bacigalupo “Autor es el que realiza un comportamiento que tiene exteriormente la forma de la acción típica o por lo menos de una parte de la misma”⁴.

Esta teoría recibió su nombre de Birkmayer, pero de hecho es bastante más antigua. Ya en el siglo XIX contaba con numerosos defensores y fue ganando terreno hasta convertirse en teoría dominante entre 1915 y 1933. Le dieron renombre los grandes dogmáticos como Beling Máx. Ernest Mayer y Liszt así como la propugnaron expresamente numerosos penalistas como Wegner, Zimmerl, Hweler, Rosenfeld, Granthut y Gratzu Doha.

En la actualidad sigue prevaleciendo en Austria, Francia y en el espacio jurídico anglo – americano.

A pesar de este declive vinculado al surgimiento de la teoría del dominio del hecho, la teoría objetivo – formal presenta ventajas muy notables. Por que evita los defectos del planteamiento causal.

Está concepción se denomina “objetiva” sin razón; precisamente *“por que tiene en cuenta del modo más amplio el elemento subjetivo – final”⁵.*

Consigue captar acciones vivas en el lugar de pálidas abstracciones, y se revela como precursora inmediata de la teoría del dominio del hecho.

Beling, es considerado como principal defensor de está teoría. Obviamente “la teoría objetivo – formal también presenta puntos flacos que impiden hoy asumirla sin

¹ Roxin Claus, Autoría y Dominio del Hecho en Derecho Penal, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales SA Madrid 2000, Barcelona Séptima Edición Pág. 53

² Op. Cit Roxin Claus Pág. 54

³ Trejo Alberto, Manual de Derecho Penal, Parte General Centro de Investigación Capacitación Proyecto de Reforma Jurídica, Capítulo IX, Pág. 440

⁴ Bacigalupo Enrique, Lineamiento de la Teoría del Delito 3ª edición, Lameratoni, Edición Pág. 165.

⁵ Op. Cit Roxin Claus. Pág. 55

modificaciones. El defecto más claro consiste en su incapacidad para explicar el fenómeno de la autoría mediata”⁶. Muchos partidarios suyos han intentado arreglárselas sin esta figura jurídica, y resolver de *lege ferenda* la penosa laguna de casos merecedores de punición limitando con ello la accesoriidad. También combate la equiparación entre inducción y autoría mediata; pero cuando señala que la autoría mediata no supone problema alguno porque el lenguaje común no vacila en afirmar que “aquel que se ha servido de otro como instrumento ha matado, hurtado, etc., sacrifica el principio básico de la teoría objetivo – formal”, es imposible fundamentar correctamente sobre la base de esta teoría, pues el lenguaje común permite llamar asesino a aquel que hace matar a su enemigo por medio de un asesino a sueldo, aquí y en otros supuestos análogos la teoría objetivo – formal niega la autoría.

Claus Roxin resume *“que la fortaleza de la teoría objetivo – formal reside en que entiende el hecho individual en su totalidad como acción con sentido social, situando a aquel que ejecuta por sí mismo, como autor, en el centro de su consideración”*⁷. Sus defectos consisten en que desde su punto de partida no cabe entender la autoría mediata y que en el tratamiento de la coautoría se llega a un deshilachamiento (absurdo e insatisfactorio incluso por resultado) de un proceso unitario en actos individuales sin relación entre sí.

1.1.2- Teorías objetivos – Materiales

Bajo esta dominación se reúnen, como conexión con Birkmeyer, las teorías basadas en las diferencias causales, y también aquellas orientadas en lo material y predominantemente en criterios objetivos.

1.1.2.1- Teoría de la Necesidad de la Aportación causal (teoría de la necesidad)

⁶ Op. Cit. Roxin Claus, Pág. 56

⁷ Op. Cit. Pág. 57.

Se trata de una idea muy antigua, nunca olvidada del todo y que sigue apareciendo una y otra vez hasta la actualidad, manifestando que *“al que realiza una aportación imprescindible al hecho, sin la cual este no se habría podido ejecutar hay que equiparlo al que ejecuta el hecho de propia mano”*⁸.

Feuerbach distinguió entre autores y cómplices en función de que hubieran aportado una causa principal o accesoria, incluyendo en el concepto de autor al llamado “cómplice principal” que contribuye al hecho despejando obstáculos, sin lo cual a los demás les hubiera resultado imposible cometer el delito.

Esta distinción era en antaño muy común y se impuso en numerosas codificaciones. Asimismo afirmó su posición durante mucho tiempo en los tratados procedentes de mediatos del siglo pasado. Todavía en 1895 señala Bener se tomaba como cómplice principal a aquel cómplice que aporta un auxilio sin el cual, como él sabe, el delito no se habría podido ejecutar; por lo que se le podía tratar como coautor según la doctrina.

De entonces acá la teoría del cómplice principal no ha desempeñado ningún papel importante; solo Von Bar la asumió una vez más situándola en el centro de su delimitación en 1907. Pero su idea principal nunca se ha olvidado.

Hay autores que toman esta teoría como el eje de su delimitación pero con algunas variantes, tal es el caso de Baumgarten, que al margen de sus predecesores dice que autor es *“aquel cuya acción no puede suprimirse mentalmente sin que la comisión del delito quede cancelada para siempre jamás; cómplice aquel que, omitiendo su acción, sólo habría conseguido que el delito no se hubiera cometido en cuanto a momento y circunstancias de detalle, tal como se cometió”*⁹.

Más tarde vuelve a aparecer la idea en Kohlraush al desarrollar la concepción de que uno es autor en la medida en que su acción iba dirigida internamente al resultado y fue unida a la conciencia de lo imprescindible que era para éste ahí se abre paso bajo ropaje subjetivo, la teoría de la necesidad.

⁸ Op. Cit Roxin... Pág. 58

“Esta teoría coincide ampliamente con los criterios preeminentes para la doctrina del dominio del hecho hoy dominante”¹⁰. Cuando aquí por ejemplo se caracteriza al autor por **tener en sus manos el curso del acontecer típico** o por que su programa **pone en sus manos** el resultado.

El punto de partida obtenido de esta manera seguirá siendo esencial para nuestra concepción y es que mientras, la teoría objetivo formal fracasa en la coautoría, por escindir el hecho ejecutado conjuntamente en actos individuales sin relación entre sí, **está teoría parte precisamente de la interconexión necesaria de las acciones de cooperación.**

Sin embargo, la teoría de la necesidad resulta inútil como criterio general de delimitación, debido a su punto partida causal, metodológicamente incorrecto, pues será pura causalidad que coincidan en todos los supuestos la existencia o ausencia de causalidad necesaria, en el sentido de esta teoría, con las diferencias de significado jurídicamente determinantes, *“de ningún modo vinculadas a la categoría de la causalidad”*¹¹ y de hecho ése es el caso. Ni el coautor tiene que haber realizado siempre una aportación causal necesaria ni aquel que la ha realizado es en todo caso coautor. Por último podemos decir que el ámbito de aplicación de esta teoría se limita a la distinción entre coautoría y complicidad, no sirviendo para distinguir la autoría, la autoría mediata y la inducción. Si, por ejemplo, alguien persuade a otro para cometa un delito, a lo que el autor no habría llegado motu proprio, no pasa de ser inductor, aunque haya aportado una condición necesaria.

⁹ Citado por Roxin. Op. Cit. Pág.58

¹⁰ Ibid Pág. 60

¹¹ Ibid_ Roxin_ Pág. 60

1.1.2.2- Teoría de la Cooperación Anterior y Simultanea al Hecho (“teoría de la simultaneidad”)

La distinción entre concursus antecedentes, concomitans y subsequens, esto es, entre participación previa, simultanea y posterior. Tal teoría fue puesta de relieve por los juristas italianos del medievo y aplicada profusamente en el Derecho común junto a otros criterios de distinción. Acá lo importante es que se consideraba a la cooperación durante el hecho como forma de participación especial, comparable a la actual coautoría, mientras que la cooperación previa a la ejecución coincidía aproximadamente con el concepto moderno de complicidad. En tal sentido, estas distinciones se encuentran con mucha frecuencia hasta primera mitad del siglo pasado.

Aún impera en el Derecho Angloamericano, donde pervive hasta hoy la clasificación (transmitida por la jurisprudencia medieval italiana) “*en auxilio previo, simultaneo y posterior al hecho, distinguiéndose, junto al principal first degree, que ejecuta personalmente la acción típica, el llamado principal in the second degree y el accesory before the Fac... Por principal in the second degree, se entiende al sujeto que no comete el delito criminalmente pero que si esta presente cuando este se comete y auxilia al principal in the first degree mientras que el accesory before the Fac; es la persona que esta ausente cuando se comete el delito, pero solicita, aconseja, ordena o instiga a otro para que lo cometa*”¹². Así pues el principal in the second degree coincide con el coautor de la doctrina alemana referida y el accesory before the Fac. Comprende al inductor y al cómplice.

Esta **Teoría de la Simultaneidad** sigue teniendo importancia para el derecho alemán actual. No es que el que actúa con anterioridad a la ejecución del hecho tenga que ser menos merecedor de pena o menos peligroso. “*El mayor valor de esta teoría*

¹² Cross – Jones. An Introduction to Criminal Law. 2^a ed. 1949 pp 63 – 65 citado por Straub, Täterscraf and Teilnahme.

reside más bien en que puede asumir los principios fructíferos de las teorías objetivo – formal y de la necesidad sin recurrir en su unilateralidad”¹³.

Con la teoría objetivo formal coincide en que sitúa en el centro de la delimitación a los partícipes directos puramente del hecho. Pero no se ata al criterio puramente formal de tener que realizar un elemento típico, sino que entiende el concepto de la “ejecución conjunta” de una manera que da cuenta mucho mejor de su significado que la cooperación simultánea y concorde en la comisión del hecho.

Fuchs citado por Roxin decía al referirse a la delimitación temporal la ejecución es totalmente independiente de la voluntad del partícipe, a pesar de su actividad anterior al hecho, al final depende únicamente de la voluntad del autor que el delito se cometa y que la lesión del bien jurídico se produzca o no.

1.1.2.3- Teoría de la Causalidad Física y Causalidad Psíquica

Esta es una teoría que sigue apareciendo con múltiples variantes en la historia de las teorías de la participación, *“distingue entre autores y partícipes en función de que la cadena causal puesta en marcha haya conducido al resultado directamente o solo a través de la acción independiente de otro”¹⁴.*

En el primer caso se da autoría; en el segundo participación. Feuerbach, siguiendo esta delimitación, *“distingue eficacia directa e indirecta de la acción y señala la acción surte efecto directamente cuando la lesión del bien jurídico es el objeto inmediato de su eficacia, cuando es a la propia lesión del bien jurídico inmediatamente ... a la que se dirigen todas sus manifestaciones”¹⁵*; Surte efecto indirectamente cuando el objeto inmediato de la eficacia no es la propia lesión del bien jurídico. El sujeto de aquella acción se llama autor del delito... el de esta partícipe. Este tipo de distinciones es frecuente en la ciencia penal del siglo XIX.

¹³ Op. Cit Roxin Claus. Pág. 63

¹⁴ Ibid Roxin Pág. 65

¹⁵ Ibid Roxin Pág. 65

Arnold Horn citado por Roxin en su monografía sobre conceptos de causalidad y de efectividad parte de un concepto de causa natural. Causante y por tanto autor; es el que aporta una condición que realiza el resultado directamente y no solo a través de otro; la actividad del partícipe, por el contrario, es aquella que antes de la resolución del autor sobre si va a servirse de ella, se detiene causalmente, no pudiendo saltarse la voluntad de este.

Hasta aquí su teoría coincide con las ya mencionadas, pero diverge de esta al hablar de una ampliación del concepto de causalidad natural por efecto de la voluntad, enseña que la imagen causal se modifica por medio de la intervención rectora de la psique, en tanto que de ese modo la aportación de una mera condición se convierte en *dominium causae*, en dominio sobre el curso causal. Lo natural, sería, pues la sierva de la voluntad. Horn, consideraba que no solo era autor el causante natural, sino también al dominus causae, atribuyendo el dominio sobre el curso causal también a aquel que para la ejecución del hecho se sirve de otro que actúa con voluntad no libre o sufriendo un error.

Rechazando el dominum causae y por tanto la autoría cuando tercia la libre voluntad de un tercero, El partícipe en cambio actuó con la conciencia de no poner directamente una causa (natural) y de no ser dominum causae, sino de dejar al arbitrio de otro llámese autor la relación causal y el dominium causae. Es evidente que bajo un disfraz causal y provisto de toda clase de adornos que hasta pueden confundir, se esboza la teoría del dominio del hecho en lo más esencial, aunando su crítica a la teoría subjetiva de la participación, Pues el elemento final se vuelve visible cuando se habla de la intervención rectora de la psique. Esta teoría paso inadvertida en su momento en la época de esplendor de la metodología causal, a la que esta sujeto el propio Horn, no ejerciendo influencia dentro de ésta. Frank, ha sido el de la teoría mas conocida pues simplemente decía: La Autoría pertenece al ámbito de la causalidad física; la

participación al de la psíquica. *“En todas estas teorías se refleja la teoría de la interrupción del nexo causal antes muy extendida”*.¹⁶

1.1.2.4- Teoría de la Supremacía del Autor o Teoría de la supremacía

Dahm y Richard Schmidt citados por Roxin han desarrollado la concepción de que la coautoría y la complicidad no han de distinguirse en función de elementos determinados, organizables en general, sino con arreglo *“considerando las circunstancias del caso concreto, se da una relación de equivalencia (coordinación) o de subordinación y supremacía”*¹⁷. Dahm, sostiene que “quien toma parte con otro en la lesión de un bien jurídico es coautor si su comportamiento con arreglo a la situación objetiva completa, verificada valorando las circunstancias del caso particular, se presenta como equivalente (coordinado) al otro comportamiento, con vistas a la lesión del bien jurídico; cómplice si su comportamiento en las mismas circunstancias aparece como subordinado. Mientras que Richard Schmidt señala que *“se da coautoría... cuando a partir de las circunstancias del caso, tanto en el tipo de cooperación a juicio de un observador externo (objetivamente), como según el tipo de formación de la resolución a partir del propio parecer del partícipe (subjetivamente), las aportaciones al hecho son equivalentes. Complicidad se da cuando a partir de las circunstancias, tanto para el observador objetivo como para el propio partícipe, la aportación al hecho de uno se presenta como limitada y subordinada”*¹⁸.

Esta teoría fue nombrada por Dahm como **objetivo – popular** y tiene entre sus ventajas que evita los defectos de una concepción formal, generalizadora y que, por tanto, no puede dejar de ser unilateral. Esta materialmente se presenta como precursora directa de la teoría del dominio del hecho, por ejemplo cuando Dahm dice del autor “el

¹⁶ Op. Cit Roxin...

¹⁷ Op. Cit Roxin Pág 67

¹⁸ Op. Cit Roxin ... Pág. 70

dominante en la situación global; pero esta teoría no pasa de ser un punto de partida aprovechable.

1.1.3- Teorías Subjetivas

“Es común a las teorías subjetivas el distinguir, la delimitación entre autoría y participación, no según criterios objetivos situados en el mundo exterior, sino sólo motivos intrapsíquicos, como la voluntad, la intención, los motivos y las actitudes de los participantes”¹⁹.

Para la teoría subjetiva lo que cuenta a la hora de determinar al autor es la voluntad y el interés, así lo manifiesta Bacigalupo cuando dice: *“Para la teoría subjetiva, en consecuencia, autor es el que hace un aporte al hecho queriéndolo como suyo, con animus auctoris – y cómplice el que quiere el hecho como ajeno – obra con animus socii; Esto plantea la cuestión de cuando se quiere el hecho como propio”²⁰, y prosigue que: “De esta manera lo decisivo para determinar la autoría, no es el aporte, ni la forma exterior del comportamiento, si no la voluntad”²¹.*

Dentro de las teorías subjetivas tenemos, las teorías del Dolo (voluntad) y las Teorías del Interés. *“El fundamento de la teoría subjetiva es muy sencillo se parte de la teoría causal de la condición”²²*

1.1.3.1 - Teorías del Dolo

Estas al igual que las teorías objetivas se remontan, a comienzos del siglo XIX. Todas ellas distinguen entre voluntad del autor y voluntad del partícipe, de naturaleza heterogénea *“La mayor parte de ellos renuncian a profundizar en la diferencias entre*

¹⁹ Op. Cit Roxin ... Pág. 71

²⁰ Op. Cit Bacigalupo Enrique, Lineamientos de la Teoría del Delito Pág. 167

²¹ Ibíd. Bacigalupo ... Pág. 167

*esas voluntades de manera que no queda claro a que resultados prácticos lleva esta delimitación*²³; Wachter hacia referencia a la intención del actuante a querer el delito como propio y no querer apoyar el de otro; entre tanto que Halschner decía que el participé se propone auxiliar al autor consiente que éste cometerá el delito. Es evidente que entre el autor y el partícipe hay una relación de dependencia en lo que a resultados se refiere. El representante más influyente de la teoría del dolo fue Buri, quien manifestaba que el autor y el partícipe se distinguían por la independencia de la voluntad del autor y la dependencia de la voluntad del partícipe.

La teoría del dolo se mantiene hoy, y es defendida por Bockelmann, quien considera que el criterio decisivo para la delimitación reside en un hecho psíquico concreto: la subordinación del dolo concebido por el partícipe con respecto al del autor principal.

Por igual si analizamos el contenido esencial de esta teoría, es obvio encontrarle estigmas de la teoría del dominio final del hecho, pues hay una preeminencia de la voluntad en el centro de la delimitación.

Naturalmente también la teoría del dolo esta expuesta a varias objeciones. *“su mayor flaqueza consiste en que traza los límites de modo exclusivamente subjetivo, lo que históricamente se explica – al menos desde Buri – por el punto de partida causal”*²⁴.

Los opositores a esta teoría dicen que esta fracasó al considerar partícipe a aquel que cometa la acción principal por ejemplo, matar con voluntad subordinada.

*“Esta teoría es seriamente objetada por que permite una manipulación incontrolable de la prueba del elemento subjetivo que decide sobre la autoría, difícilmente objetable durante un proceso”*²⁵.

²² Gimbernat Ordeig, Enrique, Autor y Cómplice en Derecho Penal Universidad de Madrid, Facultad, Facultad de Derecho, sección de publicaciones e Intercambio, depósito, legal; M 17137 – 1966. Gerátifas Berizal Virtudes 7 – Madrid Pág. 12

²³ Op. Cit Roxin ... Pág. 72

²⁴ Op. Cit Roxin ... Pág. 74

1.1.3.2 - Teoría del Interés

Esta teoría fue considerada como “científicamente superada”²⁶ en 1907 por Birkmeyer.

“La formula del interés no va más allá en su significado que la teoría del dolo. Su valor reside en proporcionar un indicio tangible de la subordinación de la voluntad requerida por la teoría del dolo, previniendo el deslizarse en curvas formales si alguien carece de todo interés propio en la ejecución de un hecho cabe suponer que deja su realización a criterio del otro en cuanto a auténtico interesado. A esta estrecha relación obedece que la teoría del interés haya aparecido en ocasiones a lo largo de su evolución imbricada casi indisolublemente con la teoría del dolo”²⁷

Así pues a continuación de la teoría del dolo es aplicable la teoría del interés.

De esta manera, “lo decisivo, para determinar la autoría, no es el aporte, ni la forma exterior del comportamiento, sino la voluntad”²⁸

1.1.4 - Teorías Mixtas

Es claro que los numerosos criterios para determinar la autoría que se han aportado en esta panorámica no siempre aparecen en un estado puro, sino que desde “siempre se hallan entre mezclados en doctrina y jurisprudencia”²⁹

Esta claro que su nombre deriva de lo que autores como Stubel, Tjaben, Haupt y otros han hecho de las teorías ya conocidas, pues estos han tomado los elementos de las diferentes teorías hasta acá agotados y han formulado teorías basados en aquellas por ejemplo la teoría “*pluralmente mixta de Stubel, procedente de principios del siglo ante pasado, parte de la realización de propia mano de un elemento tipo (teoría objetivo –*

²⁵ Op. Cit Bacigalupo Enrique ... Pág. 167

²⁶ Op. Cit Roxin ... Pág. 76

²⁷ Op. Cit Roxin ... Pág. 76

²⁸ Op. Cit Bacigalupo ... Pág. 167

²⁹ Ibid Roxin ... Pág. 77

formal) pero añadiendo después todas las demás aportaciones al hecho realizados en y durante la ejecución (teoría de la simultaneidad) reuniendo estos dos supuestos bajo el concepto de la participación próximo o de la autoría física (teoría de la causalidad física y psíquica”³⁰

Realizar este tipo de mixtura implica la posibilidad de un procedimiento inseguro de ensayo y error. *“El procedimiento correcto reside más bien en descubrir, a partir de la materia jurídica y de los grupos de problemas, los puntos de vista unitarios”³¹*

Hasta acá son las teorías que preceden a la hoy dominante teoría del dominio del hecho de la cual se entrará en detalle en los capítulos siguientes, pasando ahora a analizar la evolución normativa de esta figura en nuestra legislación, contando a partir de 1826 hasta el código vigente.

1.2 - Evolución Histórica Normativa de la Autoría y Participación en el Derecho Penal Salvadoreño.

Como es conocido, en cuanto a la Administración de Justicia, El Salvador formo parte, durante casi todo el período colonial, de la Capitanía General de Guatemala. Era gobernado de acuerdo a las leyes generales de Indias por medio de organismos comunes a todos los países colonizados, ayuntamientos, intendencias, regimientos y cabildos principalmente.

El 15 de septiembre de 1821, El Salvador, junto a los demás países de Centroamérica, firmo el acta de independencia en el Palacio Nacional de Guatemala. Tres años después, se promulgó el 12 de Junio de 1824, la primera Constitución, en la cual se establecía la independencia respecto de España y de México. En la primera Constitución de El Salvador de 12 de Junio de 1824, se estableció que la potestad de

³⁰ Ibid Roxin ... Pág. 77

³¹ Op. Cit Roxin ... Pág. 79

aplicar las leyes en las causas civiles y criminales pertenece exclusivamente a los tribunales; así ni el cuerpo legislativo ni el gobierno podrían en ningún caso ejercer las funciones judiciales, avocarse causas pendientes, ni mandar a abrir juicios fenecidos. También decía, “*que las leyes señalaban el orden y las formalidades del proceso, que serán uniformes para todos los tribunales; a éstos se les prohíbe ejercer otras funciones que no fueran las de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado, así como suspender la ejecución de las leyes, ni se les permitía hacer reglamento alguno para la administración de justicia*”³².

Entre las leyes a las que se refiere la primera Constitución está la ley penal, ésta posee una especial importancia histórica, por primera vez El Salvador, cuenta con un cuerpo ordenado de procedimientos penales que guían a los funciones judiciales, sin embargo, en nada cambio la legislación penal, en nuestro país, ya que se mantuvo vigente el ordenamiento penal de la colonia.

En el lapso de tiempo que transcurre desde la independencia de nuestro país hasta la actualidad, El Salvador se ha regido por los siguientes códigos penales: el primero decretado el 13 de Abril de 1826, se aprueba cuando El Salvador aún formaba parte de la Federación Centroamericana, al separarse dicha federación, El Salvador se convierte en un Estado independiente y es ahí precisamente cuando entra en vigencia el segundo Código Penal, de fecha 20 de Septiembre de 1859; que fue mejor conocido como ***Código de Procedimientos Judiciales y de Fórmulas***.

El tercer Código Penal que tuvo nuestro país fue el que entró en vigencia el 19 de Diciembre de 1881.

El cuarto Código penal entro a regir a partir del 8 de octubre de 1964 mejor conocido como ***Código de Instrucción Criminal***. Por iniciativa de la Corte Suprema de Justicia y del Presidente de la República, la Asamblea decretó, el 11 de octubre de 1973, el Código Procesal Penal que entró en vigencia hasta el 15 de Junio de 1974; éste derogó el de Instrucción Criminal, así como todas las reformas que había sufrido (cerca

³² Menéndez, José Isidro. “Recopilación de las Leyes de El Salvador”. El Salvador: Edit. Imprenta

de 60) las cuales estaban contenidas en múltiples decretos, constituyendo este el quinto Código Penal que tuvo El Salvador; y por último, el actual Código Penal cuya vigencia inició el 20 de Abril de 1998.³³

Hecha esta breve referencia cronológica de nuestra legislación penal, es oportuno abordar críticamente cada uno de los Códigos antes mencionados a efecto de determinar el desarrollo histórico que ha experimentado la autoría y participación criminal así como su penalidad.

1.2.1- El Código Penal de 1826

Este Código no presenta ninguna exposición de motivos que justifiquen su origen histórico, ya que este es una copia íntegra del Código de las Cortes Españolas de 9 de julio de 1822.³⁴

En lo que respecta al tema sobre Autoría y Participación el Código Penal de 1826 contempla en su título preliminar capítulo 2, el apartado titulado: “de los delincuentes y culpables y de los que responden de las acciones de otros”, contiene una serie de disposiciones referentes a la responsabilidad penal, a las varias formas de responsabilidad criminal, así como también la penalidad de éstos.

Para tener una mayor comprensión, se transcriben los artículos referidos al tema:

Comentario:

De la lectura de dichos artículos se aprecia que el Código Penal de 1826 regulaba una serie de partícipes, que diferenciar unos de otros resultaba difícil de solucionar y debido a ello, trae consigo una desproporcionalidad a la hora de imponer la pena, que afectaba a los partícipes del ilícito penal, ya que como antes se ha expresado no existían criterios definidos para determinar la pena de los partícipes, siendo una de las categorías de interés de esta investigación; la complicidad, cuyo Art. 8, claramente manifiesta “*que*

Nacional, 1986.

³³ Trejo Escobar Miguel Alberto y Participación en Derecho Penal. Servicios Editoriales Triple D. San Salvador. Págs. 279-280 – 281-282.

*los cómplices serán castigados con la misma pena impuesta por la ley a los autores del delito o culpa, a no ser que la propia ley determine expresamente otra cosa”*³⁵ de la lectura de esta disposición se puede apreciar que se equipara la pena del autor a la del cómplice, el mismo artículo establece tales situaciones como la generalidad y aunque literalmente se refiere “*a no ser*” nótese que esta es la excepción y no la regla. Así en El Salvador, se abre paso esta modalidad, causando un grave perjuicio a la situación del cómplice; el más claro ejemplo se puede encontrar literalmente en la disposición 104 del Código Penal la cual manifiesta que “*por regla general, los auxiliadores y fautores, los receptadores y encubridores y aún los cómplices cuando no incurran en la misma pena de los autores del delito sufrirán la de ver ejecutar la sentencia de estos en su caso*”, no cabe duda que los cómplices corrían igual suerte que los autores, presentándose también el caso de que los cómplices resultarán beneficiados debido a una causa de justificación o aún de haberse comprobado la culpabilidad del autor, pero siendo culpable el cómplice resultaba beneficiado el cómplice debido a la no existencia de criterios para determinar entre autores y partícipes.

De esta manera la Teoría de la Simultaneidad, aparece en nuestro primer Código Penal, ya que de la lectura del Artículo 17 del referido Código, se extrae un hecho que se refiere a que serán cómplices los que ayuden o cooperen a la ejecución de la culpa o del delito en el acto de cometerlo, ya que esta teoría establece en esencia que: “*se castigara como autor a aquel que coopere en la ejecución de la acción punible*”³⁶.

Vale la pena mencionar, que en la disposición en comento, se consideran autores a los cómplices, ya que la intervención de éstos últimos en el ilícito penal se adecua a los postulados de la teoría de la simultaneidad, en virtud de que esta teoría requiere actos ejecutivos, en el desarrollo del suceso delictivo, obvio es reconocer, que en este cuerpo

³⁴ Trejo Escobar Miguel Alberto Op. Cit. Pág. 283.

³⁵ Ley Nacional decretada por la legislativa en 13 de abril de 1826. Primer Código Penal de El Salvador.

³⁶ Roxin, Claus, Autoría y Dominio del Hecho en Derecho Penal, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales S.A., Madrid 2000 Barcelona, Séptima Edición, Abril de 1999

de leyes no se configuraba a cabalidad la figura central del suceso, ya que confundía ambas figuras con un criterio muy cerrado como la referida teoría.

En relación a la autoría, regulada en el artículo 16, de este cuerpo normativo, se extraen dos sub-clases de autores, en primer lugar, los que tienen el dominio de la acción y la autoría mediata o dominio de la voluntad, la coautoría no aparece regulada en sentido estricto, solo puede ser deducible de la lectura del artículo 17 del referido cuerpo de leyes, pues en ninguna disposición trata de la ejecución del delito en forma conjunta, sino que tergiversadamente aparece en la descripción de los cómplices, surge aquí una equiparación con la figura de los cómplices con los coautores.

1.2.2- El Código Penal de 1859 o “Código de Procedimientos Judiciales y de Fórmulas.

Este Código es el resultado de una comisión que integraron los licenciados José María Silva y Ángel Quiroz, dicho código es el mismo que se promulgó en España en 1848, aunque con escasas modificaciones.

El Código de Procedimientos Judiciales y de Fórmulas representa un importante adelanto en la teoría de la participación criminal, con relación al Código Penal de 1826, basta remitirse al Libro Primero, Título 2, Capítulo 1 “*De las personas responsables criminalmente de los delitos y faltas*”, el Art. 12 del referido Código, en lo referente a la responsabilidad penal, establece “*son responsables criminalmente de los delitos y faltas*”³⁷.

- a) Los autores
- b) Los cómplices
- c) Los encubridores

³⁷ Trejo Escobar Miguel Alberto. Op. Cit Pág. 252.

Comentario:

En relación al Código anterior, hace una significativa reducción del Catálogo de los responsables penalmente. Como dato importante vale la pena mencionar que el Código Penal de 1859, presenta un sistema punitivo complejo las penas de privación de libertad tienen numerosos grados, lo que en aquella época trae consigo penas desproporcionadas, vulnerando nuevamente el principio de proporcionalidad; es decir, la proporción que debe corresponderse, entre el injusto culpable y la dosimetría de la pena, esto se producía a que igual que en el Código anterior no existían criterios para diferenciar entre autores y partícipes, el Artículo 14 del Código en estudio se refiere a los cómplices, como “*aquellos que cooperan a la ejecución del hecho por actos anteriores simultáneos*”, en ningún momento menciona a que clase de cooperación se refiere, dejando un vacío insalvable poniendo dicha determinación a discreción del Juez afectando así tanto la penalidad de los cómplices como de los autores, ya que el criterio para la individualización es muy impreciso; no se puede dejar pasar que tal normativa pretendió hacer una distinción entre autores y partícipes basándose en la ejecución del hecho, a consecuencia de ello se adoptó la Teoría de la Simultaneidad, que se extrae de el artículo 14 de éste cuerpo normativo, al expresar su numeral uno: “*Son cómplices los que no hallándose comprendidos en el artículo anterior, cooperan a la ejecución del hecho por actos anteriores o simultáneos*”, de nuevo hace hincapié en los actos ejecutivos como requisito, para sumarse a la realización del ilícito penal, no bastando, acoplarse al tipo, sino además, exige participar en la ejecución material de este.

1.2.3 - El Código Penal de 1881. Mediante Decreto la Asamblea constituyente en 1880 se autorizó al Poder Ejecutivo para que promoviera la reforma de los Códigos existentes y procediera al nombramiento de una comisión para que preparara los correspondientes proyectos de ley, el Decreto de promulgación de Código de 1881, aparece publicado en el Diario oficial No. 295 Tomo II, de fecha 20 de Diciembre de 1881.³⁸

³⁸ Trejo Escobar Miguel Alberto OP. Cit Pág.

Comentario:

En relación al Código Penal anterior, las formas de participación se mantuvieron igual, la diferencia consistió en establecer la posibilidad de participación criminal en las faltas, demostrando con ello un atraso en el desarrollo de la punición de los hechos ilícitos.

Como en los anteriores códigos, en éste no hubo una clasificación de autoría, pero a raíz de este cuerpo normativo se dio paso para definir al autor por medio de la teoría del acuerdo previo, dejando en un segundo plano a los cómplices y consecuentemente determinables por exclusión, así, eran autores aquellos partícipes que conjuntamente planearon la ejecución del delito, con independencia de cual fuera su ulterior intervención material en el hecho, teoría obviamente descartada de nuestro ordenamiento jurídico actual.

En lo que respecta a la figura de los cómplices como se puede apreciar de la lectura del artículo 15, que literalmente expresa: “ *Son cómplices los que cooperan a la ejecución del hecho por actos anteriores o simultáneos* ” , cuyo comentario me remito al realizado en el Código Penal anterior, ya que no varía en su redacción y sentido dado por el legislador, en consecuencia, también se sirvió de la Teoría de la Simultaneidad, para la determinación de los Cómplices.

1.2.4- El Código Penal de 1904, mejor conocido como “Código de Instrucción Criminal”.

El proyecto de Código presentado por la comisión fue aprobado por la Asamblea Legislativa en 1904 y el 14 de Octubre de ese mismo año fue promulgado como ley de la República, dicho Código contenía principios fundamentales basados en las doctrinas de la Escuela Clásica, que imperaba en el pensamiento científico de la época.³⁹

³⁹ Trejo Escobar, Miguel Alberto Op. Cit. Pág. 304.

Comentario:

En este Código se puede notar que hay un cambio en el sistema de computar la sanción que señalaba para cada delito una pena inferior y una superior, por el sistema de las penas rígidas que se agravan o atenúan dependiendo de las circunstancias que envuelven el delito, este cuerpo normativo trata de proporcionar la pena, pero una vez más, este código transcribió lo contenido en el código anterior en relación a lo que debe entenderse por complicidad, Aquí se presenta una novedad; basta referirse al artículo 13 del referido cuerpo normativo, que en su numeral 3º se refiere a que “se consideran autores, los que cooperan a la ejecución del hecho por un acto sin el cual no se hubiera efectuado”. Aquí se rompe el ciclo, con los anteriores cuerpos normativos, ya que éste Código adopta la Teoría de la Necesidad de la Aportación Causal, que en esencia manifiesta que: “*Son autores también los que cooperan a la ejecución del hecho con un acto sin el cual no se hubiere efectuado*”.⁴⁰

Ya que tal y como lo prescribe el artículo 13 de este Cuerpo normativo, en su numeral tercero: “*Los que cooperan a la ejecución del hecho por un acto sin el cual no se hubiera efectuado*”, esta es la base de lo que hoy conocemos entre complicidad necesaria y no necesaria, cuya diferenciación entre esta última figura, y la de coautoría, aun generan problemas en la actualidad, cabe recalcar que el aporte de esta teoría consistió en ser criterio diferenciador entre coautoría y complicidad, mas no determinantes para las demás sujetos intervinientes en el ilícito penal.

1.2.5- El Código Penal de 1973. Estuvo vigente hasta el 19 de Abril de 1998 tomó en cuenta principios y preceptos contenidos en la Constitución de 1962, desarrollando los de legalidad, responsabilidad, culpabilidad y otros, éste código tomó en cuenta las corrientes doctrinarias modernas únicamente en lo que pudieran adaptarse y ser útil en nuestra realidad social, política y humana a efecto de lograr una justicia más eficaz.⁴¹

⁴⁰ Roxin Claus, Op. Cit Pág. 59

⁴¹ Trejo Escobar, Miguel Alberto Op. Cit. Pág. 308

Como en los anteriores Códigos, se transcriben una vez más los artículos referidos al tema:

Comentario:

En este Código se presenta, por primera vez una clasificación sobre autoría, distinguiéndose así esta figura de la participación y como forma de participación, en estricto sentido, únicamente la complicidad; excluyéndose la figura de los encubridores y regulándose como delito autónomo.

La comisión que elaboró este código estimó que la clasificación en autores y cómplices, es preferible a las viejas distinciones entre participantes principales y secundarios o entre autores materiales y autores morales o intelectuales; y preferible también a una tendencia moderna que clasifica a los participantes en autores materiales, instigadores y cooperadores. La clasificación que se hace tiene la ventaja de ser más precisa que los antiguos códigos y menos novedosa que la moderna. La división bipartida de los participantes en autores y cómplices es el resultado de una lenta evolución de los conceptos fundamentales del Derecho Penal⁴².

Así son autores inmediatos quienes ejecutan actos que de modo directo lesionan o ponen en peligro el bien jurídico protegido por la norma violada. En los delitos cometidos por omisión, son autores inmediatos los que, teniendo obligación de evitar un daño o peligro, no impiden que se produzca, siempre que su omisión sea la causa que origine la lesión jurídica prevista en la ley.⁴³

La distinción entre autores mediatos o inmediatos alude únicamente a la menor o mayor proximidad de la conducta del delincuente a los actos materiales en que se objetiviza la ejecución del delito; de ninguna manera significa que la responsabilidad penal de los primeros deba ser necesariamente menor que la de los segundos.

El autor mediato no interviene directamente en el periodo de consumación del delito, sino que lo ha planeado con anterioridad y mediante concierto, precio, promesa

⁴² Asamblea Legislativa. Exposición de Motivos del Código Penal de 1973 Pág. 46

de recompensa, amenaza o cualquier otro medio, logra que lo ejecute un autor inmediato.⁴⁴ Este código no define expresamente el autor mediato, porque por una parte, son muy variadas las formas que puede asumir este tipo de delincuente y por otra, es fácilmente reconocible por tener a su cargo la dirección intelectual de las operaciones delictuosas.

Son muchos y muy variados los agentes que pueden auxiliar al autor inmediato, bien en la fase preparatoria o bien en la ejecutiva del delito. Algunas legislaciones vigentes lo mismo que algunos proyectos de Código Penal, llaman cómplices genéricamente a tales auxiliadores este código también regula a los autores presuntos de los delitos cometidos con abuso de la libertad de imprenta, al dueño, el empresario director del periódico en que fue publicado el escrito delictuoso, cuando al ser requerido judicialmente para ello no identifique al verdadero autor y cuando señale como autor a un desconocido, o a un inimputable y además no se pudiese establecer ni siquiera semiplenamente que el indicado en la declaración fuere el autor del escrito delictuoso.

Los cómplices además de los agentes que prestan un auxilio útil pero no hay necesidad de considerar el caso de los auxiliadores subsecuentes, a quienes la doctrina considera como verdaderos cómplices.⁴⁵

Tradicionalmente la distinción entre cómplices y encubridores se ha hecho recaer en la circunstancia de que los primeros cooperan con el autor inmediato por medio de actos anteriores o simultáneos a la ejecución del delito mientras que los segundos lo auxilian mediante acciones posteriores a la realización del mismo.

Pero como ya se mencionó la comisión abandono la clásica división tripartita de autores cómplices y encubridores, para sumarse a la corriente moderna de considerar en la parte general sólo a los autores y a los cómplices dejando el encubrimiento como delito en especie como es natural que sea, ya que constituye un tipo autónomo.

⁴³ Exposición de Motivos del Código Penal de 1973 Pág. Cit. 46

⁴⁴ Ibidem. Pág.46

⁴⁵ Exposición de Motivos del Código Penal de 1973 Pág. Cit. 46

El delito no está ligado a la causalidad de la acción delictiva, cabe decir que este código empleaba la figura de la autoría⁴⁶ mediata de forma equivocada, ya que trataba como tales a quienes realmente no lo son, constituía una participación real y no formal, otra figura que trajo consigo este código fue la figura del autor presunto, dicha disposición contrariaba preceptos constitucionales que regulan la presunción de inocencia, así como el principio de culpabilidad.

El legislador salvadoreño, hizo suyos los postulados de la teoría formal objetiva, esto se puede verificar con la figura de los autores inmediatos, así el Art. 45 Código Penal. Expresa que “*son autores inmediatos todos los que con su acción u omisión realizan directamente el hecho delictivo*”. De esta forma, el legislador exige la adecuación de los hechos, a la descripción de la conducta prohibida.

1.2.6- El Código Penal de 1996. El cual fue aprobado el 26 de Abril de 1997 en éste apartado solo se mencionan los cambios sustanciales, en relación a los Códigos anteriores.

Comentario:

En materia de autoría y partícipes este código da vigencia al principio de accesoriedad, el cual presupone siempre la existencia de un hecho principal doloso obra de un autor o autores. Esa dependencia de la participación respecto del hecho principal recibe el nombre de accesoriedad.

Con ello se rompe la vigencia de la teoría objetivo formal que antecede a este Código Penal, por no tener relevancia para efectos de penalidad, ya que a todos los que intervienen en la realización de un hecho se les sanciona con mínimas diferencias, lo que vuelve intrascendente esa distinción. De ahí que a los cómplices necesarios y a los inductores se les convierte en autores⁴⁷

⁴⁶ Ibidem. Pág.48.

⁴⁷ Ibidem. Pág. 11

Este Código considera autores a los autores directos, a los coautores y a los autores mediatos o indirectos y se consideran partícipes los cómplices necesarios y no necesarios “primarios y secundarios” y los inductores. La autoría mediata se regula de una manera amplia y acorde con la doctrina dominante no referida a casos en particular y de forma taxativa.

También el Código Penal vigente regula la figura de actuar por otro para enfrentar el problema de la responsabilidad de las personas jurídicas, pues se consideró aceptable la creación de un sistema de doble imputación referido a personas naturales y jurídicas.

En relación al principio de accesoriedad, el artículo 37 del Código Penal, sigue al principio de la accesoriedad limitada; la instigación y la complicidad no presuponen que el autor principal haya actuado culpablemente, ya que la culpabilidad es una cuestión personal que puede ser distinta para cada interviniente.

De esa forma cada partícipe puede ser castigado sin tener en cuenta la culpabilidad de los demás, sino con arreglo a su propia culpabilidad, para ello fue necesario atravesar por una larga evolución normativa y doctrinaria que termino dando a luz a “La teoría del dominio del hecho”, en ese sentido es autor quien tiene realmente el poder sobre la realización del hecho descrito en el respectivo tipo legal y partícipe es quien sin tener el dominio propio del hecho, coopera o determina como figura marginal del suceso real, la comisión del hecho ⁴⁸

Esta teoría cuenta con un alto nivel de aceptación doctrinaria y ha sido acogida por diversas legislaciones en la actualidad, debido a las ventajas que esta presenta, entre ellas y quizá una de las más importantes, “*esta constituye la base fundamental para realizar la imputación*”,_representando un criterio diferenciador entre autores y partícipes.

⁴⁸ Muñoz Conde, Francisco Teoría General del delito, Editorial Temis, Bogotá, Colombia, 1990, Pág. 458

CAPÍTULO II

2.- LA AUTORÍA Y SUS FORMAS.

Llegamos aquí hasta lo que es la doctrina de la autoría, es decir, a las consideraciones científicas penales, que se ocupan sobre la determinación del autor del injusto penal, o sea el establecimiento de criterios que indican de quien es obra el hecho antijurídico, a quien le pertenece, cuestión de trascendencia ya que en la formación del crimen pueden concurrir un complejo de conductas que responden a diversos titulares de las mismas ,conductas que se pueden ubicar en distinta posición es así que unas constituyen el eje principal del acaecimiento, ocupando el plano central de actuación y análisis dogmático ubicándose el autor en un papel primario y autónomo (lo que constituye a la vez el punto de partida de la teoría de la accesoriedad), y esta primacía del concepto de autor, es un enfoque de la doctrina dominante de la autoría⁴⁹. Es así que nos sumamos a la posición de Claus Roxin⁵⁰, perfilando el concepto de autor como la figura central del suceso en forma de acción, esta idea como bien lo apuntó Claus Roxin, es un punto de vista legal para la delimitación Autoría / Participación, diferenciación prejurídica claramente apreciable.

2.1 La figura central del suceso

Cuando el legislador describe una conducta por medio de un tipo, la está refiriendo a un sujeto que constituye la figura clave, de tal manera que el que realiza la ejecución es el punto de referencia ideado por el legislador, ubicándolo en el núcleo del suceso, en palabras de Roxin, “*el legislador concibe al ejecutor como punto de referencia y figura clave del suceso delictivo*”⁵¹, de tal manera que lo ubica en el centro y desplaza hacia los márgenes las figuras de la participación.

⁴⁹ Roxin.Op. Cit.Pág.44

⁵⁰ Op. Cit.Pág.43

⁵¹ Claus Roxin op cit p 43

Dentro de *la figura central*, se acomodan perfectamente la autoría directa, la autoría mediata y coautoría, pues como dicen Roxin son la misma cosa⁵². A la vez que esta consideración es el fundamento sobre el cual se edifica la teoría de la participación, la cual ha acuñado la accesoriadad de la misma⁵³. Pero además la idea de la figura central nos va a permitir determinar a la autoría como concepto primario, mediante diversos criterios que coexisten, precisamente para discriminar la supremacía de la autoría, en la actualidad el enfoque predominante y más adecuado para desdibujar la figura central del suceso en forma de acción es el criterio del dominio del hecho; sin embargo, éste criterio es aplicable en la medida en que el suceso delictivo sea dominable, ya Roxin nos da una idea y manifiesta "*dominable, son todos los sucesos cuyos efectos prohibidos residen en el plano material o psíquico... tienen consecuencias externas susceptibles de configuración rectora... así mismo las manifestaciones psíquicas... pueden someterse a un dominio (del hecho) rector externo*"⁵⁴.

2.1.2 Dominio del Hecho

De manera que ahí donde el suceso cobra existencia en un plano físico, social y psíquico, habrá que aplicar el dominio del hecho, no cabe duda que la mayoría de acontecimientos típicos plasmados por el legislador son dominables⁵⁵.

Ya en un plano meramente valorativo compartimos de Claus Roxin su enfoque, la dominabilidad se desplaza por la valoración "*en el ámbito de la realidad espiritual... de los valores falta la dominabilidad externa*"⁵⁶, se recurre en este caso - de sucesos no dominables - a la normatividad de la mismos, cobra vigencia así el ***criterio de la infracción del deber especial*** mediante el cual habrá que determinarse la autoría, como más adelante se verá, el dominio del hecho, no es un criterio carente de contenido y vacío como lo concibe parte de la doctrina, no solo es un parámetro indeterminado, que brinda una idea dada acerca de la determinación de la autoría, sino por el contrario,

⁵² Roxin. Op. Cit. Pág.43

⁵³ Claus Roxin op cit p 43

⁵⁴ Ibidem. Pág. 367

⁵⁵ Ibidem. Pág. 367

⁵⁶ Ibidem. Pág.367.

encierra en el toda una estructura de sentido, del todo sistemática, cuya lógica se percibe a medida que se pasa por las diversas modalidades de categorías que se ciernen en su seno, las cuales se articulan y se adaptan adecuadamente al ~~el~~ supuesto dado por la realidad, no forma parte de este trabajo arrancar de los puntos de partida metodológicos que fundamentan y justifican el dominio del hecho, más bien se pretende proyectar una noción académica de lo que representa el dominio del hecho, enfocando sus criterios en aras de identificar, y tener una idea y delimitación de la autoría, punto de partida para arribar a las consideraciones acerca de la participación, pero antes de tocar las formas de la autoría, cabe decir que el dominio del hecho segrega tres subprincipios que lo conforman, que explican las tres formas de autoría, cada uno de ellos esta dotado de un contenido peculiar y diferente de los demás, pero con semejanzas que las hacen tener estrecha relación, así:

- a) para fundamentar la autoría directa o inmediata se utiliza el dominio de la acción ;
- b) para la autoría mediata el dominio del instrumento; y
- c) para la coautora el dominio funcional del hecho.⁵⁷

Estos tres subprincipios presuponen la realización del hecho de forma conciente y deliberada, ya que es un dominio final, el que domina el hecho sabe que lo domina y por eso lo dirige hacia su concreción.

El Art. 32 de nuestro código penal establece que “*incurren en responsabilidad penal por el hecho cometido, los autores, los instigadores y los cómplices.*

Los autores pueden ser directos o mediatos.

En los delitos culposos cada uno responde de su propio hecho”.

Este artículo constituye el sustrato legal de la doctrina de la autoría y participación, nuestro punto de partida normativo, siguiendo con la idea de autoría, es un título de responsabilidad penal personal, según la ley, dadas por supuesto las otras condiciones de responsabilidad – título que diferencia otras formas de intervención secundarias en el hecho típico, como la instigación y la complicidad, pero no es la ley la que tiene la carga

⁵⁷ Enrique Bacigalupo. Lineamientos de la teoría del delito. Pág. 168

de establecer los criterios diferenciadores – mal haría – pues eso es trabajo de la doctrina, es así que entra en escena el dominio del hecho, y el la infracción de un deber especial develándose su importancia múltiple a saber:

1. Fundamenta la autoría
2. Delimita entre autoría y participación
3. Constituye la base fundamental de la imputación⁵⁸
4. Ubica al autor como la figura central del suceso en forma de acción.

Importancia que se pondría de manifiesto en lo sucesivo de esta obra, ahora nos ocuparemos de las manifestaciones de dominio:

1.3 Clases de Dominio

El dominio del hecho se produce por la concurrencia de diversas facultades o dominios así Jacobs en su obra citada (Pág.741) sostiene también que son tres los factores constitutivos del dominio, estos son:

- a) **Dominio formal**, que consiste en la facultad de realizar la acción ejecutiva.
- b) **Dominio de la decisión**, el cual constituye la potestad de interrumpir a voluntad sobre la realización o no del suceso delictivo.
- c) **Dominio de la configuración**. Que consiste en el poder de malear la forma de realización del suceso a voluntad y antojo.

2.2- AUTORÍA DIRECTA

EL DOMINIO DE LA ACCION

El art. 33 Pn, establece que “*Son autores directos los que por si o conjuntamente con otros u otros comenten el delito*”. Esta disposición contempla no solo la autoría directa si no también la coautoría, autores directos son, pues los que comenten el delito por si mismo, a tenor de la misma disposición quien tiene el dominio de la acción, es autor directo y este se define como: aquel sujeto que personalmente de forma

⁵⁸ Alberto Donna. La autoría y participación criminal Pág. 22

consciente, deliberada y teológicamente realiza de forma libre los elementos configurados del tipo, en todos los supuestos en los cuales el hecho es dominable.

Para Alberto Donna, “*Quien ejecuta por si mismo la acción típica, aquel cuya conducta es subsumible, sin más en el tipo de la parte especial.*”⁵⁹

Para Roxin, es autor: “*quien no coaccionado y sin ser dependiente de modo superior a lo socialmente normal, realiza los elementos del tipo de propia mano, es autor. en todos los supuestos inimaginables tiene el dominio del hecho.*”⁶⁰

La autoría directa constituye la autoría por excelencia y la más obvia de las autorías, el prototipo de la autoría⁶¹, es esta figura la que se encuentra descrita en la parte especial del derecho Penal, la misma es descrita lisa y llanamente en los tipos prohibitivos, es por ello que la percepción intelectible de ella no entraña mucha dificultad por esa razón es la más natural.

Ley y realidad se corresponden perfectamente, ya que de seguro siempre será autor aquel que por sí realiza los elementos contenidos en el tipo penal, y he aquí como también lo reconoce Roxin⁶², se reconoce la irrefutable verdad de la teoría objetivo formal, pues quien de forma completa y libre ejecuta el hecho, personalmente es la figura central del suceso, de esta manera tenemos el dominio del hecho apoyado en la propia descripción que hace el supuesto del hecho en la norma penal, esta definición de autor responde al concepto antológico de autor (Olivares), único que contrasta en su configuración con los tipos de la parte especial, por esa razón también se le denomina “*concepto real*” de autor,⁶³ el que por ser de carácter fáctico no se corresponde con la descripción de los Arts.33 y 34 Pn, ya que requiere condiciones extrafácticas,⁶⁴ que trascienden la mera descripción típica ontológica.

Bajo las consideraciones anteriores, el dolo requerido por el tipo penal no es más que el dolo de autor, por ser el tipo descriptor de una conducta de autoría.

⁵⁹ Ibidem. Pág.236

⁶⁰ Roxin. Op. Cit. Pág.149.

⁶¹ Ibidem. Pág.149.

⁶² Ibidem. Pág. 150.

⁶³ Mir Puig. Op Cit. Pág.387.

2.2.1- Ejecución dolosa personal y parcial del tipo.

Aquí se plantea la cuestión, ¿es el autor quien realiza sólo algún elemento del tipo?, ¿se fundamenta la autoría por la realización parcial del tipo?. La acción típica constituye un núcleo, que ubica precisamente al autor en el centro del acontecer, y es el centro de la acción porque la domina⁶⁵, es la realización íntegra de la acción la que lo hace señor del hecho, y lo que permite hacer una “*subsumibilidad directa*”, al tipo legal tal como lo observa Quinteros Olivares (Pág.548). La ejecución de propia mano comprende el comportamiento que supone la realización del tipo de propia mano, es decir, sin la intervención subsiguiente de otra persona.⁶⁶ Desde un punto de vista legal, el legislador hace una descripción completa de la conducta del autor, nunca parcial, Roxin manifiesta “*no hay argumento a favor de que el legislador considere suficientemente significativo cualquier elemento típico individual como para caracterizar por si solo la autoría*”,⁶⁷ ello implica una intervención insignificante según Jacobs (Pág.744)

Si en la realización del suceso intervienen varios; para fundamentar su coautoría se recurrirá a otros criterios y no a la mera ejecución de un elemento del tipo. En resumen, no cabe apreciar autoría por la sola realización de algún elemento que compone un tipo, debido a la integridad de la acción, al sentido del legislador y de la realidad que ubica el autor como figura principal.

2.2.2- Relaciones Entre Autoría, Tipicidad Y Antijuridicidad.

El problema en este acápite consiste en darle una solución a la interrogante ¿podemos determinar la autoría y la participación con la mera tipificación de las

⁶⁴ Ibidem. Pág.388

⁶⁵ Roxin. Op. Cit. Pág.161

⁶⁶ Jacobs. Derecho Penal Parte General. Fundamentos y Teoría de la Imputación. 2ª ED. Marcials Pons Ediciones Jurídicas y Sociales SA. Madrid. España. 1997. Pág.744

⁶⁷ Roxin. Pág.160

conductas sin mas? La respuesta es no, debido a varias consideraciones lógicas que descartan la posibilidad de perfilar ya la autoría a nivel de tipicidad.

Si nos atenemos a las descripciones típicas de la parte especial, parece fácil en principio determinar tanto la autoría como la participación, sin embargo un análisis detallado nos lleva a conclusiones diferentes.

Los tipos son descriptores de conductas de autoría, y con las formas impersonales como: El que... se nos revela según la categoría de la tipicidad el llamado sujeto activo, propio de tal categoría y conforma un elemento de la estructura del mismo⁶⁸ y opera sin referencia a la responsabilidad penal, esto porque la tipicidad solo lleva inhibida la posibilidad de un indicio de antijuridicidad⁶⁹, la autoría en cambio es un título de responsabilidad criminal, es así, que sujeto activo y autor no son conceptos iguales como lo sostiene Quinteros Olivares⁷⁰ *“mientras que el sujeto activo es solamente la persona que realiza el comportamiento típico personal que como veremos después puede ser o no ser catalogada como autor en el sentido indicado”*

Entonces si a nivel de tipicidad tenemos un sujeto activo, y los tipos son descriptores de conducta de autoría o de participación (lo que no equivale a autoría y participación sino solo a la mera adecuación de las conductas para proseguir la imputación), el resultado es que podemos tener un sujeto activo que se adecua a un tipo de autor o de participación cualidades o situaciones de responsabilidad delictivas que se fundamentan en base a datos extratípicos por formar parte los mismos del injusto penal, es preciso diferenciar para una mejor comprensión los tipos de autoría de los tipos de participación Así, se considera tipos de autoría aquellas descripciones típicas susceptibles de ser realizadas por autoría y tipos de participación las descripciones típicas de conductas susceptibles de ser realizadas por participación en un tipo de autoría⁷¹ de lo que no se infiere que adecuada la conducta del sujeto activo en un tipo de autoría o de participación , ya

⁶⁸ Muñoz Conde .TGD. Pág. 276

⁶⁹ Muñoz Conde .Pág. 269

⁷⁰ Derecho Penal Parte General 2º edición Marcial Pons. Madrid .1989.

⁷¹ Mir Puig. Derecho Penal. Parte General. Fundamentos y Teoría del Delito. Promociones y Publicaciones SA.3ª ED. Barcelona. España.1990. Pág. 386

tenemos sin más un autor o un partícipe, sino en base a la función indiciaria del tipo, tenemos el indicio de un posible autor o partícipe, pues la autoría como la participación forman parte del injusto penal... *“no puede equipararse la autoría a la realización del tipo ni estudiarse solo en el marco de la imputación objetiva, sino que debe distinguirse entre tipos de autoría y tipos de participación”*⁷²

Lo anterior nos lleva a considerar que no podemos hablar de autoría por la mera realización típica, o decir que hay autoría solo porque aun sujeto realice un tipo, pero lo que si es necesario hacer es distinguir a nivel de tipicidad si la conducta se subsume en un tipo de autoría o de participación, en aras de determinar la autoría o la participación posterior a dicha adecuación típica.

Pero esa deficiencia típica que se viene tratando para determinar la autoría y participación se revela en otros aspectos:

La autoría mediata no puede ser percibida desde la realización ejecutiva típica de la parte especial, por ser los tipos descripciones eminentemente personales, *“También la autoría mediata decae por la vinculación a determinado comportamiento: solo la ejecución de la acción descrita típicamente indica la insuficiencia personal”*⁷³ es así que la autoría mediata trasciende de la mera tipicidad para poder ser fundamentada. *“El autor mediato no realiza la acción típica”*, según Donna, sino que la autoría mediata trasciende del tipo hacia el dominio final⁷⁴. en este caso al poder sobre la voluntad o conducta del ejecutor.

En la coautoría donde la conducta de los intervinientes es constitutiva de una fracción del tipo, en base a lo cual sería imposible tildar de autoría a cada interviniente, si vista particularmente la aportación es insuficientemente típica, aun más el caso de los jefes de banda que no ejecutan el suceso criminal, en estos supuestos la tipicidad se queda menos que corta para determinar la autoría⁷⁵, lo que permite englobar la tipicidad

⁷² ibidem Pág. 389

⁷³ Jacobs Op. Cit. 732

⁷⁴ Alberto Donna. Nuevas Formulaciones en las... conceptos de Autor y la Teoría de los Aparatos de poder de Roxin. Pág. 297

⁷⁵ Jacobs Op. Cit. 730

de cada concurrente respecto de lo realizado por los otros, es el principio de la integración de la imputación⁷⁶ supliendo así la deficiencia de la tipicidad. (ya a nivel de injusto)

Ya en el marco de la participación para configurar la accesoriedad, tal como la concibe la doctrina dominante, Art. 37 Pn, no basta la tipicidad es menester la existencia de un injusto principal de autor.

La categoría determinante de la autoría y de la accesoriedad lo constituye la antijuridicidad, pues la autoría y participación son títulos de responsabilidad criminal se es responsable de un acto contrario a derecho, es así que la autoría constituye el acápite final de la teoría del injusto⁷⁷ *“el injusto es un injusto personal, es decir, le es esencial la relación con el autor. Así como el autor contribuye a acuñar el injusto, así pertenece también a la teoría del injusto, como este llega a ser autor. La teoría del autor tiene por objeto establecer el centro personal de la acción del injusto”*⁷⁸, no la mera tipicidad.

Solo una vez establecida la antijuridicidad deben vertirse los criterios fundadores de la autoría, se es autor de un injusto penal, por ser éste objeto de reproche penal, no así un hecho simplemente tipificado el cual es susceptible de estar justificado, siendo efecto de la justificación la anulación de toda imputación penal y tanto la autoría como la participación aumentan considerablemente el peso de la imputación y generan una probabilidad mayor de responsabilidad penal, es así que no se puede contraponer un título de responsabilidad penal (autoría y participación) a un acto totalmente lícito, simplemente es ilógico⁷⁹

Dada la antijuridicidad ha de inferirse luego la autoría o la participación *“así pues, han de comprobarse los requisitos objetivos del injusto... y a continuación se investiga si concurren autoría, inducción o complicidad”*⁸⁰ la autoría por lo tanto

⁷⁶ Fernando Velásquez V. Derecho Penal. Parte General. ED Temis, Argentina Pág.355

⁷⁷ Welzel. Derecho Penal Alemán. Parte general.4ª ED. Editorial Jurídica de Chile. 1993 Pág. 119

⁷⁸ Welzel Op. Cit. Pág. 118

⁷⁹ Jacobs estima la posibilidad de autoría en un hecho justificado. Pág. 745.

⁸⁰ Roxin Op Cit. 360

constituye un problema del injusto penal y ese es su lugar en la sistemática de la doctrina penal.⁸¹

Esta postura no trae ninguna consecuencia negativa a nivel procesal, el fiscal al realizar la acusación le presenta al juez un cuadro completo de la conducta del indiciado hasta nivel de culpabilidad, por lo que no hay problema en realizar categóricamente la imputación por autoría en el sentido antes descrito (imputar autoría después del análisis típico).

2.2.3 Autoría y culpabilidad:

¿Puede un autor ser agente inculpable? Nos ubicamos con esta cuestión a nivel de las causas de inculpabilidad y de inimputabilidad, contemplados en el art. 27 n° 3 y 6 Pn.

Trataremos el supuesto de coacción, que es el más representativo cuya solución será predicable para los demás supuestos. Ya que esta cuestión es la muestra predominante de un plano categórico integral de la culpabilidad, luego las situaciones restantes serán predicables con una extensión fundada de los razonamientos aquí vertidos.

Si nos atenemos a una consideración sistemática o lógica la respuesta sería positiva, ya que el capítulo II se refiere a “... *las causas que excluyen la responsabilidad penal*”, y especialmente el epígrafe del art. 27 Pn es “*excluyentes de responsabilidad penal*”, aquí nos referimos en especial a la causas de inculpabilidad.

Como vemos, se hace alusión a la responsabilidad penal, para saber en quien reside la responsabilidad penal, nos trasladamos al art. 32 Pn a cuyo tenor dice “incurren en responsabilidad penal los autores...”

De tal manera .que si en los autores opera una circunstancia excluyente de culpabilidad del art. 27 Pn no serán responsables penalmente, razonamiento que no

⁸¹ ibidem. Pág. 364

implica las causas de justificación, ya que si no existe un ilícito no hay sustrato justificador de la autoría, donde hay un injusto penal se ancla la autoría; de acuerdo con ello si se genera un error de prohibición ya sea directo o indirecto, vencible o invencible, siempre se fundamenta la autoría, por que tales errores dejan intacta la antijuricidad del hecho y han de resolver a nivel de culpabilidad, pero ya como disculpantes, no como justificantes. Cosa distinta es si opera una causa de justificación estas tienen la virtualidad de volver el hecho típico a un acto totalmente aprobado por el ordenamiento jurídico, es decir, lo determina lícito, siendo así, no debe hablarse de autoría, mucho menos participación.

Como apuntamos supra, el único criterio para determinar la autoría es el dominio del hecho, se prescinde pues de la culpabilidad, lo que no quiere decir que se desliga y no se tomen datos de ellas en un momento determinado, como adelante se detallara.

La culpabilidad en general no tiene nada que ver con la autoría del sujeto que actúa directamente⁸².

En esta cuestión el problema más serio de la doctrina ha sido el considerar la autoría como un apartado ligado a la culpabilidad.

Si ya tenemos a un autor con una conducta antijurídica, tal como lo determinamos según una consideración lógica normativa, la siguiente consideración es determinar su culpabilidad, el estado de necesidad se ubica en esa dimensión, nos referimos al estado coactivo, donde la fuerza de otro sujeto es la que se vierte sobre el infractor, ahora hay que determinar si doctrinariamente opera el título de la autoría dado por el dominio del hecho en este supuesto de la acción.

Roxin apunta: *“de ningún modo cabe decir, por ejemplo, que bajo la presión del peligro se vea a un lado o al menos mermado la posibilidad de llevar a cabo la resolución de actuar dirigida conforme a un plan. Por el contrario, será frecuente que ante el peligro redoble las fuerzas y el agente domine la situación con más seguridad que sin ese*

⁸² Jacobs. Op. Cit. Pág.745

impulso”.⁸³ Estableciéndose así el dominio de la acción no obstante la coacción, esta no niega el carácter de la figura central, más bien lo afianza como lo observa Roxin, la coacción se torna un activante asegurador del resultado y conservador de la autoría.

De las consideraciones anteriores se desprende que: si la autoría nace en la antijuricidad, en la culpabilidad se determina si el autor es culpable o no, y si el estado de necesidad no es óbice para que opere la autoría mucho menos otro influjo psicológico que sufra, el ejecutor con dominio de su hacer. Roxin establece “*si la realización de propia mano de un tipo en estado de necesidad disculpante no obsta para la autoría del agente, con mayor razón es señor del hecho y autor el que comete un delito, en persona bajo una presión motivacional socialmente inadecuada pero no excluyente de culpabilidad*”⁸⁴

Lo dicho anteriormente opera de seguro para cualquier otra causa de inculpabilidad por lo que no es preciso entrar en detalle de ellos.

Que decir ,de la minoría de edad que es causa de inimputabilidad, ¿puede ser autor un menor de edad, sometido no a la ley penal ordinaria, si no a la ley penal juvenil?, claro que si⁸⁵, toda vez obre dolosamente y de forma antijurídica todo el sistema de la teoría general del delito a partir de las consideraciones acerca de la acción hasta la antijuricidad operan y le son aplicables al menor infractor y con ello la teoría de la autoría que nace con la ilicitud del hecho como antes se apunto, nada más que como el autor es un menor, siempre va a operar la minoría de edad como causas de inimputabilidad, sin que ello sea un óbice que afecte tal calidad, de imputación, pues su responsabilidad solo es relativamente excluida de sistema penal, ya que su responsabilidad se deduce con arreglo una normativa especial cual es la ley penal juvenil, de acuerdo a la cual ha de responder como autor o partícipe.

⁸³ Roxin. Op. Cit. Pág.155

⁸⁴ Ibidem. Pág.158

⁸⁵ En igual sentido Roxin.Pág.158

Esta posición del autor culpable o no queda aun mayormente reforzada si tenemos en cuenta la postura de la accesoriedad limitada, ya a nivel de participación, y según la cual los títulos de participación dependen de un hecho principal ejecutivo y antijurídico de autor, la cual constituye la posición mayoritaria en la doctrina moderna, lo importante es que se prescinde de la culpabilidad del autor por ser algo personal, y con ello también se sienta la base de un autor culpable o inculpable, pero siempre autor, de lo contrario no se estimaría en tales términos la participación, pues si la culpabilidad es constitutiva de la autoría, no cabría validar la accesoriedad limitada, el enfoque adecuado es entonces la autoría limitada.

Las reflexiones anteriores tienen especial calado en la autoría mediata como más adelante se verá siendo esenciales para inteligir las relaciones que se establecen entre el sujeto de detrás y el instrumento a parte que se quiebra con concepciones comunes y erróneas en la mayoría de la doctrina, como de considerar la autoría ligada a la teoría de la culpabilidad, premisa falsa de acuerdo a los planteamientos aquí expuestos de forma sistemática y conforme al dominio del hecho que se configura como único criterio determinador y delimitador de la autoría. (En los delitos de dominio).

Las relaciones de la antijuricidad y culpabilidad con las tres formas de la autoría opera semejante para todas ellas, vistas en la autoría directa, resulta de mejor comprensión ya que la autoría mediata y la coautoría son más complejas en su fundamentación y explicación, sin embargo, tales situaciones son básicas a todas las formas de autoría, que las rigen, y las vuelven más comprensibles, su perfil con estas categorías se logra percibir más delimitadamente habiendo menos confusión.

Pasamos ahora a una de las formas más complejas de la autoría, la cual absorbe una gran diversidad de supuestos, todos necesitados de consideración.

2.3- AUTORÍA MEDIATA

EL DOMINIO DEL INSTRUMENTO

El art. 34 Pn, considera autores mediatos a: *“los que cometen el delito por medio de otro del que se sirve como instrumento”* (primer inciso).

“si la ley requiere ciertas cualidades personales o que se haya obrado en determinadas circunstancias de carácter subjetivo, será necesario y suficiente que dichas cualidades o circunstancia concurren en el autor mediato.”

Esta forma de autoría ya no cabe sustentarla sobre el dominio de la acción, en donde la conducta del ejecutor se apoya en el correspondiente tipo legal y es absorbida por los elementos de este, en esta hace falta la ejecución del que se considera autor, y no como lo manifiesta Francisco Carrasco, en el Código Penal comentado al decir que el autor mediato *“es quien en realidad ejecuta el delito...”*⁸⁶, la figura central se fundamenta en esta forma por medio del dominio de la voluntad del instrumento, precisamente por falta de ejecución personal por parte del sujeto detrás llamado autor mediato⁸⁷.

El autor mediato realiza el hecho antijurídico por medio del instrumento (Bustos. Manual...Pág.285) o sujeto de delante, y éste es quien lo ejecuta, quien concreta la acción.⁸⁸

Esta autoría se puede manifestar en una serie innumerable de supuestos, por la naturaleza del presente trabajo, se van a tocar los supuestos rectores cuyas proposiciones fundamentadoras operan igual para supuestos similares.

Estos supuestos rectores de la autoría mediata son tres (Roxin Pág.164), a saber:
1-dominio del hecho a raíz de una presión significativa motivadora, convirtiendo al ejecutor directo en no libre, trazando así la dirección y objetivización del suceso;

⁸⁶ Carrasco. Francisco Moreno y otros. Código Penal Comentado. CNJ-CSJ. Pág.234

⁸⁷ Donna. Edgardo Alberto. Concepto de Autor y La Teoría de los Aparatos de Poder de Roxin. Nuevas Formulaciones en las Ciencias Penales.2004. Argentina. Pág.297.

⁸⁸ En la doctrina al autor mediato se le domina “sujeto de detrás”,y al ejecutor “instrumento o Agente”

2-dominio del hecho por parte del sujeto de detrás en razón de un error que sufre el ejecutor directo, en donde el conocimiento superior de aquel se vuelve el elemento configurador del suceso;

3-dominio del hecho en virtud de que el sujeto de detrás dispone de un aparato organizado de poder, al cual se supedita el ejecutor directo.

En estos supuestos, el sujeto de detrás rige el suceso, dominando la voluntad del instrumento o sujeto de delante, como se manifiesta, usando la coacción, valiéndose del error,⁸⁹ o del aparato de poder organizado al que esta sometido el ejecutor directo, es presupuesto en esta clase de autoría, la relación autor mediato e instrumento,⁹⁰ en estos supuestos el dominio de la voluntad se vierte como criterio fundamentador de la figura central, es decir, del autor mediato. Jacobs maneja los primeros supuestos como una conexión entre el defecto del instrumento y el hecho como producto de la configuración del autor mediato.(Pág.765)

2.3.1- Dominio de la voluntad en virtud de la coacción.

Abordaremos el supuesto más importante, a partir del cual se fundamentan similares supuestos, esto es, el estado de necesidad coactivo, en este ambos sujetos poseen el dominio del hecho, ambos son autores, el primero como lo afirma Roxin⁹¹, en razón de su ejecutar directo y el otro por que tiene en sus manos la voluntad del otro, hay una plena autoría doble, como también lo manifiesta Roxin, es así que el poder sobre la voluntad del de detrás, enciende la ejecución directa del de adelante, dirigiéndola, y moldeándolo, es así que coaccionado y coaccionante tienen el dominio sobre el hecho, pero ¿que es lo que permite que el sujeto de detrás domine la voluntad del sujeto de delante, convirtiéndolo en la figura central?, pues no es la mera influencia psíquica, el inductor y el cómplice también influyen, si no más bien, la coacción que ejerce el sujeto

⁸⁹ Matilde Bruera. Autoría y Dominio de la Voluntad a través de los Aparatos Organizados de Poder. Nuevas formulaciones...Pág.291

⁹⁰ Vélez. Federico Estrada. Derecho Penal Parte General.2ª Ed. Editorial Temis S.A. Bogota Colombia.1980.

⁹¹ Roxin. Pág.165; en igual sentido Jacobs. Pág. 764

de detrás que no permite ser al agente, un agente libre, aunque se requiere de éste por lo menos una resistencia mínima, pero esta es una solución más bien legal⁹² en la medida en que opera el principio de responsabilidad para el ejecutor directo, a razón de art. 27 No.6 Pn., pues la responsabilidad de éste se ve desplazada y ubicada en el sujeto de detrás, aquel en virtud de la coacción se considera sin responsabilidad por el legislador, y éste por la necesidad coactiva creada por él mismo se le hace recaer la responsabilidad penal.

Es condición que la presión sobre el ejecutor sea irresistible,⁹³ y esto es lo que permite al sujeto de detrás convertirse en la figura central: *“de ahí se sostiene el resultado de que aquel que simplemente ejerce sobre el agente directo influencia más o menos intensa no tiene el dominio en sentido jurídico, por que se mantiene la responsabilidad en el ejecutor”*.Roxin⁹⁴

Pero quien influye en otro de manera que éste de *iure* se ve exonerado de responsabilidad, ha de considerársele titular del dominio de la voluntad⁹⁵. Así pues en el estado de necesidad coactivo el sujeto de detrás ha de ser considerado... como señor del hecho y autor mediato.

Como podemos percibir el dominio de la voluntad se fundamenta en una coacción proyectada por el sujeto de detrás, hacia el sujeto de delante, sin que este pueda resistirse, potenciando la exclusión de culpabilidad contenida en el art. 27 no.6 Pn.

La coacción no es el único supuesto de necesidad, hay otros semejantes en que el sujeto crea la necesidad, por lo que todos los supuestos en los que el sujeto de detrás cree una situación de necesidad, y el sujeto de delante se vea exonerado por el ordenamiento jurídico, habrá que fundamentarse el dominio de la voluntad y por lo tanto la autoría mediata⁹⁶.

⁹² Roxin. Pág.169

⁹³ Ramírez. Bustos. Manual...Pág.287

⁹⁴ Pág.170

⁹⁵ Donna. Nuevas Formulaciones...Pág.304

⁹⁶ Roxin. Op. Cit. Pág.189

La cuestión de si existe autor de detrás del autor prácticamente ya ha sido resuelta, como vimos ,por una parte se puede ser autor culpable como inculpable, y en los casos de estado de necesidad coactivo, la autoría se puede fundamentar en un mismo hecho en virtud de criterios divergentes, en uno por el dominio sobre la voluntad del ejecutor, y en éste otro por su actuación directa, lo que varía lógicamente en estos casos, es que en el primero las condiciones de responsabilidad están completas, mientras que en el segundo es irresponsable, pero ambos son autores, y siendo uno irresponsable el autor mediato se vuelve la figura central del suceso, con relevancia penal, el otro es el centro del suceso pero sin relevancia penal(Roxin. Pág.165), en igual sentido Jacobs afirma que:”*También como instrumento de un autor mediato, el ejecutor continúa siendo autor por su parte, ya que quien comete por si mismo siempre es plenamente responsable, según la decisión de la ley, aún cuando el autor mediato sea responsable prevalentemente*”. (Pág. 765)

2.3.2 - Dominio de la voluntad a raíz de un error.

En los supuestos que proceden el instrumento obra con el desconocimiento de algún aspecto del suceso típico, el error puede empezar a perfilarse a nivel de tipicidad, y no a nivel de acción como algunos autores consideran⁹⁷, ya que no habiendo acción por parte del instrumento, mal haríamos en decir que otro se vale de el para ejecutar un hecho, pues no hay ejecución sin acción, ya que la ejecución es parte de la acción, y habiendo cualquier tipo de error sobre la acción esta queda excluida, y por lo tanto no hay instrumento ejecutor, como lo implica la autoría mediata⁹⁸

⁹⁷ Carrasco. Op. Cit. Pág.135.

2.3.2.1- A nivel de tipicidad

2.3.2.1.1 Ejecutor directo obra sin dolo y sin culpa.

En estos supuestos el instrumento se encuentra bajo el supuesto del Art.28 inciso primero, específicamente el error invencible sobre el elemento subjetivo del tipo.

El ejemplo es el siguiente. “A” le pide a “B” que le traiga un bolso que se encuentra en una oficina, “B” se lo trae ignorando que no le pertenece a “A”.

En este tipo de error el instrumento es completamente, un ignorante de la situación, por lo que no tiene dominio sobre la situación⁹⁹, es más el sujeto de detrás solo lo utiliza como una mera condición, el dominio que tiene el autor mediato es de carácter directo, y no es un dominio sobre su voluntad “*sino sobre la inclusión de su conducta al proceso causal que genera la lesión del bien jurídico*”¹⁰⁰, aquí no hay dominio de la voluntad si no un dominio inmediato sobre la conducta inconciente del instrumento.

Pero ¿ como fundamenta la autoría en estos casos? , mediante los factores:

1º Por medio del conocimiento superior del autor mediato.

2º Intervención final del sujeto de detrás vinculado a todos los factores que producen el tipo, encaminados a la producción del resultado. Ya que esto hace que el curso causal dependa de sus manos, teniendo un dominio final (Roxin Pág.195)

Por lo que aquel que, valiéndose de otro que actúa fortuitamente, y hace subsumir su conducta, como elemento de toda una serie de situaciones, entrelazadas para generar un resultado ilícito, con pleno conocimiento de ellos, posee el dominio del instrumento.

Ahora bien la condición debe de ser conectada de forma inmediata respecto del resultado, esto es materialmente, no basta una conexión meramente psicológica, “*todo aquel que ante un sujeto actuante sin dolo e inculpable, a sabiendas de la situación,*

⁹⁸ Donna. Nuevas Formulaciones...Pág.302.

⁹⁹ Bustos. Manual...Pág. 286

¹⁰⁰ Roxin. Op. Cit.Pág.197

aporta conscientemente una condición del resultado, es titular del dominio de la voluntad y por tanto autor.”¹⁰¹

La exclusión de la responsabilidad penal del instrumento se enraíza en el Art. 4 inciso primero Pn. Sin embargo para el legislador es indiferente que el ejecutor haya obrado de forma evitable o inevitable. De cualquier forma hay autoría mediata.¹⁰²

2.3.2.1.2 Ejecutor obra con imprudencia conciente.

La cuestión que se plantea en este supuesto es ¿Cabe establecerse el dominio del hecho si el ejecutor directo advierte la realización del resultado típico?¹⁰³ Esto se plantea ya que si el ejecutor entreve el resultado posible y tiene conciencia de el, tiene en sus manos la propia concreción del mismo, ¿Cómo pues habría un dominio final del sujeto de detrás? lo medular para llegar a la solución es ¹⁰⁴¿Cómo debe ser la finalidad para que configure el suceso? ya que el que el instrumento se represente, consiente o no el resultado no es fundamentador del dominio del hecho, lo determinante es que independientemente de la concepción acerca del resultado por parte de la gente, el suceso es configurado y maleado por el sujeto de detrás en la medida en que este se lo proyecte como concreto, gracias a su forma de actuar “*se es autor mediato si valiéndose de un instrumento ejecutor imprudente conciente se aporta una condición al resultado*”¹⁰⁵. La razón es que el titulo de imprudencia no desplaza el dominio final antes lo afirma¹⁰⁶, precisamente si el ejecutor actuó con imprudencia fue para ajustarse al plan del sujeto de detrás, por lo que no se exime de responsabilidad, es su impericia configurada por otro y que estaba obligado , no obstante el sujeto de detrás a superar manteniendo el deber de cuidado, estamos en este caso ante un autor de detrás del autor,

¹⁰¹ Op Cit p 200

¹⁰² Jacobs. Op. Cit. Pág.768

¹⁰³ Roxin. Pág.203

¹⁰⁴ Ibidem. Pág.212

¹⁰⁵ Ibidem. Pág.201

¹⁰⁶ Ibidem. Pág.201

por su puesto que este bajo la fuente de imputación imprudente, según el artículo 18 inciso final Pn.

Hasta lo visto aquí tenemos como resultado un dominio de instrumento que obedece a dos modalidades distintas.

- Por una parte una autoría mediata sustentada en la coacción donde el sujeto de detrás domina la voluntad del ejecutor y éste a la vez guía y domina el resultado típico, de forma final.

- Por otra una autoría mediata fundada en una única voluntad rectora y configuradora del suceso que reside en el sujeto de detrás, mientras que el ejecutor es un factor incluido en el dominio de aquel¹⁰⁷.

“Así pues, - como lo indica Roxin- *coexiste el dominio de la voluntad en virtud de coacción y el dominio de la voluntad en virtud de finalidad rectora del curso del hecho*”, (Pág.203) .claro que bajo el criterio del dominio del instrumento.

2.3.2.2- A nivel de antijuricidad

2.3.2.2.1 El ejecutor obra con error de prohibición directo

El conocimiento de la antijuricidad puede ser formal y material, son dos facetas de conciencia, que se requieren para que el sujeto obre con plena ilicitud, constituye la parte subjetiva de la ilicitud del hecho, y a la vez representan grados de conocimiento, así pues, la antijuricidad formal, consiste en la contradicción que se suscita entre la norma penal y la conducta del infractor, de tal manera que el conocimiento formal de la antijuricidad consiste en el conocimiento por parte del sujeto de la existencia de una norma prohibitiva.¹⁰⁸

La antijuricidad material consiste en la contradicción entre la conducta del infractor con la norma y la razón por la cual la norma ha sido configurada, esto es, el

¹⁰⁷ Ibidem. Pág.203

bien jurídico siendo la esencia de la antijuricidad. La antijuricidad material conforma una lesión o puesta en peligro del bien jurídico, que es la razón de protección de la norma penal, el bien jurídico tiene una significación social y una valoración social lo que acarrea su protección penal mediante la norma, es así que el conocimiento de la antijuricidad material es la consciencia de la significación social de la norma, se sabe por que es que una norma protege un bien jurídico, y que significa su protección para la sociedad, ahora bien el desconocimiento sobre estos aspectos de la antijuricidad genera un error de prohibición directo, atendiendo lo anterior puede ser formal o material, el error de prohibición directo formal se basa en el desconocimiento de la norma prohibitiva y el material en el desconocimiento de la significación social de la vulneración de la norma, o el significado social de protección.

Pero, que tiene que ver lo anterior con la autoría mediata. Como vimos el dominio de la voluntad, ha observado dos modalidades basado en coacción y en una voluntad rectora del curso de ésta , Como se ha venido desarrollando , se basa en un mayor conocimiento por parte del sujeto de detrás, con respecto al instrumento, lo que permite encausar a éste, de tal manera que ejecute el resultado del suceso. A nivel de antijuricidad, la situación es igual y se mantiene la voluntad configuradora¹⁰⁹ en razón de un mayor conocimiento o su predeterminación, ”*dominio superior*” lo llama Bustos Ramírez.¹¹⁰

Sustentados en el conocimiento de la antijuricidad tenemos dos grados de consciencia o conocimiento, así:

El primero grado de conocimiento lo constituye la conciencia acerca de la antijuricidad formal, es decir, el saber que existe una norma penal de carácter prohibitivo.

¹⁰⁸ Muñoz Conde. Teoría...Pág.401

¹⁰⁹ A. Bertoni. Eduardo. Autoría y Participación .Serie Justicia y Estado de Derecho. Fundación Myrna Mack. Guatemala.1998.

¹¹⁰ Op. Cit. Pág.287

El segundo grado de conocimiento opera sobre la base de la antijuricidad material, se sabe la razón por la cual se ha configurado la norma, porque protege determinado bien, socialmente reconocido.

El caso académico del instrumento que obra con error de prohibición directo formal es el siguiente:

María viene de una región de Europa donde es permitido el aborto, entabla una relación marital con un salvadoreño, éste la embaraza, y le pide que aborte, manifestándole que aquí tampoco esta prohibido el aborto cuando en realidad sabe que sí, Maria engañada aborta. En este caso el sujeto induce a error a la mujer, y aprovechándose de tal error genera el resultado, pues el posee el dominio de primer grado, conoce la antijuricidad formal y la hace prevalecer sobre el error de prohibición directo formal¹¹¹, el dominio de la voluntad se ancla, en éste caso en un grado superior del conocimiento, lo que hace regir el desarrollo del acontecimiento típico, de igual forma opera si el instrumento tiene un conocimiento de primer grado, para fundamentar la autoría del sujeto de detrás se requiere un grado mayor de conciencia, en este caso sería el segundo grado de conocimiento; Roxin estima al respecto: *“afirmo que si el ejecutor directo sólo tiene el dominio del hecho de primer grado, pero el sujeto de detrás tiene el de segundo grado, se da un presupuesto de autoría mediata”*¹¹² es en este supuesto donde se llega a una configuración del hecho con pleno sentido, pues se tiene un conocimiento acabado de la constitución de la norma prohibitiva.¹¹³

Es la supradeterminación del sujeto de detrás, apoyada en el error de ejecutor directo lo que hace viable y permite construir y fundamentar la autoría mediata¹¹⁴

Cabe decir que si convergen en igual grado de conocimiento los sujetos, se desplaza la autoría mediata y se fundamenta la participación.¹¹⁵

¹¹¹ Roxin. Op, Cit.Pág.221

¹¹² Ibidem. Pág.222

¹¹³ Donna. Nuevas Formulaciones...Pág.305

¹¹⁴ Jacobs. Op. Cit.Pag,768

¹¹⁵ Roxin. Op. Cit. Pág.221.

2.3.2.2.2 El ejecutor obra con error de prohibición indirecto

El error de prohibición directo no agota los presupuestos a nivel de antijuricidad donde puede aferrarse la autoría mediata, también hay que fundamentarla sobre el error de prohibición indirecto, ya en los elementos cofiguradores de las causas de justificación.¹¹⁶

Las ideas rectoras que operan en el error directo, pueden predicarse aquí, claro que con las peculiaridades de las causas de justificación. Las causas de justificación están consideradas en el art. 27 N° 1,2 y 3 pn. Y como lo dispone el art. 28 inc 2 primera parte pn. El error indirecto invencible exonera de responsabilidad penal¹¹⁷, si es vencible solo se atenúa con forme al art. 69 pn. ¿Cómo opera esto? Las causas de justificación todas se componen de un elemento objetivo y un elemento subjetivo. El elemento objetivo de las causas de justificación, lo constituye la situación típica justificante, es decir el hecho real, que se acopla al N° 1,2 o 3 del art. 27 pn.

El elemento subjetivo se configura por el conocimiento y la voluntad del sujeto de actuar amparado por el derecho o justificado por el art. 27 1,2 y 3. La falta de cualquiera de estos dos supuestos trae como consecuencia que el hecho sea ilícito¹¹⁸, a falta de uno de estos dos elementos se genera error, si hay error en el elemento subjetivo, es porque el sujeto no quiso actuar conforme a derecho pero el resultado de su acción es amparado por el derecho. Si el error se genera en el elemento objetivo, el sujeto quiso actuar conforme a derecho pero el resultado de su acción es ilícita.¹¹⁹

Si opera una causa de justificación, es porque los elementos (objetivos-subjetivos) se dan todos, pues ya sea uno y otro error para fundamentar la autoría mediata, el sujeto de detrás ha de saber o conocer a cabalidad los presupuestos de las causas de justificación y configurar el suceso apoyado en el sujeto que sufre el error, el dominio de la voluntad, se arraiga en la supradeterminación, mediante el cual el sujeto

¹¹⁶ Jacobs.Op.Cit.Pag.775

¹¹⁷ Bustos. Op. Cit. Pág.287

¹¹⁸ Muñoz Conde. Op. Cit. Pág.330

de detrás valiéndose del error de prohibición indirecto – ya sea objetivo o subjetivo – con que actúa el ejecutor lleva el suceso a su construcción final típica ¹²⁰ verbigracia:

2.3.2.2.2.1 Error en el elemento objetivo:

“A” le manifiesta a “B”, que “C” lo estará esperando cerca de su casa para matarlo, - “A” sabe que “C” su enemigo andará cerca de la casa de “B”, pero no para matarlo – “B” prepara su arma y al estar cerca de su casa se percata de la presencia de “C” y le encesta siete disparos creyendo cierto lo manifestado por “A”.

“B” realiza perfectamente al plan trazado por “A”, en virtud de un conocimiento más acabado de la antijuricidad y subsume mediante error a “B”, se consuma la voluntad de “A” como consecuencia del error que sufre en relación al hecho objetivo.

2.3.2.2.2.2 Error en el elemento subjetivo.

“A” esta decidido a matar a “B” su enemigo la próxima vez que lo vea, - ya que ambos son enemigos a muerte - “C” enemigo de “A”, y sabedor de sus intenciones. sabe que “B” solo procurara no tener contacto con “A” si le dice este que lo quiere matar ,pero logra la determinación en “B” de matar a “A”, sin comunicarle que “A” ya tomo la resolución de matarlo , y “B” mata a “A” en su primer contacto con él, comete un hecho antijurídico ya que no sabe y no tiene la voluntad de defenderse de “A”, defensa que en realidad opera, pero toda esta situación ha sido fraguada por “C”, quien dirige el curso del acontecimiento apoyado en su mayor conocimiento y logra concretar el resultado propuesto debido a su supradeterminacion rectora.

Pero la autoría mediata también opera ahí donde hay un exceso en la justificación por lo tanto el hecho del instrumento es antijurídico. ¹²¹

¹¹⁹ Ibidem. Pág.330

¹²⁰ Jacobs sostiene que hay autoría mediata en pueda remitirse a la responsabilidad predominante del autor mediato. Pág.779

2.3.2.2.3 Ejecutor actúa lícitamente

El instrumento realiza una acción que esta amparada por el ordenamiento jurídico¹²², por supuesto cree que actúa de forma lícita no obstante desconocer el verdadero trasfondo de su actuación, como consecuencia de falsa información vertida por el no ejecutor,¹²³ el instrumento obra por su parte de forma libre aunque engañado, el ejemplo más representativo es el del juez que al dictar sentencia fundada en evidencia falsa introducida al proceso por una parte, pues él no ejecutor tiene el dominio del instrumento en razón de su supraformación que orienta el desarrollo del acontecimiento, hacia el resultado, es un instrumento ciego en manos del sujeto de detrás¹²⁴, lo determinante en este supuesto es que “*el sujeto inmediato realiza el tipo legal respectivo, pero no un injusto, en virtud de una causa de justificación*”¹²⁵, en otras palabras: la autoría aquí tiene su basamento en la interrupción de la imputación por la justificación del ejecutor¹²⁶

2.3.2.3- A nivel de culpabilidad:

2.3.2.3.1 Ejecutor actúa con error sobre los presupuestos de la culpabilidad.

Nos referimos aquí, a las causas de inculpabilidad separándolas por supuestos de estados de coacción cuyas ideas han sido desarrolladas antes.

Se ha venido displayando una modalidad del dominio de la voluntad basada en la supradeterminación en una mayor comprensión de las circunstancias que rodean el

¹²¹ Jacobs Op. Cit. Pág. 776

¹²² Bacigalupo. Enrique. Lineamientos de la Teoría general del Delito. Pág.174; Donna. Nuevas formulaciones...Pág.303

¹²³ Jacobs lo entiende como la organización del hombre de detrás. Pág. 770

¹²⁴ Roxin Op. Cit. Pág.255

¹²⁵ Bustos Op. Cit. Pág. 286

¹²⁶ Jacobs Op. Cit. Pág.772

suceso, las cuales se proyectan en la calificación categórica del mismo, que es percibida de modo restringido por el ejecutor directo.

Ya en el plano de la culpabilidad el hecho requiere que el sujeto tenga una significación social de su conducta, pues es evidente que tal valoración incide, como lo sostiene Roxin en la valoración de enjuiciamiento del hecho ¹²⁷

Como se va percibiendo el sujeto que mayores datos posee del suceso, es el que lo orienta, esto es así, ya que conoce más su significado, lo que le permite dominarlo, aquel que percibe los presupuestos y condiciones de la culpabilidad del hecho, capta más ampliamente su actuar, que aquel que solo posee el primer y segundo grado de conocimiento. En los supuestos en los que sujeto de detrás trasciende el segundo grado de conocimiento por parte de sujeto de delante, conociendo los supuestos de culpabilidad hay que afianzar el dominio de la voluntad. Por eso, es señor del hecho de tercer grado y autor mediato ¹²⁸.

El conocimiento de tercer grado supone el conocimiento de la culpabilidad o las condiciones de reprochabilidad que rodean el hecho. Esa cognición más amplia permite ubicar al de detrás en el eje determinante de la acción. “*el plus de dirección con sentido impele al sujeto de detrás al centro del acontecer delictivo para un enjuiciamiento que capte el significado del suceso*”¹²⁹. Esto es la figura con potestad supradeterminadora a cuyos pies se cierne la acción, quien tiene potestad sobre la inculpabilidad del ejecutor del hecho, posee un “*dominio superior*”¹³⁰

2.3.2.3.2 ***El ejecutor culpable:***

En este apartado el ejecutor directo realiza una acción típica antijurídica y culpable, es decir, comete un delito, pero es necesario que sufra un error que es el que permite que se configure una relación de autoría mediata culpable, que objetiviza el suceso por

¹²⁷ Op. Cit. Pág.234

¹²⁸ Roxin.Op.Cit.Pág.234

¹²⁹ Roxin op cit Pág.235

medio de un instrumento igualmente culpable, siguiendo la idea de Roxin estos supuestos son ¹³¹:

1. Error sobre el sentido concreto de la acción.
2. Error sobre el riesgo, suscitado a raíz de una conducta culpable con representación.

2.3.2.3.2.1 Error sobre el sentido concreto de la acción.

Este tipo de error abarca diversas clases de supuestos, estos son:

2.3.2.3.2.1.1 Error en la persona:

Se crea aquí un error en persona deliberado, sobre la resolución de delinquir deliberada del instrumento, afectándose el resultado ideado por este.

“A” esta esperando a “B” para matarlo, siendo ya oscuro en “X” lugar, “C” esta con “A” y al ver “C” que su enemigo “D” se aproxima, insta a “A”, para que le dispare, lo que así hace matando a “D”, conforme lo planeo “C”.

También se puede prescindir de la relación psíquica entre “A” y “C”, pero este último enterado del plan de aquel puede hacer que “D” pase, produciéndose así un error en A”, impidiendo también la presencia de “B”.

2.3.2.3.2.1.2 Error sobre las condiciones que impulsan el cometimiento de la acción.

El ejecutor realiza su plan sobre la base del error esto es, sobre datos falsos que lo motivan a la realización de su actuar criminal.

“A” le manifiesta a “B” que “C” acosa a su hermana, “A” sabe que “B” protege demasiado a su hermana, “A” lo hace para que “B” le propine una paliza a “C”, como efectivamente así pasa. (Siendo que “C” nunca acoso a la hermana de “B”)

¹³⁰ Jacobs. Pág.777

También puede ocurrir que “A” pretenda que “C” se defienda legítimamente de “B” y éste último sea agredido conforme a lo planeado por “A”.

Roxin establece un tercer supuesto, que es el error sobre el presupuesto de la cualificación¹³², donde el ejecutor directo desconoce situaciones del hecho que de conocerla su acción se cualificará, sin embargo esa situación puede ocurrir en cualquiera de los presupuestos anteriores, siempre y cuando el sujeto de atrás domine la situación y se aproveche del actuar del ejecutor directo merced de su error, ya que es una consecuencia lógica del artículo 67 Pn.

“A” es hermano de “B”, éste espera a “C” para matarlo – “A” odia a su progenitor y planea matarlo “A” hace pasar a su progenitor en ese momento y lugar determinado (también es padre de “B” pero este no le desea la muerte), cuando va pasando el progenitor, este le hace creer a “B” que es “C” y lo mata. En este supuesto “A” es autor mediato de homicidio agravado en tanto que “B” por su error es autor directo de homicidio simple. A esta conclusión se llega si se aplica la teoría del conocimiento conforme al art. 67 pn.

2.3.2.3.2.1 El cuarto grado de conocimiento

En estos supuestos el ejecutor obra de forma libre en sus decisiones y en su voluntad, pues el señor de la realización del tipo es el ejecutor, el cual obra con conocimiento de tercer grado, es decir, de la reprobabilidad de la acción, según Roxin puede darse una supradeterminación fundamentadora de dominio con respecto al resultado no querido por el ejecutor.

En el primer supuesto para el legislador, el hecho del ejecutor es de la misma forma reprochable; la misma validez tiene la vida de una persona que la de otra persona, y en nada afecta tal error en la realización del tipo, y como lo afirma Roxin es igual el reproche, pero esas consideraciones no tienen incidencia ya en relación a la autoría

¹³¹ . Roxin op cit Pág.235; Jacobs va en contra de la plena responsabilidad del instrumento, pero al contrario, sostiene que el autor mediato puede obrar de modo no plenamente delictivo,; si ambos son autores pueden ser también culpables!

mediata, pues lo determinante en ella es el dominio sobre el instrumento; es el plan del sujeto de atrás el que se fraguó, el resultado que se proyectó es el que se generó, valiéndose de la ceguera del ejecutor, ubicándose así ambos en el óbice del suceso, uno por su ejecución aunque no querida y el otro por su mayor conocimiento, de carácter objetivo respecto la de acción, concretando su fin y realizando su voluntad, en un resultado que no cabe duda que es solo suyo.

El segundo grupo de supuestos, sigue la misma línea de solución que el primero, solo que aquí sobre la base de los presupuestos determinantes de la acción, ya que son los que generan y hacen decidir al ejecutor cometer la acción penal, a la que sin él no se habría llegado¹³³.

El sujeto de detrás conoce de cierto el sentido de la acción, conocimiento que no posee el sujeto de delante, este error ha de versar siempre sobre información falsa que no se refiere al sentido de la acción, o simplemente ideas que vedan el conocimiento del sentido de la acción¹³⁴.

De tal manera que si un sujeto vierte un engaño que oculta el sentido de la acción, haciendo que el instrumento a raíz de tal error cometa un crimen en otra persona, o esta lo agrede en virtud de su acción errada tiene el dominio del instrumento siendo autor mediato, como lo manifiesta Roxin¹³⁵:

“Si un sujeto sirviéndose de un error sobre el sentido de la acción concreta, ocasiona que otro ataque a un tercero para que este lesione o incluso mate en legítima defensa al agresor, existe autoría mediata con ayuda de dos instrumentos (uno que yerra y otro que se ve forzado)” por supuesto que como antes se mencionó no solo el tercero puede agredir o defenderse, sino el que yerra también al tercero, en el mismo sentido lo concibe Jacobs¹³⁶.

¹³² . Roxin Op Cit Pág.236

¹³³ . Roxin Op Cit Pág.241

¹³⁴ . Roxin Op Cit Pág.242; Jacobs. Op. Cit. Pág.774

¹³⁵ Ibidem. Pág.243

¹³⁶ Op. Cit. Pág.774

2.3.2.3.2.2 Error sobre el riesgo.

El ejecutor en este caso realiza la acción proyectándose en la mente la probabilidad que el resultado de su accionar no se producirá, pero esa concepción psíquica se origina a raíz de un engaño o error, provocado por el sujeto de detrás el cual posee un mayor conocimiento acerca del resultado, lo vislumbra con acierto y se encuentra seguro de su acaecimiento.

La determinación entre dolo eventual y culpa con representación, es intrascendente en éste aspecto en nuestro ordenamiento, ha de resolverse de acuerdo a la teoría del asentimiento y de la teoría de la imputación objetiva, pero eso queda fuera de lo aquí tratado, lo relevante es fundamentar la autoría mediata por medio del error y el papel que debe tener este para tal efecto.

El error imprimido por el sujeto de detrás debe ser causal del resultado, esto es de saber el ejecutor lo que sabe el no ejecutor no habría actuado y por lo tanto no habría resultado.

Si el ejecutor no obstante el engaño del sujeto de detrás esta determinado a actuar de todos modos el error es entonces intrascendente al decir de Roxin “*de entrada quedan descartadas del ámbito de la autoría mediata todos los casos en que el sujeto de delante no habría obrado de modo distinto de haber tenido el mismo conocimiento que el sujeto de detrás*”¹³⁷, y es la razón de que por el engaño deja de tener eficacia generadora del acontecer, no habría surtido efecto en el acontecer global.

En cuanto al mayor conocimiento del sujeto de detrás cuando este se vuelve causa posee una condición que le permite configurar el suceso a su antojo, dominando ciertamente el sujeto ejecutor, entonces hay supradeterminación y por tanto autoría mediata, Roxin lo resume de la siguiente manera “*donde el engaño sobre la probabilidad que de se produzca el resultado sea causal para la decisión del agente, o donde el conocimiento del riesgo real le habría hecho abstenerse del hecho, la creación*

¹³⁷ . Roxin Op Cit Pág. 246

*o el aprovechamiento de ese error fundamentó la autoría mediata del no ejecutor los errores sobre el riesgo del agente que sea irrelevante para su decisión hacen desaparecer la cooperación del sujeto de detrás como cooperación. Otro tanto ocurre cuando ambos sufren el mismo error”.*¹³⁸

En otras palabras, si el engaño no surte efecto que modifique la conducta del ejecutor, ya que éste ya estaba predeterminado a causar el resultado no hay autoría mediata; si ambos sujetos se proyectan con semejante entidad la probabilidad de la producción del resultado, no hay supraconfiguración del suceso, por ende, tampoco autoría mediata solo participación.

2.3.2.3.2.3 El ejecutor es menor de edad

Los menores de edad están sometidos a una reacción penal relativa, no se les enjuicia conforme al código penal, pero sí de acuerdo a la ley penal juvenil, no obstante las figuras penales que se les aplica son las mismas figuras del código penal y la construcción de su acción se le hace a partir de la teoría general del delito hasta el nivel de antijuricidad ya que en ellos (los menores) siempre operan una causa de inimputabilidad, que es la minoría de edad¹³⁹, lo que no les permite ser culpables de un injusto penal, ópera entonces la ley penal juvenil, que retoma la antijuricidad, presupuesto de cuyo seno inicia la autoría, la que hay que construir, claro que con las limitaciones del conocimiento de la culpabilidad, pues de acuerdo a las consideraciones apuntadas no cabría la autoría mediata de un menor pasado en el cuarto grado de conocimiento, pues si es imputable no se le requiere el conocimiento de la culpabilidad. Teniendo en cuenta la limitación categorial de la minoría de edad, podemos afirmar que los menores pueden ser autores pero siempre inculpables¹⁴⁰.

¹³⁸ Ibidem. Pág.247...

¹³⁹ Bustos. Op. Cit. Pág.287

¹⁴⁰ Ibidem. Pág. 287

En cuanto a la autoría mediata teniendo como instrumento a un menor, operan las ideas básicas antes expuestas¹⁴¹ y las dos modalidades desarrolladas del dominio del instrumento son aplicables aquí con las limitaciones que impone la inculpabilidad por minoría de edad. Entonces se instrumentaliza los inimputables por coacción o por supraconfiguración del acontecer según sea el supuesto.

Así como rige la autoría, también la participación, como es de carácter accesorio encuentra asidero la misma siempre será participación inculpable si el interviniente es menor, en tanto que también puede haber participación culpable anexa a autoría inimputable¹⁴².

2.3.3- Dominio de la Voluntad en Virtud de Estructuras Organizadas de Poder.

La tesis de Roxin

Con la modalidades anteriores del dominio de la voluntad del instrumento no quedan agotadas los supuestos de autoría mediata¹⁴³, Roxin desarrolla una tercera modalidad que resurge como necesidad después de la posguerra, opera más que todo en crímenes de guerra y genocidio¹⁴⁴, donde existe la necesidad de juzgar crímenes cometidos por sujetos que tienen en sus manos la disposición de toda una maquinaria organizativa¹⁴⁵, la cual articulan y la hacen funcionar para concretar sus planes delictivos, siendo que los ejecutores directos, actúan de carácter libre y fungible, es decir, susceptibles de ser cambiados de no obedecer las órdenes que se les han impartido, y es que como lo apunta Roxin, los barenos individuales, esto es, personales de enjuiciamiento ya no dan cuenta de estos casos; La autoría mediata según Roxin se

¹⁴¹ Roxin Op Cit Pág. 257

¹⁴² Bustos. Op, Cit, Pág. 287

¹⁴³ Donna. Nuevas Formulaciones...Pág.309

¹⁴⁴ Lascano. Carlos Julio. Teoría de los Aparatos Organizados de Poder y Delitos Empresariales. Nuevas Formulaciones...Pág. 351

¹⁴⁵ García Vitor. Enrique. La Tesis del Dominio del Hecho a través de los aparatos Organizados de Poder. Nuevas Formulaciones...Pág. 329; Lascano. Op. Cit. Pág. 350.

fundamenta en la fungibilidad del ejecutor, se considera que no es así, ya que el poder de dirección del sujeto de detrás aquí reside en lo pactado que le imprime la máquina puesta a su disposición, de cuyo factor depende concretar sus crímenes, la fungibilidad sólo es una consecuencia que vuelve prescindible al ejecutor a raíz de semejante engranaje de imperium lo que constituye una cadena¹⁴⁶, de la cual, cada eslabón puede constituir un autor y así hacer una cadena de autor de detrás del autor¹⁴⁷.

La organización de poder se puede encarnar en el propio Estado, cuando los que ostentan el poder usan las instituciones como medio de represión y para mantener su poder, claro que nos situamos al margen de un estado de derecho¹⁴⁸.

El otro caso es de la organización que se oculta dentro del Estado, teniendo el carácter de clandestina, "*Estados dentro del Estado*", como dice Roxin¹⁴⁹, por lo que se genera una relación de contradicción entre ambas entidades con las consecuencias que ello conlleva.

De todos modos se debe observar en la organización la esquematización que ostenta la jerarquía de sus dirigentes y la fungibilidad de los ejecutores y el accionar en contra de la ley, condiciones que hay que observar para estimar una organización estructurada y fundar así el dominio del instrumento.

Esta tesis ha sido acogida por parte de la doctrina, pero también ha sido objeto de innumerables críticas, lo cierto es, que es objeto de discusión y se ha aplicado en innumerables casos en diversos Estados, tanto Europeos como Latinoamericanos¹⁵⁰.

Las organizaciones criminales que responden a la idea de los aparatos de poder organizados, operan al margen del marco del Derecho y "*operan desde el comienzo fuera de la ley*"¹⁵¹, se dan en los casos de "*la mafia siciliana, las formaciones terroristas (como ETA en España o IRA en Irlanda del Norte) o guerrillas con*

¹⁴⁶ Ibidem. Pág.,330

¹⁴⁷ Roxin. Op. Cit. Pág.274; Donde se excluye la participación según Lascano. Op. Cit. Pág.365

¹⁴⁸ Ibidem. Pág. 275

¹⁴⁹ Op. Cit. Pág. 276

¹⁵⁰ Matilde Bluera Autoría y Dominio de la Voluntad a través de los Aparatos Organizados de Poder Nuevas Formulaciones...Pág.267.

¹⁵¹ Lascano Op. Cit. Pág.378

*estructura jerarquizada (como el sedero luminoso en Perú o ERP en Argentina)*¹⁵² así como el FMLN en la época de guerra en El Salvador (El terrorismo de Estado, en América Latina)¹⁵³ estos rubros criminales en la doctrina responden al acápite criminal de “criminalidad organizada” en nuestro orden jurídico penal según el Art. 22 Ltr. A Pn. se denomina “**Crimen Organizado**”, el cual se pretende disolver prohibiendo el estadio de su tentativa mediante la figura típica de “**Asociación ilícita**”, y en nuestro ordenamiento como “**Agrupaciones ilícitas**” Art. 345 Pn con independencia de los delitos que se ejecuten en las mismas¹⁵⁴

El presupuesto esencial de la Autoría mediata en este caso es la existencia de una estructura de organización y un dominio proyectado en un ejecutor fungible con independencia de su aspecto subjetivo¹⁵⁵ tal organización debe observar necesariamente una contraposición al ordenamiento jurídico lo que constituye un distintivo diferenciador, junto a la fungibilidad, de los casos de coacción y de error,¹⁵⁶ generándose lo que en la doctrina se conoce como **automatización**, la esquematización para delinquir por lo que el ejecutor no tendrá porque negarse a la orden antijurídica¹⁵⁷.

La necesidad de esta modalidad y con ello su análisis surge con posterioridad a la 2º guerra mundial en el juzgamiento de los delitos de lesa humanidad.¹⁵⁸

Fue en la defensa de Eichmann donde se vislumbraron los aspectos objetivos que luego utilizaría Roxin para fundar la Teoría Dominio de la voluntad a través de los aparatos Organizados de Poder.¹⁵⁹

Así según Matilde las características de ese aparato organizado de poder tal como lo sostiene Roxin, solo puede encarnarse en el “*Estado -Organizaciones para o súper estatales, capaces de disponer recursos de los Estados, o con estrecha vinculación con*

¹⁵² Ibidem. Pág. 378

¹⁵³ Matilde de Op. Cit. Pág. 263

¹⁵⁴ Lascano Op. Cit. Pág. 378

¹⁵⁵ Lascano Op. Cit. Pág. 378

¹⁵⁶ Ibidem. Pág. 379

¹⁵⁷ Ibidem. Pág. 379 386

¹⁵⁸ Matilde Bluera Autoría y Dominio de la Voluntad a través de los Aparatos Organizados de Poder Nuevas Formulaciones... Pág. 261

¹⁵⁹ Matilde Op. Cit. Pág. 261

la organización estatal, de lo contrario no se presentaría el grado de funginilidad de los ejecutores directos”¹⁶⁰

“El BGH (Tribunal Supremo Alemán) condenó¹⁶¹ a los soldados de frontera que disparaban contra las personas que querían huir pero también a los miembros del Consejo Nacional de Defensa de La República Democrática Alemana, por ser autores mediatos por haber dado las ordenes de matar”¹⁶².

Hoy en día ha cobrado gran auge la Teoría de la autoría mediata a través de estructuras organizadas de poder,¹⁶³ tal como se manifestó; tanto que la importancia que ha generado esta teoría se desplaza hacia los fenómenos de la globalización económica, esto es los delitos económicos o empresariales, a los directivos de sociedades que emiten ordenes de cometer ilícitos penales, y a sus subalternos tanto en Alemania como en España, por lo que la estructura jerárquica no es percibida necesariamente como Estatal o paraestatal, pero si como centro de decisiones ilegales¹⁶⁴, delitos ambientales y en infracciones masivas en los derechos humanos¹⁶⁵, la verdad es que aunque en la dogmática penal se perciban barreras para aplicar este criterio de autoría mediata, un criterio que las justifique debe guardar gran semejanza con el de las organizaciones de poder por la identidad que guardan.¹⁶⁶

¹⁶⁰ Ibidem. Pág. 264

¹⁶¹ Lascano Op. Cit. Pág. 349

¹⁶² Matilde Op. Cit. Pág. 269

¹⁶³ Matilde Op. Cit. Pág. 270

¹⁶⁴ Lascano Op. Cit. Pág. 375

¹⁶⁵ Matilde Op. Cit. Pág. 270

¹⁶⁶ Lascano Op. Cit. Pág. 389

2.4. COAUTORIA.

EL DOMINIO FUNCIONAL DEL HECHO

El artículo 33 Pn, trata sobre los autores directos y coautores, y de estos establece: "*son autores... los que conjuntamente con otro u otros comete un delito*" esta disposición regula una tercera forma de autoría, en donde la realización del hecho típico es realizada de forma íntegra por la concurrencia de todos los intervinientes siendo cada uno de ellos autor pero dicha autoría se vincula a la de los demás por una relación mutua y de conocimiento de Interdependencias que cada autor posee con respecto a los demás, por lo que ya no basta fundamentar éste tipo de autoría con el dominio de la acción, ya que éste es personal, en tanto que la coautoría es pluripersonal, entraña una relación conjunta, de carácter funcional. El dominio del instrumento tampoco es explicativo respecto a la coautoría, ya que en ésta, siendo figuras centrales, los sujetos realizan por sí mismos la acción, con la aportación esencial a la concreción del hecho, falta la instrumentación de ellos y por tanto decae el dominio de instrumento.

La relación de estos intervinientes se basa en la cooperación en virtud de la cual salen adelante con la ejecución del suceso, hay una coordinación que puede permitir, mediante cada una de las conductas de los intervinientes, realizar el hecho mediante una fragmentación de aportación generándose una graduación en las diferentes conductas de diversas entidades objetivas, en razón de lo cual surge la cuestión de cómo determinar el dominio del hecho en semejante dispersión de conductas.

Siendo que la conducta de los intervinientes se basa en la cooperación, acoplándose a un plan global se desenlaza una Interdependencia entre los sujetos, hay pues una dependencia de cada uno respecto a los demás¹⁶⁷, todos se necesitan en la consecución del hecho y esto debido al rol que cada uno posee en la estructura entrelazada de sus conductas en aras de la objetivización del hecho, de tal manera que la negativa de uno de ellos en su contribución puede estancar el desarrollo del acontecer

¹⁶⁷ Op. Cit. Pág. 307

criminal¹⁶⁸, esto conlleva a establecer que cada uno como lo expresa Roxin juega una "posición clave", teniendo un dominio del hecho en conjunto con los otros, es un dominio integrado de los intervinientes, en palabras de Roxin, "*si hubiera que expresar con un lema la esencia de la coautoría..., cabría hablar de dominio del hecho funcional, esto es, determinado por la actividad, en tanto que el dominio conjunto del individuo resulta aquí de su función en el marco del plan global*"¹⁶⁹.

La aportación de los sujetos debe tener el carácter de indispensable o esencial para la realización del ilícito "*aportación esencial*" la llama Roxin.

2.4.1) *Consentimiento común como requisito de la coautoría*

Requisito necesario de la coautoría lo constituye el acuerdo común o carácter común de la decisión, pues para que el hecho se realice con concierto de todos es vital su asentimiento común, como lo que implica desde luego el conocimiento de la relación mutua¹⁷⁰ que poseen, de lo contrario, no se puede configurar la autoría¹⁷¹.

El acuerdo no es necesariamente como algunos doctrinarios mal apuntan y critican previo¹⁷² y que implique un plan preordenado con mucha anticipación, más bien el acuerdo implica el estar de acuerdo con llevar acabo el resultado delictivo, lo que puede darse incluso en la fase de ejecución¹⁷³, si un interviniente se integra con su actuar en ella, con los efectos limitados de imputación que ello conlleva, es decir, que el acuerdo no es de carácter formal y anticipado al hecho para que configure coautoría, es la conformación con la intervención para realizar el resultado, por supuesto, ello si es antes de su consumación, por lo que se considera que la denominación "teoría del acuerdo previo", es una expresión que induce a errores y críticas infundadas para el dominio del hecho.

¹⁶⁸ Roxin. Op. Cit. Pág. 307

¹⁶⁹ Roxin. Op. Cit. Pág. 308

¹⁷⁰ Jacobs. Op. Cit. Pág. 747

¹⁷¹ Roxin. Op. Cit. Pág. 314

¹⁷² Por ejemplo Fierro.

Jacobs estima que el consentimiento opera en aquellos casos en los que el dominio de configuración recaerá sobre todos los intervinientes del suceso en tanto ellos se hayan distribuido la ejecución del suceso volviéndose operativo el principio de integración de la imputación en virtud del acuerdo expreso o concluyente.¹⁷⁴

Sin embargo, el consentimiento puede ser reducido a una “*decisión de ajuste*” cuando la acción ejecutiva es realizada por uno o unos intervinientes en tanto que otros posibilitan la realización del suceso extraejecutivamente, teniendo un dominio de configuración del mismo aunque los ejecutores no lo sepan aquí la responsabilidad penal se forma por el ajuste de la decisión y la configuración del hecho.¹⁷⁵

El acuerdo representa una proyección del resultado y a la vez un marco que determina, donde empieza el exceso de los coautores, caso que trasciendan de lo idealmente trazado de forma conjunta.¹⁷⁶

El acuerdo también constituye el parámetro de regulación para los casos en que alguno o algunos cometen un error en persona, debiendo responder por él solo el que lo sufre, ya sea a título de imprudencia o dolo eventual.¹⁷⁷

De igual forma ha de resolverse si un interviniente creyendo haber terminado el hecho se sustrae de él, y otro con posterioridad lo consuma sin conocimiento de aquél, pues no hay dominio sobre lo que se ignora.¹⁷⁸

2.4.2) *Coautoría y Culpabilidad.*

La culpabilidad constituye una condición ulterior a la antijuricidad, una vez fundada esta hay que determinar si opera la coautoría en cualquiera de sus formas, y luego complementar la imputación penal con revestimiento de la culpabilidad y su

¹⁷³ Welzel. Op. Cit. Pág.129

¹⁷⁴ Op. Cit. Pág.746

¹⁷⁵ Jacobs. Op. Cit. Pág.747

¹⁷⁶ Welzel. Op. Cit. Pág.129

¹⁷⁷ Roxin. Op. Cit. Pág.315

análisis, es así que en la coautoría pueden haber intervinientes sin capacidad de culpabilidad u obrando con error de prohibición, pero siempre en calidad de coautores, y que decir de los inimputables o menores de edad, conforme a las razones antes desarrolladas su tratamiento es semejante, mediante el dominio funcional se determinan si concurren los presupuestos de la coautoría en el menor, como al margen de la culpabilidad¹⁷⁹.

2.4.3) *Título de Imputación y Coautoría.*

Los intervinientes en coautoría, son cada cual autor, y en tal motivo cada uno puede tener una posición típica particular y peculiar con respecto a los demás, y esto es por que cada quien tiene una faceta personal frente al suceso y eso permite que el título de imputación sea diferente para todos. Así el Art. 67 Pn. establece: *“Las circunstancias y cualidades que afecten la responsabilidad de alguno o algunos de los autores y partícipes, sólo se tendrá en cuenta respecto de quien concurra o respecto de quien hubiera actuado determinado por esas mismas circunstancias y cualidades. La misma regla se aplicara respecto a las circunstancias y cualidades que configura un tipo penal especial”*.

Es así que en una misma relación de coautoría uno puede responder verbigracia por homicidio simple mientras que otro de homicidio agravado. Y en base a las mismas reglas sobre el título de imputación en la coautoría puede suceder que algún -o algunos- intervinientes se sumen al acontecer ya en parte desarrollado por otros; Surge la cuestión: ¿han de responder por los actos delictivos ya realizados? La respuesta es no, en base a la regla observada a los intervinientes posteriores sólo se les imputa el suceso que ellos han co-dominado, quedando excluida la calificación imputativa por los actos anteriores a su intervención¹⁸⁰, esta es la cooperación funcional conocida como

¹⁷⁸ Ibidem. Pág.317

¹⁷⁹ Roxin Op. Cit. Pág.318

¹⁸⁰ Roxin Op. Cit. Pág.319

“coautoría sucesiva”¹⁸¹, “un sujeto no puede ser castigado como autor por circunstancias cualificantes que en el momento en que se suma al plan del hecho ya estaban realizadas”¹⁸².

¹⁸¹ Bustos Op. Cit.288

¹⁸² Ibidem. Pág.319

2.4.4) *Actos preparatorios y coautoría.*

Aquí surge la interrogante de si ¿constituye coautor aquél que sólo ayuda a preparar el injusto penal?

En la medida en que un sujeto sólo prepara el hecho y no interviene igualmente en él no lo domina, no depende de él, el éxito de la intervención de los que cooperan en función de la realización del tipo.

Cuando el legislador configurara los tipos los hace en su forma consumada (aunque sólo sea formal), la reacción penal empieza en la medida en que hayan actos ejecutivos, allí se establece la autoría, el autor de la figura central del suceso en forma de acción, es el centro de esa acción normativamente configurada, fuera de esa acción o al margen de ella como se puede ser el señor de la misma, si para realizarla hay que ejecutarla, con semejante criterio se pronuncia Roxin "*la figura central del suceso de la acción, no puede ser alguien que no haya tomado parte en la realización de este hecho, sino que sólo haya ayudado a crear las condiciones previas del delito. Mas éste se ve desplazado forzosamente a las periferia del suceso.*"¹⁸³

Según Jacobs "*la configuración del hecho consiste en disponer el suceso que realiza el tipo en su desenvolvimiento concreto, tal como se perfecciona desde la acción de ejecución hasta la consumación.*"¹⁸⁴

La configuración solo puede tener lugar en la fase ejecutiva, pues, si se domina la realización del tipo se lo hace externamente (en la ejecución), no se puede ser autor solo por los actos preparatorios ya que por definición son impunes, y esto por imperativo del principio de exterioridad derivado del principio de culpabilidad. (en contra Jacobs¹⁸⁵), el mismo Jacobs se contradice, pues luego de decir que la configuración tiene cabida por si en los actos preparatorios, observa más adelante que "*siempre se trata de la configuración de la acción ejecutiva que realiza el tipo, no de un*

¹⁸³ Op. Cit. Pág.323

¹⁸⁴ Jacobs Op. Cit. Pág. 750

¹⁸⁵ Ibidem. Pág.751

hecho prejuridico”,¹⁸⁶ y más adelante prosigue: “*lo único importante es que la aportación concreta ha de medirse no por su fuerza, intensidad, etc., si no por su influjo en la configuración de la acción ejecutiva que realiza el tipo...en esta mediada el concepto de dominio del hecho es cerrado, a pesar de todos los problemas de medidas: solo lo que configura la ejecución que realiza el tipo es relevante, porque solo así queda indicada la responsabilidad por el resultado delictivo*” postura que nosotros acogemos también debido a la vigencia del principio de culpabilidad y el de legalidad.

Así en la coautoría debe haber una codeterminación de la configuración y una coprocuración de la acción ejecutiva,¹⁸⁷ por lo tanto los actos preparatorios no bastan para fundamentar la coautoría.

2.4.5) *coautoría y división del trabajo*

El dominio funcional del hecho sólo aparece allí donde hay un suceso que es objeto de reacción penal, por entrañar ejecutoriedad, ya que por lo general sólo los actos ejecutivos son por definición punibles (a excepción de los actos preparatorios de participación punible) y en ellos es donde se centra la dominabilidad funcional y es funcional precisamente por la división de trabajo y esta por deducción sólo ópera en la fase ejecutiva, siendo su base en cómo lo manifiesta Welsel.¹⁸⁸

La división del trabajo consiste en el reparto de papeles o funciones entre los intervinientes para llevar a cabo el hecho delictivo, Jacobs le llama configuración, y ésta es la organización de los autores, de los objetos del hecho y de los medios empleados para la realización del tipo,¹⁸⁹ es de esta forma que tiene lugar una codeterminación, y una coprocuración de la realización de suceso, por la fragmentación de la acción ejecutiva,

¹⁸⁶ Ibidem. Pág.751

¹⁸⁷ Ibidem. Pág.753

¹⁸⁸ Op. Cit. Pág.129

2.4.6) *Ejecución en la coautoría*

En la fase en ejecución se pueden difuminar una serie de actos o conductas de distinto contenido y entidad material, sin embargo no toda cooperación en la fase ejecutiva ha de considerarse automáticamente como coautoría lo que implicará una minimización del ámbito de la participación¹⁹⁰ y una fundada ampliación de la coautoría, lo importante entonces, consiste en determinar con adecuado criterio que tipo de aportación en la fase ejecutiva es necesaria para no sustraerla de la titularidad del dominio del hecho y consecuentemente percibirla como coautoría, de tal manera que no se atente contra la directriz legislativa del artículo 36 Pn. en torno a la complicidad, - según dicha disposición entraña una aportación a la autoría de tal modo necesario o secundaria para la realización del injusto. Hay aquí un trazo legal sobre el cual se debe delimitar autoría y complicidad necesaria no en base a la teoría de la necesidad, ya que no se llega a resultados satisfactorios aunque sea la teoría que inspiró dicha disposición.

Como los actos preparatorios no son fundadores del dominio funcional, sino sólo los ejecutivos por imperativo legal, aquéllos y éstos están íntimamente imbricados, requiriéndose una delimitación entre ellos; según los artículos 32, 33 y 34 Pn los autores en cualquiera de sus modalidades cometen el delito, más bien el hecho típico y antijurídico y su conducta delictiva de acuerdo al artículo 1 Pn es una acción que se encuentra descrita en todos sus elementos por la ley, esto es por el correspondiente tipo penal, en él se describe la conducta ejecutiva y sólo en la medida en que el comportamiento concuerda con el tipo se respeta el principio de legalidad, lo que conlleva a su vez a descartar aquellas conductas que no se subsumen en la figura legal¹⁹¹, no obstante hay aportaciones que en su sentido natural son inseparables de la acción ejecutiva, forman parte de ella y constituye una integración necesaria para el

¹⁸⁹ Op. Cit. Pág.751

¹⁹⁰ Roxin Op. Cit. Pág.331

¹⁹¹ Muñoz Conde. Op. Cit. Pág.435

resultado, Roxin, manifiesta al respecto "*el segmento de la realización y con ello el ámbito de la posible coautoría, ha de extenderse , pues, más allá de la realización formal del tipo a todas las formas de conducta que junto a ella aparecen como partes del mismo complejo de acción inseparables*"¹⁹².

Este razonamiento permite extraer soluciones para aquéllos casos complejos que se presentan en la realidad siempre en función del sentido de la acción, vista de forma integral, permite valorar adecuadamente ,que aportación ubicada entre la preparación y la ejecución han de tildarse como coautoría, o entre la ejecución y aportaciones paralelas, volviéndose un criterio de aplicación lineal y colateral que ópera en el caso concreto por medio de una valoración, arraigándose cómo lo manifiesta Roxin,¹⁹³ "*en la modalidad de principio regulativo*", de lo anterior se infiere que hay que partir del núcleo ejecutivo hacia sus extremos indisolublemente conexos, lo que representa en sí un espacio reducido pero suficiente que evita la arbitrariedad a la hora de juzgar los casos en concreto, teniendo un punto de partida de gran peso: El principio de legalidad.

En síntesis todas aquellas conductas que forman parte del núcleo ejecutivo de la acción, y que se consideran esenciales para la propia existencia de la misma, y por lo tanto indisolubles, son conductas configuradoras de coautoría debido a su trascendencia material para la concreción del suceso típico.

2.5. - INFRACCIÓN DEL DEBER

La infracción del deber es el otro criterio delimitador que paralelo al dominio del hecho ubica al autor como la figura central del suceso en forma de acción¹⁹⁴ y se aplica a los tipos de funcionarios propios e impropios¹⁹⁵, delitos de profesionales¹⁹⁶, los que

¹⁹² Op. Cit. Pág.332

¹⁹³ Ibidem. Pág.333

¹⁹⁴ Jacobs Op. Cit. Pág.791

¹⁹⁵ Ibidem. Pag.831

¹⁹⁶ Jacobs. Op. Cit. Pág.791; Roxin. Op. Cit. Pág.352.

llevan inhibidos incumplimientos familiares¹⁹⁷, los tipos de omisión¹⁹⁸, los imprudentes, (aunque estos no constituyan delitos de infracción sino delitos de resultados según la doctrina dominante¹⁹⁹), el criterio de infracción del deber es para aquellas infracciones penales que se resisten al dominio del hecho para delimitar entre autor y partícipe, así (los tipos mencionados anteriormente constituyen el marco de aplicación de la infracción de un especial deber), ya que no es lo trascendente en tales tipos que el sujeto tenga dominio sobre la realización, se requiere además que el sujeto posea determinado deber que forme parte del injusto²⁰⁰ y por lo tanto un componente más de la antijuricidad, esto es un deber vulnerable, en palabras de Roxin *“el elemento que para nosotros decide sobre la autoría constituye una infracción de un deber extra penal que no se extiende necesariamente a todos los implicados en el delito, pero que es necesaria para la realización del tipo”*, téngase presente que se desarrollará lo que constituye el estudio de los delitos de infracción, luego se tratará sobre los tipos omisivos y los imprudente en los que la infracción del deber es un criterio que se aplicará en sus rasgos generales por extensión a estos últimos tipos de injusto, siguiendo con la idea anterior, en los llamados delitos especiales, la particular posición que se exige al autor deviene también de un especial deber de guardar al que quedan sometidos al criterio aquí en desarrollo.

2.5.1- *Coautoría en los tipos de infracción del deber.*

De entrada hay que descartar el dominio del hecho ya, que en los delitos de infracción de deber la coautoría observa a una estructura diferente donde el dominio no basta, sino la posición especial por el deber extra penal, en la coautoría, debe haber una infracción de un único deber que obliga a varias personas implicadas, es una obligación en común, ya que si los sujetos concuerdan en infringir un deber, pero éste sólo obliga de forma personal no

¹⁹⁷ Ibidem. Pág.832

¹⁹⁸ Ibidem. Pág.791

¹⁹⁹ Choclan, El delito Culposos. Pág.21

²⁰⁰ Núñez. Ricardo C. Manual de Derecho Penal. Parte General.3ªEd. Marcos Erner Editores. Córdoba. Argentina.1982.Pág.77

cabría autoría, pues hay quien por no estar obligado no cae en responsabilidad, o bien si están obligados todos, el deber siempre es de deducción personal. "*Se da la determinación del resultado por quebrantamiento conjunto de un deber común*"²⁰¹, según Roxin, y más adelante destaca: "*se dará coautoría ahí donde determinado ámbito de asuntos esta confiado a varias personas a la vez*".

Lo peculiar en esta clase de delitos es que aportaciones o acciones que en base al dominio del hecho serían de participación, en la infracción del deber son de autoría. Modificada la deducción de la figura central también se ve modificada la participación a razón de su accesoriadad aquí en la participación se da un auxilio -aunque no se excluya el dominio del hecho-, pero siempre al margen del deber extra penal, ni vulnerar una especial obligación. Por ejemplo: que los vigilantes de los centros penitenciarios todos son obligados comunes de vigilar a los reos. Todos son intraneus porque todos tienen el mismo deber de cuidado sobre los reos, deber de tipo común.

2.5.2 - Autoría mediata en los tipos de infracción de deber

Tampoco cabe traer aquí el dominio del instrumento si no el especial deber fundamentador de la autoría, en esta clase de tipos el autor mediato se encuentra especialmente obligado por la norma y utiliza al instrumento carente de guardar deber alguno siendo el que se encarga de la ejecución del hecho²⁰², (el primero es denominado Intraneus y el segundo extraneus), la misma solución se aplicará en los delitos de funcionarios, en el mismo sentido Roxin dice: "*el funcionario que sin tener el dominio del hecho, determina a un extraneus, a realizar el resultado jurídicamente desaprobado, es autor mediato puesto que vulnerando el especial deber extra penal que le incumbe (lo único que importa) ha determinado el menoscabo del bien jurídico descrito en el tipo*"²⁰³.

²⁰¹ Op. Cit. Pág.389

²⁰² Roxin. Op. Cit. Pág. 352

²⁰³ Ibidem. Pág. 392

En el caso de delitos de funcionarios impropios del autor mediato o intraneus, responderá por el tipo especial, y el ejecutor por el tipo común subyacente, siendo un supuesto de un autor de detrás del autor; en los impropios de funcionarios la participación ha de soslayarse en relación al tipo base para aminorar la pena, es decir, se penará el cómplice tomando en cuenta el tipo básico pero siempre a título de participación²⁰⁴.

De ser el Intraneus, el compelido a ejecutar el resultado antijurídico en virtud de una situación de necesidades según el artículo 27 No. 6 Pn. el Extraneus coaccionante ha de ser inductor, ya que el intraneus es la figura central aunque en estado de necesidad coactiva, y esto es así, ya que la autoría se deduce primariamente en los delitos de infracción del deber porque siempre será central, luego la participación.²⁰⁵

2.5.3 - Accesoriedad en los delitos de dominio y en los de infracción de deber.

Al referirnos a la accesoriedad, lo estamos haciendo de la participación ya que ésta por su esencia es accesoria de la autoría. La autoría se extrae del hecho según sea de dominio o de infracción de deber, por ser estructuralmente diversos y diferentes, la forma de operar de la participación en ambas estructuras de la autoría se acopla a cada una de ellas.

En los hechos de dominio, donde el autor para ser señor necesita desarrollar y guiar finalmente el suceso, conforme a su voluntad deliberada, de tal forma, que la participación subyacente a tal hecho debe carecer del dominio, pero al mismo tiempo requerirlo del autor en virtud de su accesoriedad o dependencia, de lo que se deduce, que ante la existencia de un hecho no doloso, por no haber dominio tampoco cabe la participación, o cooperación sin dominio de hecho, ya que ésta es subyacente ante un hecho principal dominado, lo cual es condición indispensable²⁰⁶, Art. 32 Pn. Último inciso.

²⁰⁴ Op. Cit. Pág.395

²⁰⁵ Bustos Op. Cit. Pág.287

²⁰⁶ Welzel. Op. Cit. Pág. 119

En los hechos de infracción del deber especial, es el deber el componente que hace surgir la figura central del acontecimiento y siendo el elemento determinante de la figura principal subyacente en ella la accesoriedad, de lo que deviene que la cooperación o determinación se establece, sin vulnerar un especial deber²⁰⁷, ya que es el autor el que lo franquea, Roxin²⁰⁸ nos secunda en esta solución diferenciada y manifiesta: “*La solución que obtiene la coherencia a partir de la especial estructura de la autoría en los delitos de infracción de deber la ofrece solo la teoría diferenciadora que aquí se mantiene: Según esta, en los delitos de dominio nadie puede ser participe (= cooperador sin dominio del hecho) sin que otro tenga (al menos según su idea) el dominio del hecho y, por tanto, actué dolosamente. En los delitos de infracción de deber, en cambio, es perfectamente posible la participación en hechos principales no dolosos, por que aquí no es el dolo, sino el deber, el elemento distintivo determinante entre autoría y participación*”

Para determinar exhaustivamente todos los delitos de infracción de deber se necesita una investigación dogmática que estudie la estructura normativa de los tipos en particular, la cual no constituye objeto de la presente.

2.5.4-Tipos de omisión

2.5.4.1- Autoría y Participación

Hasta ahora se ha desarrollado lo atinente a los tipos dolosos de comisión, aquellos que están sustentados sobre la base de la acción penalmente relevante, el Art. 19 Pn determina que “*Los hechos punibles pueden ser realizados por acción u omisión*”²⁰⁹ el bloque de tipos comisivos que nos resta traer en consideración son los imprudentes de comisión, ahora nos ocuparemos, de los tipos omisivos, los que constituye el otro

²⁰⁷ Ibidem. Pág. 121

²⁰⁸ Ibidem. Pág. 401

plano de la conducta humana pasiva penalmente relevante, y por cuya estructura peculiar cabe fundamentar la autoría y la participación, con un tinte diferente, pero coherente con las consideraciones antes aducidas, tanto la acción como la omisión son formas de conducta que el legislador incrimina en base a distintos criterios, por lo cual son tipos autónomos los omisivos con respecto a los de comisión²¹⁰.

Ahora bien esa peculiar autonomía de las omisiones se corresponde con el elemento normativo que las figura, *“relación imputativa”* según la doctrina²¹¹, no causal, es decir, la omisión no puede ser explicada naturalísticamente²¹². La omisión representa una *“relación imputativa”, “mediante la cual el derecho enlaza una situación determinada con el cumplimiento de una obligación que le era concretamente exigible al sujeto”*²¹³

La omisión tiene una existencia meramente normativa que se funda *“en un deber de actuar positivo, en una acción que es previamente exigible por haber sido dispuesta con anterioridad por el ordenamiento jurídico y no es – en el caso concreto – empíricamente verificable sino que se trata de una relación meramente conjetural derivada de la razón y de la experiencia”*²¹⁴, el tipo es una figura normativa, razón por la cual la figura central se determina por un deber, es autor el que se encuentra obligado a impedir que se produzca el resultado ilícito²¹⁵, *“el omítente – para Roxin – no llega a ser autor por su eventual dominio del hecho, si no por el quebrantamiento de su deber de evitar el resultado”*²¹⁶, así que el dominio del hecho queda descartado para sustentar la autoría en las omisiones al contrario de lo que ha hecho la doctrina algunas veces²¹⁷, pero es que el dominio supone una actividad – no pasiva – configuradora, que determina

²⁰⁹ Fierro. Guillermo Julio. Causalidad e imputación Objetiva. ED. Astrea. Pág.375. Buenos Aires Argentina.2002

²¹⁰ Roxin. Op. Cit. Pág.498.

²¹¹ Fierro. Op. Cit. Pág. 369

²¹² Fierro Causalidad e imputación... Pág. 368

²¹³ Fierro Op. Cit. Pág.369

²¹⁴ Ibidem. Pág. 369

²¹⁵ Ibidem. Pág.369.

²¹⁶ Op. Cit. Pág. 402

²¹⁷ Op. Cit. Pág. 500

el resultado, en el desarrollo de la acción, la que falta por definición al omitir siendo determinante el deber para extraer la autoría en la omisión con ello incluida a la categoría de delitos de infracción de deber, y por lo tanto integrados sistemáticamente en los razonamientos metodológicos desarrollados supra.

Este diferente tratamiento de la autoría en base al dominio y al deber ha sido tomado muy en cuenta por el legislador, no son puras consideraciones eminentemente doctrinarias, tienen un asidero legal, que toma en cuenta los polifacéticos planos de conducta criminal, en nuestro código penal en el Art. 20 se norma lo anterior y lo refuerza de la siguiente forma *“El que omite impedir un resultado, responderá como si lo hubiera producido, si tiene el deber jurídico de obrar y su omisión se considera equivalente a la producción de dicho resultado.”*

El deber jurídico de obrar incumbe a quien tenga por ley obligaciones de cuidado, protección o vigilancia, al que con su comportamiento precedente creó el riesgo y al que asumiendo la responsabilidad de que el resultado no ocurriría, determinó con ello que el riesgo fuera afrontado”.

No cabe duda que el legislador esta diferenciando al autor del Art.33. 34 Pn y bajo el mismo mando normativo del Art. 32 Pn impuso un trato diferente para la delimitación de la autoría, mientras que en estas normas se hace referencia al autor por comisión, por medio de la expresión *“cometen”* lo que implica un comportamiento eminentemente activo, en tanto que el Art.20 Pn se refiere a la autoría por omisión, pues habla de responsabilidad penal, y trata con especial énfasis al deber extrapenal, tanto así que el Inc.2° de tal disposición trata solo sobre el deber jurídico fundamentado de la responsabilidad del autor (dadas las demás condiciones de responsabilidad), es así, que se toma en cuenta la autónoma estructura del tipo omisivo para la delimitación de la autoría, por consiguiente también de la participación por su carácter esencialmente accesorio.

2.5.4.2- Coautoría omisiva

2.5.4.2.2.1 Coautores omitentes.

Al igual que la infracción de deber en los delitos por comisión se requiere también la existencia de un imperativo común, si lo fuera personal estaríamos ante autoría simple o simultánea, lo que rige tanto para las omisiones propias e impropias Roxin “dice que allí donde existe un deber común resulta perfectamente posible coautoría por omisión”²¹⁸

2.5.4.2.2.2 Coautores omitentes y activos

Como la coautoría se configura sobre condiciones de imputación semejantes o cardinales, no se da la posibilidad de entrelazar autores omitentes y autores comitentes, pues, ya habría que operar criterios divergentes, dominio del hecho y deber, siendo que los tipos omitivos tienen su autónoma estructura sería consecuencia de ello la separabilidad de elementos delimitadores, en cuanto a los tipos de infracción de deber por esto el elemento determinante de la autoría y no la forma externa de conducta; por supuesto, que se abre la posibilidad de amarrar en coautoría conductas activas y omisivas por que al fin y al cabo el deber permite entrañar las diferentes conductas en el mismo seno de la coautoría ubicándolas en un mismo plano de coordinación delictiva para el quebrantamiento del deber, en palabras de Roxin partiendo de que la omisión sería un comportamiento acordado en cosas de la división de trabajo “*La mera omisión acordada pone de relieve que no sería correcto descartar la posibilidad de coautoría del autor por omisión y del autor por omisión en este grupo de delitos*”, esto es en los de infracción de deber.

²¹⁸ Op. Cit. Pág. 507

2.5.4.3- Autoría mediata en los tipos omisivos

De entrada hay que negarla por requerimiento mismo de tal forma de autoría, pues se requiere una fuerza o influencia desencadenadora de la utilización del instrumento; Tal “*Impulso*” falta por Naturaleza dice Roxin²¹⁹.

Al omitir se mantiene una conducta pasiva, en cuya razón los sucesos se desenvuelven independientes del omítente²²⁰, como pues, puede conminarse si se esta quieto.

En aquellos casos en que el sujeto de detrás estorba al instrumento a que no realice determinada acción para impedir el resultado, estamos ante autoría por comisión y no por omisión pues el sujeto no ejecutor actuó activamente de igual forma se pronuncia Roxin²²¹

Para considerar autoría en la omisión es necesario:

- 1) Que exista el tipo autónomo de omisión o la posibilidad de su construcción
- 2) Debe existir el deber de impedir la producción del resultado, por parte del omitente.

Cuando hace falta cualquiera de estas condiciones fundamentadoras de la autoría, decae la misma y degenera en participación, por lo cual es posible en las omisiones, “*Quien tiene el deber jurídico de actuar puede ser instigado o ayudado*” sostiene también Carlos Creus.²²²

²¹⁹ Op. Cit. Pág. 309

²²⁰ Cobo de Rosal derecho. Penal. Parte General 3º Edición. Valencia 1991. Pág. 295 – 296.

²²¹ Op. Cit. Pág. 500

²²² Creus Carlos. Derecho Penal Parte General. 5ª ED. Editorial Astrea. Buenos Aires. Argentina. 2004

2.5.5- Tipos de imprudencia

2.5.5.1- Autor Imprudente

En los hechos culposos hace falta la finalidad deliberada de producir el resultado lesivo, no se tiene el control configurador del suceso, es por ello que no se fundamenta la autoría aquí a la luz del dominio del Hecho, precisamente dominio no hay sobre el curso del acontecer, no hay dolo en el sentido del tipo no hay dirección Final²²³

Los tipos culposos tienen la característica de ser abiertos²²⁴, es decir que hay que recurrir, a una fuente extrapenal para completar el injusto, hay que determinar el deber jurídico de cuidado, que se vio afectado, y por lo cual se concretó el resultado, este deber es de carácter especial, no sólo determina el contenido de la imprudencia²²⁵, si no también la autoría pero este deber dice Roxin²²⁶ es un elemento del tipo abierto accesible solo al tipo imprudente, pues constituye su peculiaridad, bajo esta consideración el tipo culposo queda subsumido en el criterio de la infracción del deber en la delimitación de la autoría, en nuestra legislación el Art. 32 inc. Final del Código Penal la retoma de forma especial: “*En los delitos culposos cada uno responde de su propio hecho*”

En los tipos de imprudencia se diferencian ***Modelos Dogmáticos de Autor e Interviniente así:***

a) ***Concepto Unitario o Extensivo.*** En el que no cabe distinción entre autoría y participación solo autoría. Son autores todos los que contribuyen al resultado culposo.²²⁷

b) ***Concepto Restrictivo de Autor.*** Aplican los criterios del delito doloso con algunas peculiaridades. Opera la Participación Criminal y la proporcionalidad de la pena²²⁸.

²²³ Cobo del Rosal. Op. Cit. Pág.295

²²⁴ Muñoz Conde. Op. Cit. Pág 301

²²⁵ Fierro. Causalidad... Pág 432

²²⁶ Op. Cit. Pág. 701

²²⁷ Terragni Marco Antonio. Nuevas formulas en las Ciencias Penales., Autoría intervención de terceros en el delito culposo Pág. 449 Marcos Lerner Editora Córdoba Argentina. 2001

²²⁸ Terragni. Ibidem.

2.6- Resumen

Tanto el dominio del hecho como la infracción del deber ubican al autor como figura central del suceso en forma de acción, no son criterios contrapuestos, si no por el contrario, coexisten en una unidad de complementariedad, se articulan funcionalmente para responder a la plasticidad de la figura central, mediante la flexibilidad que les permite acoplarse adecuadamente y lógicamente a la realidad objetiva respondiendo al ápice de la autoría en unidad de sentido.

Lejos de lo que la doctrina tradicional supone el dominio del hecho, no es un criterio que únicamente plantea una solución mediante una noción que solo sugiere: al contrario, se presenta dotado de contenido, con criterios concretos de gran fluidez en las diversas manifestaciones de la autoría, que posee en si subcriterios adyacentes integrados, el dominio tiene una capacidad de captar gradualmente el suceso en su significación social lo que permite tener de él una mayor comprensión.

Por otra parte no menos sistemático es la infracción del deber, que bajo su coherencia, integró racionalmente, la autoría en grupos.

De tipos que parecían, formaciones extrañas, incoherentes en la dogmática penal, como lo son los tipos omisivos y los imprudentes, los que hallaron asidero en el deber, por lo que ahora poseen un orden en la ciencia penal, respaldado como se puso de manifiesto por el legislador mismo, el que también conoce su especial estructura y por ende su especial tratamiento.

2.7- NOCION SOBRE LOS DELITOS DE PROPIA MANO

Paralelo a estos dos criterios determinadores de la autoría y la participación en la doctrina, existe la posibilidad de un tercer criterio que propugna Roxin en su obra citada, que opera en los delitos de propia mano auténticos, es decir, aquellos que en realidad solo son comisibles de forma personalísima, es de aclarar aquí que los “*Delicta carnis*” no son tipos de propia mano como erróneamente se cree, posición que también defiende

Roxin²²⁹, ya que en los delitos de propia mano no esta en juego la lesión de un bien jurídico si no la moral, y el tipo posee tal estructura, que solo aquel que la realiza puede ser autor, en las agresiones sexuales hay un bien que se protege para no ser afectado, esto es, la libertad sexual, y los tipos que las protegen solo están configurados de determinada forma conceptual – son abreviaciones – y se puede lesionar tal libertad ya sea directa o indirectamente pero siempre dominando la lesión o puesta en peligro, razón por la cual, lo que importa al final es su protección no obstante su determinada forma de protección.

Se requiere un trabajo aparte para hacer una investigación en nuestra legislación lo que no es ya objeto de esta obra – de aquellos tipos de propia mano para poder fundamentar científicamente este criterio.

Sin embargo en estos tipos es requerido el conocimiento por parte del agente, el que está llevando a cabo una conducta inmoral para poder fundar la participación la cual es posible aquí solo si el hecho es doloso, pues falta este componente disvalioso en la mente del agente.²³⁰

Los delitos de propia mano pueden ser de autor jurídico penal, en donde lo que se pena, es un *modus vivendus*, una actitud que observa el autor, de allí que no hay una conducta específica que llame a reacción penal, y solo aquel que observe esa forma de vivir esta en calidad de ser la figura central; otros tipos de estos delitos son aquellos hechos que no poseen una afectación a un bien jurídico, si no que importa actos inmorales, contra el decoro y las buenas costumbres, al parecer en nuestra legislación solo encontramos las faltas del Art. 392 Pn., sabio en este aspecto el legislador, pues no habiendo afección al bien jurídico, por el principio de mínima intervención, consignado en el Art. 3 Pn., lo más lógico es dotarlas en forma de falta.

Desde una concepción puramente formal no existe problema alguno para aplicar esta clase de tipos, ya que no cabe la autoría mediata, y esto es por la especial forma de conducta requerido por el tipo, así el dominio en estos es eminentemente formal

²²⁹ Op. Cit. Pág. 450

independientemente de la forma de conducta que ha de percibirse para poder tipificar la conducta.

No compartimos el enfoque de Roxin ya que ubica a los delitos de propia mano como constitutivos de una clase diferente de autoría junto al dominio y a la infracción del deber, olvidando que son los rasgos descriptivos del supuesto normativo los que impiden apreciar otra forma de autoría que no sea la directa, y por tanto es la estructura formal del tipo la determinante de la autoría; tampoco compartimos el enfoque de Jacobs, éste ubica sistemáticamente los delitos de propia mano junto a los tipos de especial deber que elude la participación²³¹, sin embargo, los tipos de propia mano no entrañan deber especial alguno, no es una configuración normativa, sino una prohibición que entraña un deber general como cualquier otro tipo (de dominio), de realizar la peculiar conducta en el sentido del tipo, así es que la descripción típica nos da la pauta para discriminar la autoría es la postura más adecuada y de mayor sistematización.

²³⁰ Roxin. Op. Cit. Pág. 461

CAPITULO III

3.- LA PARTICIPACIÓN Y SUS FORMAS

3.1 Generalidades

La participación hace referencia a la intervención de varios sujetos en el acaecimiento de un hecho delictivo, esa intervención puede ser percibida en su totalidad, de forma amplia, por lo que se comprende incluso la coautoría, si se le restringe con ciertos requisitos de dependencia con respecto a la autoría, solo tenemos a la instigación y la complicidad²³². Una vez sentadas las bases de determinación de la autoría hemos abierto la brecha de delimitación, las consideraciones siguientes son la sistematización técnica doctrinaria del fenómeno de la participación, sin perder de vista que tiene como punto de partida la teoría de la autoría. Los problemas que en adelante se abordan son propios de la teoría de la participación criminal, desde luego paralelo al enfoque de nuestra normativa penal para un mayor revestimiento de los argumentos aquí vertidos, y porque la normativa constituye las disposiciones que entrañan la teoría de la participación, es sobre ellas que la doctrina sustenta sus consideraciones justificándolas legalmente.

3.1.2- La participación

Definición:

Al referirnos a la misma lo hacemos en su sentido estricto, y diremos que consiste en: *Aquel auxilio, o determinación que se le brinda a la figura central del suceso en forma de acción, que prescinde del Dominio del hecho, se da al margen de la infracción del Deber especial del tipo, o en el hecho principal doloso de propia mano periférico al mismo.*

²³¹ Jacobs. Op Cit. Pág.791

²³² Welzel. Derecho Penal Alemán. Pág. 134; Mir Puig. Derecho. Penal. Parte gral. Pág. 422; Carlos Creus .Op. Cit. Pág. 380

De la anterior, se desprende que la participación se lleva a cabo alrededor de la autoría, por lo que juega un papel secundario, que desde luego depende del hecho principal²³³, por otra parte tal definición no sería posible sin el bagaje anterior de todos los criterios en que se articula la autoría, generándose una definición global y no parcial que solo toma en cuenta por ejemplo el dominio del hecho, se sostiene así su integración complementaria e innovadora.

La participación junto a la autoría matiza la entidad gradual de los intervinientes en el hecho ilícito con respecto a su aportación, mientras que la de los autores es de carácter principal, la de los partícipes es secundaria, y esto por naturaleza, es la virtualidad de su esencia como lo apunta acertadamente Bockelmann²³⁴.

La participación al igual que la autoría es un título de imputación y como tal requiere de condiciones mínimas que se deben satisfacer a pedimento legal y doctrinario en aras de la responsabilidad penal, de ahí que se necesita fundamentarla y regularla mediante principios generales que entrañan imbricación con la autoría²³⁵.

Los partícipes no ejecutan el hecho típico, no su forma total, no realizan la conducta descrita en el tipo penal²³⁶, ni infringen el deber especial de cuidado, es el autor quien realiza de forma plena el tipo penal, y cuya conducta queda íntegramente adecuada en la configuración normativa, al partícipe se le responsabiliza por extensión del tipo como se explica en el próximo apartado.

3.1.3- Fundamento de la participación.

El fundamento de esta figura secundaria delictiva observa dos causas uno legal y otro doctrinario ambos se entrelazan para una unidad con sentido, ya que se integran hacia el mismo fin.

²³³ Ramírez Juan Bustos. Manual ... Pág. 289

²³⁴ Bockemann Paúl Relaciones entre autoría y participación. Editorial Abeledo Perrot. Buenos Aires. Pág.7

²³⁵ Enrique Cury Urzúa. Derecho Penal Parte Gral. T. II. 2º ED. Editorial Jurídico de Chile 1992. Pág. 224

²³⁶ Mir Puig. Op. Cit. 422

3.1.3.1- Fundamento Legal.

Los supuestos normativos de la parte especial están diseñados en su forma perfecta y describen la conducta del autor, pero esto es solo una determinada forma, un resumen, en que con tintes de abstracción se capturan infinidad de formas de conductas afines, pero eso sí, siempre comisibles de autoría, los tipos no describen la conducta del partícipe a excepción de determinados casos de inducción, que sin embargo se han elevado a la categoría de autoría para su punición, por motivos éticos – legales, como por ejemplo la inducción al suicidio, Art. 131 Pn., inducción a la prostitución Art. 169 Pn. A la conducta ilícita del partícipe se llega a través de una extensión del tipo²³⁷, la participación constituye en su fase normativa un dispositivo amplificador del tipo, así el Art. 32 Pn establece que: *“incurren en responsabilidad penal por el delito cometido... los instigadores y los cómplices”* por supuesto estos no por cometer el suceso, sino por atentar contra la prohibición de participar en el suceso criminal como se verá infra, luego el legislador es más específico y describe a grandes rasgos las formas de participación en el Art. 35 y 36 Pn. y estas disposiciones nos permiten trasladar y aplicar la participación en la parte especial a lo largo de todos sus tipos en particular, y esto es así por imperativo del principio de legalidad, pues no estando descrita la conducta del partícipe en los tipos, es necesario entraparla mediante una configuración legal que posibilite y habilite su introito desde la parte general hasta la especial por medio de una formulación abstracta general, y de tal manera encuentra su asidero legal.

La consecuencia directa de las razones anteriores, es que en nuestra legislación se anula la participación como tipo autónomo, esto es un delito en sí, y se da lugar como expresa Bacigalupo a un *“tipo de referencia”* y prosigue *“no es posible la participación si no se la conecta a un hecho punible cuyo autor es otro, distinto del partícipe”*²³⁸ así desterrando la autonomía de la participación, cobra vida la accesoriedad de la misma haciéndola subyacer a la autoría.

²³⁷ Creus Carlos. Derecho Penal...Pág. 378

²³⁸ Bacigalupo Enrique. Manual de Derecho Penal Parte General 4º impresión. Editorial Temis S.A. Santa fe de Bogota. 1998 Pág. 200

3.1.3.2 Fundamento Doctrinario.

Tres son las teorías que se esgrimen en este aspecto, a saber:

- 1- **Teoría de la causación**, se parte del principio de causalidad, y la conducta del partícipe aparece como una causa²³⁹ que despliega sus efectos por medio de la ejecución del Autor, lo que importa es el plano meramente causal, no se toma en cuenta la construcción categórica del hecho del autor, y como de lo que se trata es fundar la participación - prescindiendo de la calificación de la conducta del autor- aparece así la participación como autónoma²⁴⁰ siendo o convirtiéndose la autoría como un medio de objetivización del aporte de aquella, lo que atenta contra el principio básico de la accesoriedad que absorbe nuestra legislación, y en base a ello no es suscribible.
- 2- **Teoría de la Culpabilidad de la Participación**. Para esta el fundamento reside en que el influjo de la conducta del partícipe hacia el autor, posibilita la culpabilidad de éste quien es determinado por aquel, se requiere entonces que la figura central cometa un delito en sentido estricto, autor culpable²⁴¹ y en tal, situación se fundamenta la culpabilidad del partícipe, la relación entre ambos es de responsabilidad máxima, como lo manifiesta Bacigalupo: “*la medida de la culpabilidad del partícipe depende de la existencia y medida de la culpabilidad del autor*”²⁴². Esta postura ha sido abandonada por la doctrina y con razón, por una parte solo opera para la inducción, por otra nuestra normativa penal adopta – aunque sea aparentemente – la dependencia limitada del hecho, pues, en relación al Art. 37 Pn. La responsabilidad penal de los partícipes se afinca, ahí donde hay un ilícito penal, sin tomar en cuenta en lo absoluto el sistema de la culpabilidad.

²³⁹ Ibidem. Pág. 200.

²⁴⁰ Donna, Edgardo Alberto. La Autoría y la participación criminal. Rubinzal – Culzoni Editores. Buenos Aires Pág. 56

²⁴¹ Mir Puig. Op. Cit Pág. 422.

²⁴² Op. Cit. Pág. 200

Queda así sin aplicación en nuestro medio la teoría de la corrupción o de la culpabilidad.

- 3- **Teoría de La Participación en lo Ilícito.** Según esta postura el partícipe es punible o responsable porque aportó una determinación o cooperación al hecho ilícito del autor, el primer elemento de injusto del partícipe se haya en el suceso antijurídico del autor²⁴³, se establece así una relación de dependencia limitada. Pero el partícipe sigue sin realizar el hecho, no obstante las disposiciones legales que amplifican los tipos a la participación llevan consigo inhibido una prohibición de no participar en los tipos de la parte especial, como dice Bacigalupo “*prohibición de impulsar o apoyar otro hecho prohibido*”²⁴⁴, prohibición que está contenida en los Arts. 32 Pn, en relación al Art. 65 y 66 Pn. es así que nuestra legislación se inclina por esta postura y lo hace de forma expresa en el Art. 37 Pn, el que requiere la ilicitud del hecho del autor. Constituye además la posición más adoptada por la doctrina, puede decirse que con unanimidad, por ser la más adecuada ya que refuerza la accesoriedad siendo el más atinado grado de dependencia. Con ese destello que se va perfilando y va cobrando forma la accesoriedad de la participación, se ha dejado por sentado que la figura de la participación solo aparece en la medida en que se haya construido el hecho principal del autor como antijurídico, de no ser así no hay un asidero ni jurídico, ni científico doctrinario para construir la participación, ya que ha sido diseñada legalmente para que opere en base a una dependencia limitada, es decir, que el legislador solo decide bajo que grado de dependencia, (en nuestro caso limitadamente) habilita la aplicación de la participación, ya que la misma no tiene existencia en si, es su esencia ser accesorio, esencial no equivale a primaria, sino esencialmente secundaria o accesorio por naturaleza, siendo la dependencia lo que la hace ser participación y no otra cosa como lo sostiene

²⁴³ Bacigalupo Lineamientos... Pág. 175

²⁴⁴ Bacigalupo. Op. Cit. Pág. 175.

Bockelmann²⁴⁵. Una vez fundamentada y resaltada su esencia, la participación hay que precisarla por medio de una serie de principios, que a la vez nos ayudan a comprender mejor sus relaciones con la autoría.

3.2 -Principios Rectores de La Participación

Para efectos didácticos y atendiendo a la unidad sistemática de este trabajo se reagruparan dos series de principios, los primeros comunes tanto a la autoría como a la participación y los segundos peculiares a la participación.

3.2.1 - Principios Comunes a la autoría y a la participación.

3.2.1.1- Principio de exterioridad.

Consagrado en el Art. 37 Pn. a cuyo tenor se establece *“La responsabilidad penal de los partícipes, principia desde el momento en que se ha iniciado la ejecución del delito y cada uno responderá en la medida que el hecho cometido por lo menos sea típico y antijurídico”*.

El principio de exterioridad se asienta sobre la estructura de la acción penal, toma en consideración el iter criminis, para la autoría se necesita, que el hecho haya llegado al estado de la tentativa²⁴⁶, o haber iniciado la ejecución, de no haber ejecución en cualquier grado de ella no hay reproche penal, como quedo de manifiesto en el capítulo atinente a la autoría, y por el carácter accesorio de la participación se vuelve condición la ejecución por parte de la figura central, *es requisito la exteriorización ejecutiva principal*²⁴⁷.

²⁴⁵ Bockemann. Op. Cit. Pág. 7

²⁴⁶ Enrique Cury Op. Cit. Pág. 229

²⁴⁷ Donna. Op. Cit. Pág 58

3.2.1.2- Principio de Comunicabilidad de las Circunstancias.

Este es otro principio que rige en la relación entre autores y partícipes de un suceso criminal y entre éstos y los partícipes en estricto sentido, dice Enrique Urzúa²⁴⁸ que es un principio extenso por regular también la coautoría, sin embargo el mismo lo restringe de la autoría mediata, que como se expuso supra habiendo responsabilidad penal para ambos, responderán de distinto título en base a su particular posición personal, más claro quedo aun al verse los delitos especiales impropios, posición que Roxin sostiene de igual forma²⁴⁹ en la coautoría la situación es más obvia, aclarando la definición rectora de este principio regulativo, en base a él, ante el cometimiento de un determinado hecho, habiendo varios intervinientes, la posición personal de cada uno en relación al hecho determinará su calificación típica, a esta posición se le denomina en doctrina **teoría pluralista** del título de imputación, en un ejemplo : “A” le propone a “C” matar a “B”, “B” es progenitor de “A”, “C” esta de acuerdo, preparan el plan y ambos lo ejecutan, según la teoría pluralista “A” responderá penalmente por homicidio agravado, mientras que “C”, por homicidio simple, ya que su posición personal esta distintamente calificada por su especial relación con el suceso, esta teoría rompe con el título único de participación, postura según la cual todos los intervinientes en un suceso criminal deben responder por el mismo tipo, sin importar las condiciones personales de los mismos, enfoque que ha decaído en la actualidad por las injusticias que encierra.

Esa misma regla de diferenciación de la posición pluralista rige para los partícipes, en el ejemplo anterior de haber un cómplice que no tiene la relación familiar con el occiso, es cómplice de homicidio simple, y no de agravado por faltar la calidad personal.

La Teoría del Conocimiento es la otra postura que friquea el título único de imputación, esta opera sobre la idea del conocimiento que posee el interviniente en relación al hecho, conocimiento o desconocimiento que determinará la calificación típica que ha de imputársele, sobre la línea del ejemplo anterior si A no sabia que era su

²⁴⁸ Op Cit. Pág. 229 También Carlos Creus Op. Cit. Pág. 398

padre al que mató, responderá por homicidio simple. Por desconocer tal agravante, ese conocimiento es lo que permite cualificar el tipo. El Art. 67 Pn. Acoge tanto la teoría pluralista como la del conocimiento y lo hace expresamente así: *“las circunstancias y cualidades que afecten la responsabilidad de alguno o algunos de los autores y partícipes, solo se tendrán en cuenta respecto de quien concurra (Teoría Pluralista) o de quien hubiera actuado determinado por esas mismas circunstancias o cualidades. (Teoría del conocimiento)*

La misma regla se aplicara respeto de circunstancias y cualidades que configuren un tipo penal especial”.

Ambas posturas se pueden aplicar simultáneamente en un mismo hecho ya que se complementan, se integran y determinan la imputación de los intervinientes según su posición personal o su conocimiento del hecho en forma de acción, ya sea en calidad de autores o partícipes.

Es así que la comunicabilidad entraña las razones que posibilitan aplicar distintas calificaciones jurídicas a los intervinientes en el suceso delictivo como lo manifiesta Fierro.²⁵⁰

Así el Art. 67Pn. expresamente se pronuncia por una incomunicabilidad de las circunstancias, consagra por ende reglas de calificación muy justas, cada quien responde según su conocimiento o su plano personal, lo que constituye una consecuencia del subprincipio de responsabilidad por el hecho consagrado en nuestra Constitución.

La disposición del Art. 67 Pn. encuentra su asidero en el principio de culpabilidad contemplado en el Art. 12 Cn. de donde se deriva la responsabilidad por el hecho, según el cual el infractor responde por el suceso injusto que él ha cometido sin mediar referencia con respecto a otros, y sin que la responsabilidad de otros influya en él, es así que un determinado sujeto solo es responsable del hecho realizado por él, esta diferenciación personal es igual tanto si se es autor como partícipe, diferenciación que

²⁴⁹ Op. Cit. Pág. 393

²⁵⁰ Op Cit. Pág. 558

guarda doble contraste , por una parte distingue entre autor y participe, y por otra, a la persona en si tanto si es autor como participe en su relación con el hecho cometido.

Esto representa una responsabilidad penal en proceso de definición, primero se precisa si la persona guarda una relación de figura central o figura periférica con respecto al hecho, luego de esa delimitación, se precisa la posición personal muy peculiar que tiene el sujeto como figura central o como figura periférica del suceso, entran en juego primero elementos típicos que son absorbidos por la conducta del sujeto a raíz de su conocimiento e intervención personal determinándose que calificación típica se le imputará – coincidente o no con la de la otros -, después las circunstancias modificativas de la responsabilidad que sufrirá cada quien, habiendo en el primer supuesto una actividad a nivel de tipicidad, donde puede haber especialización del tipo o más acercamiento a sus rasgos generales (básico), privilegios, cualificaciones, en fin una diversidad típica , el segundo tiene un movimiento dentro de correspondiente marco penal ya determinado para cada quien, que implica aumento o disminución de la dosificación penal individual, tal es la influencia del principio de culpabilidad en la personal responsabilidad penal.

3.2.2 -Principios Propios de La Participación

3.2.2.1- Principio de Accesoriedad de la Participación (strictu sensu)

Constituye el basamento rector de los títulos de participación²⁵¹, y es el que devela el carácter esencial de los mismos. La participación funciona sobre las condiciones que le determina éste principio, el cual va referido a la naturaleza eminentemente secundaria o accesoria de la participación, que forma la contra partida de la figura central del suceso en forma de acción complementándose la relación de dependencia de ambas formas, en donde la autoría se construye autónomamente por ser

principal, y de esa construcción primaria depende la existencia de la participación, razón por la cual no se puede suscribir la tesis de Creus – o algo semejante -, en la que sostiene que la coautoría es bifuncional, ya que según él se comporta como autoría y participación en estricto sentido a la vez²⁵², y con ello ignora el ser de ambas figuras, ¿Cómo se puede ser la figura central si se lo ubica en un plano secundario? La dependencia de la participación es el enfoque unánime en la doctrina moderna de la misma, y a la vez su eje y punto de partida, la misma se arraiga en el autor como figura central del hecho²⁵³ y por ende se rechazan las posturas que degradan tal posición. (Como el concepto extensivo de autor o la tesis de la autoría por exclusión).

Entonces la participación requiere como condición indispensable la existencia de un hecho ilícito²⁵⁴ de carácter principal realizado por el autor lo que constituye el punto de arranque de la dependencia, de ahí que la misma observe una doble faceta en su configuración ya que ese suceso ilícito principal, posee determinado desarrollo interno y externo, ambos son requisitos mínimos habilitadores de la participación o dependencia, el desarrollo externo se refiere a la estructura mínima que ha de sufrir el desarrollo de la acción en la línea del iter criminis.

En tanto que la dependencia interna gira en torno de la calificación categorial de la acción en la estructura sistemática del delito²⁵⁵. Trataremos ambas dependencias como subprincipios de la accesoriedad, cuyo entendimiento se hará por separado.

3.2.2.1.1 Dependencia de la acción principal en su plano externo.

Al analizar la estructura de la acción, ésta se desglosa en una fase interna y otra externa, la primera no le interesa el derecho penal en tanto no se exteriorice²⁵⁶, la fase

²⁵¹ Conocidas como las formas de participación y estas son la instigación o inducción y la complicidad en sus dos modalidades necesaria y no necesaria.

²⁵² Op. Cit. Pág. 399

²⁵³ Roxin. Op. Cit. Pág. 44

²⁵⁴ Welzel Op. Cit. Pág. 134, también Donna Op. Cit. Pág. 57; Bacigalupo. Manual Pág. 201; Muñoz Conde Op. Cit. Pág. 457

²⁵⁵ Donna Op. Cit. Pág. 58

²⁵⁶ Muñoz Conde Op. Cit. Pág. 229 y 427

exterior empieza con los actos preparatorios los que no llaman a reacción penal, por no entrañar peligro al bien jurídico, no así la ejecución la cual al ser iniciada entra al umbral de lo punible²⁵⁷, es el autor el que realiza la ejecución y ésta puede representar tentativa o consumación, pero ambas igualmente punibles, aquella por entrañar inicio de la ejecución, en consecuencia representa ya una afectación al bien jurídico y ésta por entrañar una afectación ya agotada – en el sentido del tipo- del bien jurídico, lo cual constituye el fundamento de la punibilidad, lo mismo que rige para la participación por ser una extensión del tipo, pues si en el autor solo la ejecución – aunque solo implique tentativa- lo hace titular del reproche penal, otro tanto igual es para el partícipe cuya responsabilidad se basa en tal hecho principal.

La prohibición de los tipos de la parte especial empieza con su ejecución, a ésta ilicitud le está vedado acceder al partícipe por medio de la prohibición de ayudar o provocar en aquella, es así que de la aportación de éste depende la iniciación injusta de la conducta del autor, esto es, la ejecución punible, así Welzel²⁵⁸ señala: “*en general las acciones de participación son solo punibles cuando el hecho principal es perpetrado realmente o por lo menos quedo en grado de tentativa punible*”, si solo hay preparación por parte del autor no hay hecho principal, en razón de ello no puede haber participación – aun si hay un acto preparativo de participación punible – tampoco en la participación hay participación por no haber hecho principal (ejecutivo)²⁵⁹, en resumen:

Solo hay participación si hay un hecho principal, y éste es tal porque lleva imbricada ejecución.

No hay participación en actos preparatorios, aun siendo punibles para los autores (proposición y conspiración) pues falta el hecho principal en el sentido aquí manifestado.

No hay participación en la participación pues falta el hecho principal al que accede, como *infra* se verá en más detalle, la participación requiere que se le

²⁵⁷ Ibidem. Pág 434

²⁵⁸ Op. Cit. Pág. 138

²⁵⁹ Juan Bustos Op. Cit. Pág. 290

comunique directamente a un hecho autónomo, lo que no hay ni en la inducción, ni en la complicidad²⁶⁰.

3.2.2.1.2 Dependencia de la acción principal en su plano interno.

En aras de terminar de configurar el hecho principal y complementar su dependencia hay, que abordar el sistema categórico del suceso y extraer la siguiente condición interna. Se presentan aquí los grados de dependencia interna reconocidas por la doctrina teniendo en cuenta la tipicidad antijuridicidad, culpabilidad, y la penalidad de la acción principal, constitutiva cada una de estas, de determinado *grado de accesoriedad* así:

3.2.2.1.2.1. Accesoriedad Mínima.

Solo se necesita la existencia de un hecho típico²⁶¹ por parte del autor para fundar la participación penal, este enfoque lleva consigo la exigencia mínima para la responsabilidad accesoría, ya no es tomada en cuenta por lo deficiente de la misma, lo incongruente de esta postura es que no habiendo un injusto penal, ni siquiera autoría puede haber, ya que ésta se afinca allí donde existe antijuridicidad²⁶², se le daría el carácter primario a la participación, lo que va en contra de la doctrina y afianzándose la figura central se anula esta posición, si la autoría depende del injusto cuanto más la participación que es accesoría. No se le puede exigir responsabilidad a éste antes que aquel por su carácter secundario.²⁶³

3.2.2.1.2.2 Accesoriedad Limitada.

Para hablar de participación en sentido estricto es necesario que el hecho del autor sea un injusto penal, esto es, típico y antijurídico²⁶⁴, exigencia congruente ya que si

²⁶⁰ Mir Puig. Op. Cit. Pág.423

²⁶¹ Bustos Ramírez. Op. Cit. Pág. 290

²⁶² Welzel Op. Cit. Pág. 138

²⁶³ Va en contra del fundamento de la punibilidad de la participación.

²⁶⁴ Donna. Op. Cit. Pág. 58

el presupuesto de la autoría es el ilícito penal, cuanto más de la participación siendo figura secundaria de la responsabilidad penal, solo la contradicción material con el ordenamiento las justifica, el traspaso de una prohibición del orden legal, así opera genuinamente la dependencia. Esta postura es la más aceptada actualmente²⁶⁵ en la doctrina, y la exigencia del autor limitado y de la participación limitada, concuerda con los planteamientos atisbados en relación a la autoría con la culpabilidad *supra* tratado, tesis que confirma igualmente Mir Puig²⁶⁶, al deducir que el autor puede ser inculpable, y lo que vale para éste, luego también para la accesoriedad.

3.2.2.1.2.3 Accesoriedad Máxima.

Según ésta para hablar de responsabilidad accesoría el autor debe haber cometido un delito en sentido estricto, se requiere una acción típica, antijurídica y culpable por parte del autor²⁶⁷ el error de esta teoría radica en hacer depender la responsabilidad del partícipe de una categoría de corte puramente individual, la culpabilidad solo le afecta a su titular no tiene porque tener trascendencia interpersonal, se franquea así el principio de responsabilidad personal por el hecho. “*la punibilidad del partícipe es independiente de que el autor pueda ser efectivamente castigado por su hecho*” como esgrime Welzel²⁶⁸ la razón de ser del partícipe responsable no reside en la culpabilidad del autor y así lo acepta la doctrina dominante²⁶⁹, que se inclina por el autor limitado y como consecuencia se puede ser partícipe tanto de un autor inculpable o plenamente culpable, lo que refuerza nuestra tesis de la prescindencia de la culpabilidad en la autoría, ya que el autor aunque inculpable sigue siendo autor, de otra manera no habría participación, no tendría lugar la accesoriedad limitada posición dominante en la actualidad, por ser congruente con que la responsabilidad tiene una medida individual o

²⁶⁵ Bacigalupo, Manual Pág. 201; Fierro Op. Cit. Pág. 550

²⁶⁶ Op. Cit. Pág. 426

²⁶⁷ Bustos Ramírez. Op. Cit. Pág. 299. Bockelmann. Pág. 8

²⁶⁸ Op. Cit. Pág. 137

²⁶⁹ Donna Op. Cit. Pág. 58

personal, indiferente a la existencia de la autoría y de la participación, como así lo recalca Roxin a lo largo de su obra autoría y dominio del hecho.

3.2.2.1.2.4 Hiperaccesoriedad.

El extremo más exagerado de la dependencia de la participación con base al cual la responsabilidad de éste se supedita a la penalidad del autor²⁷⁰; la pena del autor condiciona la pena del partícipe, las condiciones de penalidad del autor condicionan la penalidad del partícipe, esta es la teoría más rechazada en la doctrina por los inconvenientes que suscita, la punibilidad es la proyección de la culpabilidad, es individual también, y personal por imperium de la responsabilidad personal, Welzel dice:²⁷¹ *“cada cooperador es punible según su culpabilidad”*, sin relación a la punibilidad de otro, si la culpabilidad es personal, mucho más la penalidad, pues constituye un reproche individual que se ajusta a la culpabilidad.

3.2.2.2 - Regulación de la accesoriadad en el Código Penal Salvadoreño

El art.37 pn estima la accesoriadad de la participación en su carácter dual, y regula a tenor literal: *“la responsabilidad de los partícipes, principia desde el momento en que se ha iniciado la ejecución del delito y cada uno responderá en la medida que el hecho cometido por los menos sea típico y antijurídico.”* Se absorbe así la teoría del hecho principal ejecutivo y antijurídico del autor, trazando la accesoriadad limitada según lo antes expuesto, sin embargo es una disposición legalmente aparente ya que colisiona y es puesta en jaque por el Art.66 Pn este regula la penalidad de los cómplices de la siguiente manera: *“la pena del cómplice en el caso del numeral uno del Art.36 de éste código –complicidad necesaria- se fijará entre el mínimo legal que corresponde al delito y las dos terceras partes del máximo de la misma pena y en caso del numeral dos*

²⁷⁰ Bacigalupo . Manual...Pág. 204

²⁷¹ Welzel Op. Cit. Pág. 135

del mismo Art.-complicidad no necesaria- se fijará entre 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 tanto que el Art.37 Pn establece la participación limitada, el Art. 66 Pn absorbe la hiperaccesoriedad de la complicidad lo que implica una contradicción de sentido, de la siguiente forma:

El Art.66 Pn, fija la penalidad que se ha de aplicar a los cómplices necesarios como no necesarios, y al regular cada caso, se mete en un problema por la limitación final que franquea dicha disposición al decir: *“pero en ningún caso (necesario o no) excederá (la pena) de las dos terceras partes de la pena que se imponga al autor”* en esta forma de regular la pena del cómplice, el legislador impone como condición que se determine primero la pena del autor, ya que ésta ha de servir como parámetro legal para determinar e individualizar la pena del cómplice, y en ello las condiciones personales de penalidad del autor se transfieren directamente a la penalidad del cómplice, esto es, la hiperaccesoriedad de la participación tal como la doctrina la conoce, en caso de que el autor resulte inculpable volviéndosele inaplicable una pena, o la misma no se le imponga por operar una excusa absolutoria, sería imposible calcular la pena del cómplice y si se hace es una pena con tintes de ilegalidad; pero lo anterior no es el único problema que genera tal postura, si se condiciona la pena del cómplice a la del autor solo se tiene en cuenta el título único de imputación, enfoque rechazado por el Art. 67 Pn. el cual establece la pluralidad de los títulos de imputación tal como se encuentra redactado en el Art. 66 Pn. si el cómplice por su posición personal o por su conocimiento se le ha de imputar un título diferente del que ha de responder el autor, estamos ante marcos penales diferentes sin concordancia alguna, se vuelve otra vez imposible tomar como parámetros la pena del autor, para calcular la del cómplice, estos problemas requieren una solución de fondo, la que infra se propondrá en base a criterios doctrinarios.

3.2.2.3 - La Dependencia Implica Acceso Directo al Hecho Principal.

La accesión de la participación al suceso principal de la autoría es directa, en razón de su carácter accesorio, tiene una relación colateral o paralela al acontecer primario, y éste a la vez constituye su requisito de existencia, es por ello que no se puede abogar por la llamada participación en cadena²⁷² como la complicidad en la complicidad o la instigación en la instigación, ya que en tales figuras más que hablar de accesoriedad, es realmente accesoriedad de la accesoriedad donde el aporte secundario accede a otro de igual naturaleza, desvirtuándose la relación directa al hecho principal. Estas formas de participación no están abanderadas por la ley penal, ya que estas solo atisban la prohibición de participar en suceso prohibido, en cambio una cadena implica la prohibición de provocar o auxiliar una prohibición de participar en una prohibición, lo cual deviene en una interpretación extensiva de los Arts. 33 Pn. en relación a los Art. 34, 35 Pn. y 65, 66 Pn. y un choque frontal al Art. 1 Pn. que consagra el principio de legalidad y su subsiguiente prohibición de la interpretación extensiva *in malam partem*, por lo que no es ostensible suscribir la tesis de la participación en cadena como algunos autores lo han hecho.²⁷³

En síntesis la participación en sentido estricto, solo lo constituye aquella conducta accesoria que acceda de forma directa al suceso principal en forma de acción del autor, he allí la verdadera naturaleza subordinada de la misma, son las formas típicas de accesoriedad, el Art. 35 establece: “*Se consideran instigadores los que... hubieren determinado a otro a cometer el delito*” hay una conexión inmediata con la autoría; y el Art. 36 Pn.” *Se consideran cómplices, los que prestan al autor o autores...*” otra vez se contempla una relación inmediatamente conectada a la acción principal del autor, no se admite posible extensión.²⁷⁴

²⁷² Mir Puig Op, Cit. Págs. 423 y 433

²⁷³ Welzel Op. Cit. Pág. 144

- También Zaffaroni Op. Cit. Pág. 186

- En igual sentido Miguel Trejo Op. Cit. Pág. 186

²⁷⁴ Zaffarini. Eugenio Baúl. Tratado de Derecho Penal Parte General. Tomo IV. Editora EDIAR. Argentina.

3.2.2.4 - Accesoriedad a Nivel Procesal Penal

Cuestión que llama a estimar diversos puntos de vista, la razón es que se parte de premisas incorrectas o parcialmente correctas, la participación depende siempre de un hecho principal imputable a un autor, y así mismo lo expresa Fierro²⁷⁵, estimando la necesidad del hecho ejecutivo y antijurídico, aunando a los requisitos de la autoría, porque el hecho es obra del autor, como al principio de este trabajo se expresó, un aspecto importante de la autoría es que sirve de título personal de imputación, el título del autor habilita su responsabilidad por el hecho, y a su vez habilita la accesoriedad, no se debe imputar el hecho a título de partícipe sino se ha imputado previamente a título de autor, lo contrario implicaría un contra sentido, Fierro²⁷⁶ sostiene que no hay problema en juzgar al partícipe en ausencia del autor, aduciendo que la accesoriedad lo es del hecho principal considerando en su totalidad, y no en la acción de otro, esa aseveración es contradictoria en si, pues el hecho global es principal porque es obra de la figura central, el suceso se rige sobre la base de la acción (fundamento de las restantes categorías) la que necesariamente conlleva la primera imputación, tal imputación va aumentando en las ulteriores categorías hasta llegar a la antijuridicidad, donde se origina la imputación más determinante, esto es , la autoría, todo lo anterior solo puede construirse en el proceso en el caso concreto, para lo cual es necesario que el sujeto objeto de la imputación este presente, no se debe determinar la responsabilidad de un sujeto ausente, lo impide su derecho de defensa de carácter constitucional, armar así una responsabilidad penal accesoria y efectivizarla así conlleva hacerlo sobre la base de una responsabilidad criminal presunta de la autoría, también las presunciones de responsabilidad criminal están prohibidas por la constitución en el Art. 12 de la misma, y de forma especial.

Por lo tanto el hecho principal lleva inhibido una imputación eficaz la que se completa con la autoría, pero estas son situaciones que se prueban en el proceso, esto es, en juicio, de carácter contradictorio, la autoría se construye procesalmente por medio de

²⁷⁵ Op. Cit. Pág. 543

evidencia, el concepto se funde en la persona, no siendo viable su disolución, y esto por exigencia de un Estado de Derecho, en donde las situaciones criminales de las personas son certeras y reales, sin ser menos acomodamientos hipotéticos criminales.

Para potenciar aún más la represión del Sistema Penal, estimando también la posibilidad que a la hora de juzgar posteriormente al presunto autor, opere para él la teoría de la faz negativa del Delito, en su acción, tipicidad y antijuricidad, infundando aun más la participación en tales casos. “*desde esta perspectiva – aduce Bustos Ramírez – de la accesoriadad se explican de otro modo seria imposible, los limites garantistas a la punibilidad, ... (La participación sólo puede ser a un hecho principal)*”²⁷⁷.

La importancia se denota más claramente en la justificación de las sentencias penales, pues deben basarse en argumentos sólidos que implique un enlace de las normas con los hechos fácticos²⁷⁸ (acciones humanas) y no de normas con construcciones ficticias de presuntas conductas.

3.2.3 - Principio De Convergencia.

Este principio se desglosa en dos dimensiones, una subjetiva y la otra objetiva, la primera determina y rige el proceso psíquico interno del partcipe, la segunda trata sobre el aporte material eficaz suficiente para considerar participación.

3.2.3.2 - *Convergencia Subjetiva*

Este subprincipio es el criterio rector del aspecto subjetivo de la participación, según el cual el partcipe debe conocer que su aportación forma parte de un complejo

²⁷⁶ Op. Cit. Pág. 545

²⁷⁷ Op. Cit. Pág. 290

²⁷⁸ Bonorino Pablo Raúl Justificación de las sentencias Penales. Una Perspectiva lógica y lo conceptual. 1º ED. Pág. 4 San Salvador El Salvador (N) – ECJ2004

delictivo, lo que requiere la cognición de los contornos objetivos del hecho principal y de la aportación accesoria²⁷⁹.

Los tipos de la parte especial están diseñados normativamente para aplicarlos directamente al autor, la conducta de éste es la que se encuentra descrita en el supuesto penal, de allí que la estructura subjetiva del tipo, digamos su fuente general subjetiva de imputación, el dolo del mismo, es el dolo del autor (En igual sentido la conexión mínima subjetiva requerida por el tipo: la imprudencia) no aplicable al partícipe por no encajarse su descripción en la parte especial, el conocimiento y el querer del partícipe se le requiere y se le configura por medio de la convergencia subjetiva y de esta forma también es accesorio respecto del dolo del autor. Donna²⁸⁰ expresa “*no solo el autor debe actuar con dolo sino también el partícipe, quien debe realizar su aporte en forma dolosa*” es así que el partícipe dirige su aportación dolosamente a la producción de un resultado principal punible, esto conlleva al conocimiento y voluntad de la concreción de un tipo determinado, es un conocimiento determinado, pues se sabe a que concreto resultado se aporta²⁸¹ queriendo la afcción del bien jurídico.

Esta concordancia psíquica común con el autor, puede representar un acuerdo entre el partícipe y el autor expreso o tácito²⁸² no es necesario como lo apunta Fierro²⁸³ un acuerdo previo expreso y formal, esto es una reciprocidad autor – partícipe del saber y querer el hecho ilícito, la responsabilidad penal se basa en la decisión personal de viabilizar la producción del resultado, es así que no es necesario que el autor conozca²⁸⁴ que se le secunda en tanto que el partícipe tenga un conocimiento íntegro de su conducta en relación al suceso principal.

Basta para la doctrina, y también a nuestro criterio, que se configure dolo eventual para apreciar establecido el aspecto subjetivo de la participación²⁸⁵, si el

²⁷⁹ Fierro Op. Cit. Pág. 529

²⁸⁰ Op. Cit. Pág. 59

²⁸¹ Zaffaroni Op. Cit. Pág.370

²⁸² Urzúa. Op. Pág. 226

²⁸³ Op. Cit. Pág. 531

²⁸⁴ Fierro. Op. Cit. Pág. 530

²⁸⁵ Donna Pág. 59; Zaffaroni Pág. 570

participe acepta un resultado más grave o diferente debe responder también por ello, como así lo señala Urzúa. De las anteriores consideraciones se extrae lo siguiente:

Si el dolo del partcipe va encaminado al favorecimiento de un hecho típico determinado, éste puede ser consumado –ya sea formal o materialmente- o tentado pero siempre constituye un ilícito punible.

Si opera un error en el dolo del partcipe queda excluido de responsabilidad ya que no se le concibe en su forma imprudente²⁸⁶.

Tampoco es posible la participación dolosa en un hecho imprudente a tenor del Art. 32 Inc. 3º Pn. al establecer que “*en los delitos culposos cada uno responde de su propio hecho*” quedando excluida la producción del resultado lesivo al bien jurídico en relación de participación.

Y como consecuencia lógica se anula en nuestro ordenamiento la posibilidad de la participación imprudente en un hecho culposo.

Siendo el dolo un aspecto de dimensión específica franquea un marco psicológico determinado de responsabilidad, así si los intervinientes o autores, se exceden de lo previa y dolosamente configurado, el exceso no grava a los demás concurrentes,²⁸⁷ esto es una consecuencia de la teoría de la pluralidad del título de imputación, ejemplo: “B” queda en ayudar a “C” en las lesiones de “A”, pero “C” lo mata, luego “B” no responde por homicidio a menos que haya obrado con dolo eventual respecto del resultado.

3.2.3.2- *Convergencia Objetiva*

Este subprincipio va encaminado a la exigencia de una aportación eficaz²⁸⁸ en la obra del autor, debe ser un aporte que en verdad favorezca la producción del resultado ilícito, se requiere por lo tanto una relación causal, “*co- causal*” como lo estima la

²⁸⁶ Donna Op. Cit. Pág. 60

²⁸⁷ Cury. Op. Cit. Pág. 226

²⁸⁸ Zaffaroni Op. Cit. Pág. 366

doctrina respecto del ilícito²⁸⁹ esto desde luego si constituye un favorecimiento material o psíquico, pero representa una condición relevante en la relación causal, queda descartada en tal medida la tentativa de participar por no entrañar relevancia causal con el acontecimiento injusto del autor²⁹⁰ aquí lo que rige, por tanto, de forma regulativa es la aportación de una **condición eficaz** al resultado realizado por el autor, que ingrese con carácter significativo al desarrollo del mismo.

3.2.4 Principio de Identidad de Tipo

Bajo este principio las aportaciones de la participación en la autoría deben ir encaminadas hacia una misma adecuación típica, más bien dicho, un suceso en forma de acción típica determinada, “*lo que se quiere destacar – según Fierro -²⁹¹. Es que las contribuciones deben converger a una unidad a una acción antijurídica determinada, o a varias*” de tal forma que tanto las conductas accesorias como las de autor converjan, no obstante las diversas formas en que se puede cooperar o provocar, en un mismo acontecer típico, sin embargo, la tipicidad es una imputación que requiere condiciones y conocimientos que se tienen respecto del ilícito, pueden ser distintos en los diferentes concurrentes, y tener así, calificaciones jurídicas, diferentes en un mismo acontecer, razón por la cual según nuestro criterio esta identidad descansa en las aportaciones aunque sean divergentes en una acción principal típicamente básica, y de ahí que en base a la diversidad de posiciones personales de los sujetos cooperantes, se siente en cada uno de ellos un título de imputación diferente en relación a los otros, el tipo aplicable a la participación siempre debe ser determinado, aún en base a lo anterior es siempre determinado,²⁹² y esto es así por la accesoriedad de ésta, la que va en torno al suceso primario, el cual es la base de la imputación secundaria, el punto de partida, que cuando

²⁸⁹ Fierro Op. Cit. Pág. 532

²⁹⁰ Fierro Op. Cit. Pág. 533

²⁹¹ Op. Cit. Pág. 525

²⁹² Jiménez de Azua, Luís. La Ley y el Delito. Principios de derecho penal. 2º ED. Editorial Hermes. Buenos Aires. Argentina. Pág. 540

se proyecta y se ve modificado por las circunstancias peculiares que sufre cada interviniente, se pone de manifiesto que es un núcleo que se especializa o se mantiene jurídicamente unido para responder a la pluralidad de situaciones de los partícipes; de igual forma es si los hechos ilícitos responden a varias infracciones penales²⁹³ como en el concurso real, lo trascendental es develar el aporte de participación como engarzado a un mismo suceso en forma de acción típica de carácter eminentemente básica.

Todos estos principios son regulativos de la participación, y como se puede percibir hay una interacción indisoluble con la figura central, no podemos sostener un discurso de participación sin hablar de autoría pues ésta es su condición de existencia, y viceversa al tratar sobre la autoría, se lo hace delimitándola de la participación, sobre planos divergentes, en tanto que la autoría siempre responde como figura central siendo tal calidad su verdadera esencia, y estas situaciones constituyen el eje rector de las mismas, así la figura central y la secundaria se enlazan para complementar los títulos personales de imputación criminal.

Una vez acuñadas las premisas reguladoras de las relaciones de participación resta el análisis de cada una de las formas de participación, las que hemos venido discriminando a lo largo del presente trabajo.

3.3 - Las Formas De Participación

Conocidas como auténticas formas de participación y a las que la doctrina se refiere como formas de participación en sentido estricto,²⁹⁴ y de esta forma es reconocida en la normativa penal salvadoreña, empezando por el Art.32 Pn. el que establece que “*incurren en responsabilidad penal por el delito cometido, los autores, los instigadores y cómplice.*”, y el epígrafe del capítulo IV del título II del Pn, de forma expresa se refiere a: “*de los autores y partícipes*”, acogiendo así mediante el sistema regulativo de sus disposiciones en ese apartado la teoría de la participación penal, la que ya en parte se ha

²⁹³ Fierro. Op. Cit. Pág. 526

agotado en la presente obra y con la cual proseguimos, teniendo como base todo el sustento doctrinario anterior.

Los artículos tocantes a la participación constituyen un bloque mínimo de requisitos de existencia legal que condicionan los títulos de participación cuya concurrencia común es indispensable en el caso concreto, estas formas no son productos de un capricho en su aplicación, las que serán aplicadas por exclusión una vez bifurcada la autoría, no es así, mas bien una vez fundada la figura central del suceso, y a posible concurrencia de otros es imprescindible determinar si pueden fundarse también las condiciones mínimas legales y doctrinarias que habilitan la aplicación concreta de las figuras de participación, pues hay que tener en cuenta que es el poder más violento del Estado es el que se esta desencadenando el cual solo es concebible imprimir bajo las garantías que han absorbido la mayoría de sistemas penales, opera siempre, en virtud de supuestos legalmente configurados en razones de justicia y equidad y con los fines constitucionalmente consagrados en pro de la persona en su ubicación en el seno de una sociedad que pretende la democracia.

3.3.1 - **La Instigación o Inducción.**

El Art. 35 Pn. hace una descripción en rasgos amplificados de esta figura secundaria de concurrencia activa en el injusto penal, “*se consideran instigadores los que dolosamente hubieran determinado a otro a cometer el delito*”. *Instigación es aquella forma de participación mediante la cual de manera intelectual se vierte un influjo psíquico en el pensamiento de un sujeto para que éste adopte la resolución de ejecutar un injusto penal para Hipolito Gills*²⁹⁵ “*la instigación consiste en determinar o inducir dolosamente a otros en cometer un delito doloso*”.

²⁹⁴ Welzel Op. Cit. Pág.134

²⁹⁵ Gills Hipolito. Derecho Penal. Parte General. Grafos S.A. Panamá. 2004. Pág. 321

En la doctrina se genera discordancia en torno a la terminología de esta figura aduciendo unos que inducción es otra forma de instigar²⁹⁶, otros que determinar es diferente a instigar²⁹⁷, pero la mayor parte de la doctrina los toma como sinónimo no deteniéndose en tal contraposición sin carácter de fondo, indistintamente de la expresión que se use siempre se referirá a esa forma secundaria de intervención activa en el ilícito.

La instigación presenta un cuadro en el que se genera la resolución del inducido a cometer el suceso, se le inyecta esa decisión “*es preciso que el inductor haga nacer en el inducido la resolución de cometer un delito*”²⁹⁸ es menester que la persona determinada no esté antes del influjo decidida al cometimiento, ya que doctrinariamente se exige una relación de causa y efecto en el plano psíquico, de no existir no podría estimarse inducción²⁹⁹, a lo sumo complicidad, de estimarse la misma moralmente, “*lo decisivo –estima Welzel- es originar la decisión al hecho en el autor*”³⁰⁰ de igual forma opera si se determina a un hecho más grave habría que estimarse complicidad psíquica ya que no hay provocación en el sentido de ser con carácter originario, lo anterior no obsta a que el ejecutor no haya concebido mentalmente la posibilidad de realizar el hecho, en tanto no haya decidido ejecutarlo, cabe inducción si se le provoca la decisión criminal,³⁰¹ para describir de forma objetiva la entidad de la inducción, se le concibe como *eficaz*³⁰² y no podría ser menos tomando en cuenta que se le castiga en la misma proporción a la autoría, y esto es así, porque el inductor es señor del plano decisivo del acto, y el autor de su ejecución³⁰³ lo que configura una simbiosis delictiva de gran trascendencia, que por razones político-criminales se le equipara a la figura central a efecto de merecimiento de pena según el Art. 65 Pn.(lo que entraña una grave afectación al principio de culpabilidad); y así en muchas legislaciones basadas siempre en esa idea

²⁹⁶ Curry. Op. Cit. Pág. 244

²⁹⁷ Estrada Vélez. Fernando. Derecho Penal. parte general. 2º edición. Editorial Temis. S.A. Bogota. 1986. Pág. 141

²⁹⁸ Labatut Glenda. Gustavo. Derecho Penal. Tomo I. 9º ED. Editorial Jurídica de Chile 1990. Pág. 199.

²⁹⁹ Glenda Op. Cit. Pág. 199

³⁰⁰ Op. Cit. Pág. 139

³⁰¹ Creus. Op. Cit. Pág. 410

³⁰² Bustos Ramírez. Op. Cit. Pág. 293

³⁰³ Donna Op. Cit. Pág. 75

de la eficacia del inductor,³⁰⁴ al estimarse como la causa psíquica que viabiliza la realización de la acción principal por obra del autor, pero tal nexo psíquico para poseer tal peso legal, se conecta a otra condición, que representa el incremento del riesgo desaprobado jurídicamente de que el inducido lo concrete en la ejecución afectando el bien jurídico³⁰⁵, en tal condición se origina la determinación directa.

3.3.2 - *Principio de Determinación Directa de La Instigación.*

Este principio rector de la instigación comporta el sustrato objetivo de esta figura participativa que se desencadena en dos factores indispensables, es a saber:

-La determinación debe estar referida a un tipo de la parte especial determinado,³⁰⁶ estar dirigida a un injusto penal concreto, “*es necesario -Donna- que se induzca a una determinada lesión típica de un bien jurídico*”³⁰⁷, por lo que cualquier provocación de carácter genérica no es constitutiva de inducción, no es condición por el contrario que la determinación entrañe una descripción exhaustiva de los rasgos típicos del suceso, sino una percepción de los contornos generales del supuesto de hecho en su forma básica, “*Una instigación indeterminada es insuficiente*”³⁰⁸

-La provocación del suceso típico debe dirigirse de forma directa a un o a unos ejecutores concretos³⁰⁹, estos pueden ser autores o coautores o no serlo como *infra* se verá, pero lo importante es que sean determinados, no se requiere una relación personal entre el inductor y el inducido, pero si debe ser directa, estar dirigida hacia específica persona, lo que conlleva a la efectiva realización del acto, por la influencia mental, no basta como dice Creus³¹⁰, la mera insinuación o las sugerencias ambiguas, “*la instigación a de ser individual tanto respecto del hecho como del autor*”³¹¹, lo requerido

³⁰⁴ Conde Muñoz Op. Cit. Pág. 462

³⁰⁵ Conde Muñoz. Op Cit. Pág 461

³⁰⁶ Creus Op. Cit. Pág. 410

³⁰⁷ Op. Cit. Pág. 77

³⁰⁸ Conde Muñoz. Op Cit. Pág.461

³⁰⁹ Creus Op`. Cit. Pág. 411

³¹⁰ Op. Cit. Pág. 411

³¹¹ Welzel Op. Cit. Pág. 140

es pues, que el autor o autores sean individualmente determinados, ya que si no hay determinación de la figura central no se engarza la accesoriedad de la instigación, decae la misma por su propia esencia, es su naturaleza depender de la esencia principal de la autoría, salvo excepciones, para evitar la impunidad en situaciones donde por razones político-criminales se prescinde de la autoría, construcción de la instigación que opera bajo otras condiciones.

3.3.3- *El Dolo de Inducción*

Constituye el aspecto subjetivo de la instigación, son dos aspectos a tener en consideración, primero la fase subjetiva del inductor la cual es una situación componedora de esta figura secundaria, segundo la fase psíquica del ejecutor, donde se estudia la posibilidad del obrar imprudente del ejecutor instigado.

Hay que partir del punto independiente de que el instigador siempre ejercerá una actividad intelectual de carácter dolosa, nunca imprudente, ya que implica pleno conocimiento de su aportación al suceso principal, “*que el instigador tenga plena conciencia del hecho en el cual participa*” como lo manifiesta Bustos Ramírez³¹² - y prosigue – “*y por eso tiene que ser necesariamente dolosa*”, es el inductor el que se proyecta mentalmente el hecho y luego se lo comunica en provocación al ejecutor, es inconcebible en su forma culposa, pero de esto no se puede inferir que el hecho principal se ejecute siempre en su contexto doloso, una cosa es que se exija que el instigador sepa y tenga la voluntad de que el provocado realice el hecho, y otra es que el hecho provocado se realice en forma dolosa o culposa, cuestión que encuentra posiciones encontradas en la doctrina, se trata cada supuesto por separado, distinguiéndose la inducción (dolosa) a un hecho imprudente. Por otro lado, el límite mínimo subjetivo en la inducción lo constituye el dolo eventual.³¹³

³¹² Op. Cit. pág. 292

3.3.3.1- *La Inducción a un Hecho Doloso*

Este es el presupuesto que no suscita controversia alguna, y el que según parte de la doctrina es el único supuesto en el que procede la instigación.

A favor por ejemplo. Bustos Ramírez. Pág. 292; Welzel. Pág. 139; Bacigalupo, lineamientos Pág. 179; Cury. Pág. 245; Zaffaroni Pág. 366; Hipolito Pág. 321.

A esta semejante configuración psíquica del instigado y del instigador se le denomina “*doble dolo*”³¹⁴ y precisa la estructura subjetiva que debe observar este supuesto, en la que más de producir la resolución criminal del autor, el instigador también quiere que aquel lo haga voluntariamente y de forma consiente, esto es, que operen los elementos constitutivos del dolo en el autor (cognoscitivo y volitivo), es así que es preciso que el inducido ejecute un tipo doloso de autoría.

Siempre que haya de determinarse la instigación en un hecho doloso ha de hacerse sobre un plano subjetivo con carácter dual, esto es, deducir el Doble Dolo.

Esta modalidad de inducción es la única posible en nuestro sistema normativo penal según el Art. 32 Inc. Final. Y que literalmente consagra que “*en los delitos culposos cada uno responde de su propio hecho*”, excluyendo así la participación en el tipo imprudente dejándola únicamente subsistente en su forma dolosa, así que hay que tener en cuenta que si en la participación se genera un error en el elemento subjetivo de la percepción típica se excluye la participación y por lo tanto la responsabilidad penal.

De esta modalidad de estructuración de la inducción se deduce que el dolo del inductor es un parámetro del límite de la responsabilidad del inductor, ya que la misma se limita hasta donde coincide con el dolo del inductor³¹⁵ el exceso del autor partiendo de ese dolo solo le afecta a él penalmente, no al inductor, ya que se rompe el nexo de eficacia psíquica del inductor, en relación al resultado del inducido.

³¹³ Mir Puig. Op. Cit. Pág.434.

³¹⁴ Mir Puig. Op. Cit. Pág. 433

³¹⁵ Welzel Op. Cit. Pág. 140

Si el inducido realiza un tipo de menor gravedad, del representado por el influjo psíquico, que efectuó el inductor, por el contrario, se aminora su responsabilidad³¹⁶, porque su participación es predicable únicamente respecto de lo que ejecuto el instigado. Tampoco hay responsabilidad para el instigador si el inducido concreta una figura totalmente diferente a la instigada³¹⁷.

Los errores irrelevantes para el autor, como error en persona, en el golpe, o en el objeto, también lo son para el inductor³¹⁸, todas estas cuestiones del título de responsabilidad constituyen un reflejo de la teoría de la pluralidad y del conocimiento del título de la imputación *supra* desarrollado.

3.3.3.2- *Inducción a un Hecho Culposo*

Supuesto de controversia doctrinaria, pero que nada obsta estimarlos según consideraciones sistemáticas, y que cobra mayor auge doctrinario.

A favor por ejemplo: Donna. Pág. 78; Gimbernat. Pág. 435; Claus Roxin Pag. 249 y 212.

La modalidad de este supuesto de inducción se estructura sobre la base del saber y querer que el ejecutor infrinja el deber de cuidado produciendo con ello que se concrete el resultado jurídicamente desaprobado, “*la causación de la decisión del autor no ha de ser una decisión de delinquir, sino de realizar una conducta imprudente*” como lo comprende Mir Puig³¹⁹, y en ello estriba la diferencia estructural con respecto al hecho doloso, aquí se provoca la vulneración del deber de cuidado impuesto por una fuente de regulación normativa, que se proyecta en un resultado que configura el injusto penal, postura que ha sido absorbida por algunas legislaciones como la española³²⁰ por lo que la solución es un tanto más compleja en la accesoriidad de la participación.

³¹⁶ Hipólito Op. Cit. pág. 322

³¹⁷ Bacigalupo. Manual... Pág.209

³¹⁸ Welzel Op. Cit. pág.140

³¹⁹ Op. Cit. Pág. 435

³²⁰ Mir Puig. Op. Cit. Pág. 426

Por supuesto que esta posibilidad de instigación ha sido anulada por nuestra legislación lo que no obsta para consideraciones dogmáticas, al fin y al cabo la doctrina es previa a la esquematización legal de las figuras aquí tratadas mientras la ley permanece más o menos pasiva la doctrina sufre innovaciones día a día las cuales orientan a las legislaciones, y desde ahí hay que profundizar más en ello, lo que se escapa del objeto de la presente obra.

3.3.4 - *Exterioridad en La Ejecución.*

Mientras el instigado no haya llegado en su actuar en la fase de ejecución que implica punibilidad – ya sea tentativa o consumación – no principia la existencia de ésta figura por su calidad de secundaria según el Art. 37 Pn. concepción enervada al tocar *supra* el principio de exterioridad, “*el hecho debe de estar perpetrado o por lo menos alcance el grado de tentativa punible*” expresa Welzel³²¹ al tratar sobre la instigación.

Se excluye en base a la acesión directa al hecho principal, la instigación a la instigación, o la instigación a la complicidad, por no haber acesión a un hecho autónomo de autor, nos remitimos a la observación *supra* señalada, de igual forma queda descartada la inducción intentada ya que no conlleva la eficacia causal respecto al resultado, y por tanto injustificado de reacción penal tal como lo manifiesta Bacigalupo³²² al razonar que la participación debe ser conectada a un tipo principal de la parte especial, si se quiere conectar la instigación y su representación tentada, tendría que haber una específica regla legal que la contemple como posibilidad, no existe tal disposición en el código penal, sabio en tal aspecto el legislador en no regular semejante incongruencia.

3.3.5 - *Supuestos de Inducción Autónoma.*

El legislador ha tipificado en la parte especial supuestos de inducción específicos, que de no ser criminalizados particularmente no podría operar la inducción

³²¹ Op. Cit. Pág. 159

en base a las condiciones y reglas ya desarrolladas por no suplirse las mismas en tales condiciones o por la falta de tipicidad³²³ que sufre la acción del inducido (acción penalmente no relevante), en la ausencia de un hecho típico y antijurídico no hay accesoriadad no existe la esencia de la misma conforme la teoría de la participación, “*por lo que – mantiene Muñoz Conde³²⁴ - si la inducción no se tipificara expresamente quedaría impune, por su carácter accesorio respecto al hecho principal*”. Es así que se eleva al nivel de la figura central haciéndosela autónoma, por imperativo de ley, el caso más representativo es la instigación al suicidio, **inducción o ayuda al suicidio** según el Art. 131Pn., el suicidio no constituye un hecho típico, por su contexto puramente personal, sin embargo el legislador por razones de sentido social, ha criminalizado tal conducta ya que se afecta el bien jurídico de mayor jerarquía penal cual es la vida en base a la irrefutable valoración que la sociedad posee de la misma.

Un segundo supuesto se contempla en el Art. 203 Pn. **inducción al abandono** la resolución del menor de abandonar su casa no es constitutivo de un tipo penal, es así, que no hay un suceso principal en forma de acción realizado por el autor, no obstante en consideraciones legislativas tal determinación es digna de punibilidad, las regulaciones son al respecto de corte político- criminal y no dogmáticas.

El tercer supuesto en nuestro código penal se encuentra en el Art. 169 Pn. **Inducción, promoción y favorecimiento de la prostitución**. La prostitución no configura un tipo de autoría, no hay acción típica principal y en consecuencia no hay autoría, solo elevándose a la categoría de autoría es posible este tipo de inducción, sin embargo en su estructura es menester en base a la teoría de la participación reflejar los elementos de la instigación participativa que le han de subsistir, como el dolo, la eficacia causal psíquica, la acción penalmente no revelante particularizada por el legislador (la que se correspondería con la acción típica principal) y por supuesto la determinación directa a tal acción atípica, esto produce su inmediatez a la misma, lo que

³²² Manual Pág. 209

³²³ Creus Op. Cit. pág. 409

³²⁴ Op. Cit. Pág. 463

conlleva la creación del riesgo concretado en el resultado concreto (atípico) que trata de evitar el legislador, ya no jurídicamente desaprobado, sino socialmente desaprobado.

3.3.6 - Penalidad de la instigación

El Art. 65 Pn. dispone que “*A los autores, coautores, autores mediatos e instigadores de un delito o falta se les impondrá la pena que para cada caso se halle señalada en la ley*”. como se ha venido reconociendo el legislador equipara en efectos penales a autores e inductores debido a la dañosidad social que se considera inhibita en semejante figura de accesoriedad, es así que la disposición en mención, prevé que el marco penal del título que se le impute al instigador, es la base de su penalidad, y si es instigación en su esencia participativa en base al Art. 67 Pn. su marco penal puede o no coincidir con el marco penal del título de imputación del autor, según las circunstancias personales operantes para cada uno, o por exceso del autor, o desviación por parte del autor de la acción instigada a otra no contemplada en la determinación.

En el caso de la instigación como figura autónoma legalmente configurada corresponde la individualización penal sobre el intervalo del propio tipo de instigación.

Ya sea instigación accesoria o autónoma se encuentran exentas de la aplicación de las reglas de la tentativa, por no ser viable en doctrina la tentativa de instigación, ya que no hay conexión psíquica con el resultado.

Cosa distinta es la instigación en el hecho en estado de tentativa punible, pues aquí ya hay conexión psíquica con un hecho prohibido aunque tentado del autor, y por lo tanto hay que aplicarle la correspondiente reducción por el hecho intentando por el autor, sobre la base del Art. 24 Pn. produciendo así la determinación del marco penal de la instigación en el delito imperfecto, conforme a la idea del Art. 68 Pn según el cual “*la pena en los casos de tentativa se fijará entre la mitad del mínimo y la mitad del máximo de la pena señalada al delito consumado*” criterio legal de determinación de la pena abstracta no se aplica por lógica a la inducción autónoma legal y la razón es que en la inducción accesoria es la acción típica principal del autor la que quedó en grado de tentativa y a la que accesa el título de imputación del partícipe, el que por dependencia

debe ser tentado igual al del autor, en la inducción autónoma no hay tentativa ya que no existe un tipo de autoría susceptible de ejecución, la inducción solo constituye un influjo intelectual activo, es una fase en la que solo hay dominio de la decisión, no hay acción típica principal, y por ende no hay ejecución punible, mucho menos tentativa por que implica ejecución, aquí hay instigación porque el hecho concreto socialmente desaprobado y no querido por el legislador se concretó cabalmente y fue agotado, el que no entraña ejecución en el sentido penal, así la tentativa es imposible en tales figuras. Estas razones no han sido observadas por la doctrina, son consideraciones producto de la investigación que conlleva el presente trabajo.

Siendo la inducción representativa de un nexo psíquico eficaz, por naturaleza es activa, razón por la cual no se concibe la instigación en su forma omisiva³²⁵.

El medio empleado para inducir es indiferente pudiendo ser persuasión consejos, disuasión entre otros pero siempre dejando intacta la libertad del inducido³²⁶.

3.3.7- La Complicidad

Consiste en aquella forma de participación dolosa conforme a la cual se le brinda cooperación o auxilio eficaz al autor en la realización del injusto penal (de dominio o de deber especial), ya sea en su preparación o en su ejecución “quien coopera – dice Cury – dolosamente a la ejecución del hecho de otro por actos anteriores o simultáneos”³²⁷

Esta forma secundaria de intervención en el delito puede prestarse, por medio de consejos, hechos u otros aportes materiales o intelectuales.³²⁸

Sin importar el medio por el que se ayude al hecho principal, debe establecerse el nexo causal que desemboca en la lesión del bien jurídico por parte del autor, es así, que se exige del cómplice la aportación de una condición eficaz para la concreción del

³²⁵ Mir Puig. Op. Cit. Pág. 432

³²⁶ Welzel Op. Cit. Pág 139

³²⁷ Op. Cit. Pág. 246

injusto de la figura central, aunque sea una eficacia mínima,³²⁹ la eficacia causal debe presentar conforme a la teoría de la imputación objetiva, una creación o incremento del riesgo de la concreción de la afectación del bien jurídico a manos del autor³³⁰ que puede ser la puesta en peligro o la lesión del bien jurídico, para lo que se hace un enjuiciamiento a posteriori, para determinar si en base a un observador objetivo era posible la lesión en el caso de peligro³³¹ si hay lesión no es necesario tal enjuiciamiento, siempre y cuando se de por lo menos el estadio de la tentativa punible.

3.3.7.1 - *Estructura Subjetiva de la Complicidad*

El Art. 32 Pn. Inc. Final descarta la posibilidad de la participación en un injusto penal imprudente y sobre tal parámetro la complicidad en su plano subjetivo se estructura sobre la base del dolo, la mayor parte de la doctrina se inclina por esta posición.

A favor: Bustos Ramírez. Pág. 293; Bacigalupo Pág. 210; Welzel Pág. 142; Zaffaroni³³² Pág. 592.

Basta el dolo eventual para la doctrina,³³³ el dolo del cómplice se proyecta en el conocimiento y la voluntad de realización del hecho principal por parte del autor, y el conocimiento y la voluntad de favorecer la realización de tal suceso³³⁴ debe tener consciencia de su favorecimiento, en relación a la conformación del hecho principal (convergencia subjetiva).

Como el Código Penal solo contempla la complicidad en el hecho con carácter doloso, hay que deducir también la fase subjetiva del autor, esto es el dolo del tipo en

³²⁸ Op. Cit. Pág. 210

³²⁹ Muñoz Conde. Op. Cit. Pág.465

³³⁰ Donna. Op. Cit. Pág. 67

³³¹ Bacigalupo. Manual...Pág. 220

³³² Manual... Pág 325.

³³³ Donna. Op. Cit. Pág. 68

³³⁴ Ibidem Pág 68; Welzel. Pág. 143

todos sus elementos (cognocitivo y volitivo), en consecuencia la complicidad se debe estructurar sobre *el doble dolo*.³³⁵

Como consecuencia de esta composición subjetiva dual que debe observar la complicidad, el error sobre el elemento subjetivo general del tipo, excluye la complicidad, al igual que si el error recae en el dolo del cómplice, ya que son requisitos que habilitan la existencia de la misma.

El dolo del cómplice debe contener los rasgos fundamentales del supuesto típico que favorece, que haya una individualización,³³⁶ sin que conozcamos en exceso su configuración jurídica.

Para que opera la complicidad no es necesario un acuerdo previo de carecer formal con el o los autores, puede ser incluso tácito como lo analiza Fierro, incluso el autor puede ignorar que se le presta una colaboración, en tanto que el cómplice, si esté consciente de ese favorecimiento que presta, entonces puede haber una cooperación recíproca o unilateral donde el autor es el único consciente de ella.

3.3.7.2 - *Momentos de la Cooperación*

La cooperación puede displayarse en la preparación del hecho principal, en la ejecución del mismo, y después de ésta, lo que requiere algunas consideraciones. Estos momentos de la aplicación de la complicidad se retoman por el Art. 36 Pn. N° 1 y 2.

La aportación en la fase preparatoria y en la ejecutiva requiere que sea de entidad objetiva, “*intensidad objetiva de su aporte al delito*”³³⁷ pues debe ser tal, que sin la cual al hecho no se le imprime eficacia para su cometimiento.

Lo importante es que la aportación intelectual en el código penal solo es admisible en su forma subsecuente, pero bajo ciertas condiciones, como se verá, esta

³³⁵ <http://www.unifr.ch/sdphttp://www.ch/Derechopenal>. José Hurtado Pozo

³³⁶ Welzel. Op. Cit. Pág. 143

³³⁷ Bacigalupo. Manual...Pág.210

complicidad psíquica no es posterior al hecho en su genuino sentido, sino previa³³⁸ a raíz de la promesa, que es a la vez el elemento distintivo de ésta complicidad con respecto al encubrimiento, el vértice de este tipo de complicidad lo constituye la promesa³³⁹ en ella se centra la punibilidad de la misma, y por la razón que no se puede ser cómplice de un hecho pasado, la promesa según la doctrina debe ser anterior a la ejecución del injusto por el autor,³⁴⁰ en virtud a tal promesa de ayuda es que el legislador ha contemplado el único supuesto de reforzamiento psíquico del autor, para conminarlo con pena, según la doctrina es menester haber cumplido la promesa, esto es, debe haberse materializado para fundar la acción penal, en síntesis, la complicidad que favorezca en la preparación y ejecución del hecho debe conllevar una virtualidad material de considerable intensidad para la realización del hecho principal, en tanto que solo la complicidad sub-sequens o posterior puede basarse en un reforzamiento psíquico, con la efectiva posterior ayuda, quedando esta enlazada por complicidad en base a la promesa.

3.3.7.3- *Clases de Complicidad.*

El Art. 36 Pn. considera cómplices a:

- 1- *Los que presten al autor o autores una coopera de tal modo necesaria, que sin ella no hubiere podido realizarse el delito.*
- 2- *Los que presten su cooperación de cualquier otro modo a la realización del delito, aun mediante promesa de ayuda posterior a la consumación de aquel.*

Esta disposición diferencia entre complicidad necesaria (Nº 1) y complicidad no necesaria (Nº 2), conocidas también como complicidad primaria y secundaria respectivamente.³⁴¹

La delimitación entre una y otra se centra en la cuestión de delimitar que ha de entenderse por cooperación necesaria o no, en el fondo obedece a una aplicación menor o mayor de la pena, según la intensidad criminal material de la aportación.

³³⁸ Jiménez de Asúa. Op. Cit. Pág. 546

³³⁹ Cury. Op. Cit. Pag.246

³⁴⁰ Zaffaroni. Manual. Pág. 599

Teniendo en cuenta que la aportación de cooperación se da al margen del dominio del hecho, su mayor contraste se observa respecto de la coautoría y el dominio funcional del suceso, forma de autoría que ha sido abordada y perfilados sus contornos regulativos, de gran calado en éste asunto de delimitación, observando que es el autor el que realiza el tipo penal mediante la conducta ejecutiva sobre la base de su potestad final rectora, ubicando en la periferia del suceso a la participación con suerte de figura accesoria.

3.3.7.4 - *Complicidad Primaria o Necesaria.*

Según el Art. 36.1 Pn. es aquel participe que aporta una condición tal, que sin ella el injusto penal no se hubiera llevado a cabo, para determinar la necesidad de la ayuda respecto del injusto del autor se vierten tres posturas, estas son:

3.3.7.4.1 **Posición abstracta:** esta se asienta sobre la base de la teoría de la equivalencia de las condiciones, y para saber si hay ayuda necesaria, se debe suprimir hipotéticamente la cooperación, si anulada esta el resultado ya no se proyecta no hay necesidad, en tanto que suprimida no se proyecta el resultado hay necesidad³⁴² bajo una consideración en abstracto nunca puede haber una necesidad en la aportación, pues también se estudian otras posibilidades mentales de realización del hecho.³⁴³

3.3.7.4.2 **Consideración concreta.** Se parte del suceso, en su momento y condiciones determinadas, se parte solo de la causación del aborrecimiento respecto del resultado,³⁴⁴ sin atender mas consideraciones o posibilidades fuera del suceso determinado, no hay más opciones de formas de cometimiento del hecho, solo la

³⁴¹ Ibidem. Pág. 592

³⁴² Donna. Op. Cit. Pág. 71

³⁴³ Bustos. Op. Cit. Pág. 71

³⁴⁴ Mir Puig. Op. Cit. Pág. 436

concreta con la que se cuenta, es así, que para esta tesis la aportación siempre obedecerá a la necesidad³⁴⁵, como lo entiende Bustos Ramírez.

3.3.7.4.3 **Importancia de la Aportación**

Esta tesis encierra una superación terminológica de “*Los bienes escasos*” pero las ideas rectoras siguen operando, y es de gran aceptación en la doctrina³⁴⁶ por solucionar el problema de manera más adecuada, ésta concepción fue ideada por Gimbernat³⁴⁷ y lo erige sobre tres principios:

- 1- La solución debe prescindir de situaciones hipotéticas, se anula la especulación.
- 2- El Art. 36 Pn. basa la distinción de la complicidad en una aportación que entraña una especial importancia respecto de la infracción
- 3- La ley parte de un lenguaje común.³⁴⁸

La importancia de la aportación viene dada por la dificultad de obtenerla , o la facilidad de conseguirla aportación (*escasez*), de tal manera que si el cooperador le aporta una condición difícil de conseguir entonces la cooperación es necesaria, por el contrario si el cómplice le otorga al autor una condición o ayuda fácil de obtener (a nivel de sociedad) la cooperación es no necesaria³⁴⁹ para lo cual hay que ubicarse en las circunstancias bajo las cuales ocurrió el suceso ilícito, esta es la solución que mejor explica la distinción, entre la complicidad necesaria y no necesaria, el juicio en consideración a la misma es exactamente donde se habrá que examinar la línea de desarrollo del hecho en su configuración típica objetivizada del autor.³⁵⁰

3.3.7.5 - ***Momentos de aplicación de la complicidad necesaria y no necesaria.***

Una vez delimitadas ambas clases, es preciso analizar en que momento opera una y otra.

³⁴⁵ Op. Cit. Pág. 293

³⁴⁶ Bustos. Pág. 294; Donna Pág. 72; Mir Puig. Pág. 436

³⁴⁷ Gimbernat. Autor y Cómplice en derecho penal. Madrid. 1996. P. 138 – Citado por Donna. Pág. 72.

³⁴⁸ Donna. Op. Cit. Pág. 73

³⁴⁹ Donna. Op. Cit. Pág 74

Parte de la doctrina se inclina en que la complicidad primera solo opera en la fase de ejecución.

Así: Bacigalupo, Manual. Pág. 211; Zaffaroni Pág. 598.; Mir. Puig. Pág. 439.
en contra; Creus. Pág. 405; Donna Pág. 69

Nos inclinamos por la postura en que el cómplice primario solo puede serlo en la preparación,³⁵¹ ya que si en la fase de ejecución tiene la potestad de decidir sobre el favorecimiento, y éste es tal que sin el no se puede cometer el injusto, es señor de la realización del suceso, el dominio del hecho implica la decisión de seguir con el curso del hecho o detenerlo, implica el rol de vertir la cooperación en la ejecución, obedeciendo a la distribución, tal aporte quedará inmediatamente conectado a la acción típica, en forma indisoluble, conexión directa esencial para la realización del suceso, esa “*importancia esencial*” constituye un principio regulativo deductor de la coautoría³⁵² tal como lo observa Roxin.

En contraposición la complicidad secundaria puede ser anterior, simultánea o subsiguiente de la ejecución del autor.³⁵³

Simultánea en tanto no lleve inhibida la aportación esencial³⁵⁴ que decide el éxito del hecho, es una aportación in esencial pero eficaz en la conformación del acontecer delictivo del autor, dejando intacta así la autoría o coautoría, quedando enlazados en el marco de ésta, aquellas aportaciones inmediatamente conectadas a la conducta ejecutiva, en una unidad complejamente necesaria de la acción y determinantes del injusto.

Por último la complicidad secundaria es la única que puede ser posterior a la ejecución del hecho, pero la misma solo es posible en virtud de la promesa que es el centro de fundamentación de la responsabilidad aunada a la concreta ayuda, no la simple promesa sino ésta y la realización posterior de la misma, pues solo así cabría hablarse de complicidad posterior, es posterior precisamente por haberse cumplido en la

³⁵⁰ Bustos. Op. Cit. Pág. 294

³⁵¹ Choclan Montalvo. José Antonio. Culpabilidad y pena. Su medición en el Sistema Penal Salvadoreño. 1ª ED. CSJ. Justicia de Paz. El Salvador. 1999

³⁵² Op. Cit. Pág. 312

³⁵³ Zaffarini. Op. Cit. Pág. 599

relación criminal la ayuda prometida, que implicó un impulso a la determinación del autor de cometer el suceso en forma de acción típica injusta.

3.3.7.6 - *Complicidad y Exterioridad*

Como observamos el suceso principal del autor es el desencadenante de la responsabilidad por complicidad y sustentándonos en la exterioridad de la conducta ejecutiva como condición de la reacción penal, solo recalcamos que siempre debemos observar que se de siquiera el estadio de la tentativa³⁵⁵ punible para considerar la imputación por complicidad como titular de punibilidad, la tentativa de la autoría determina también la tentativa de la cooperación y la consumación del autor es la consumación de la complicidad, en accesión directa, descartándose la complicidad en la complicidad y la complicidad en la instigación.

3.3.7.7 - **Penalidad de la Complicidad**

La delimitación entre complicidad necesaria y no necesaria nos lleva a una diferenciaron de la penalidad de las mismas según sea el caso, si es necesaria para el legislador es considerada como una ayuda de considerable magnitud en ataque al bien jurídico, si es no necesaria importa una ayuda más leve de ataque indirecto al bien jurídico, siendo la primera más merecedora de pena, esto es, de una mayor proporción de pena, la segunda por su menor entidad prohibida merece menor proporción de pena, sobre estas ideas el Art. 66 Pn establece “*El criterio técnico legal*” de determinación de la pena abstracta de los cómplices:

“La pena del cómplice en el caso del numeral (1) del Art. 36 de éste código (complicidad necesaria), se fijará entre el límite legal que corresponda al delito y las dos terceras partes del máximo de la misma pena y en el caso del numeral (2) del mismo Art. (Complicidad no necesaria), se fijará entre el mínimo legal que corresponde al

³⁵⁴ Mir Puig. Op. Cit. Pág. 599

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”.

Esta norma contempla una disminución obligatoria del marco penal del cómplice –al menos eso quiso regular el legislador- con relación al tipo de autoría sobre el que descansa la imputación por complicidad³⁵⁶, ya que más allá del aporte de especial entidad objetiva o subjetiva, la representación de ilicitud de la complicidad es menor que el de la autoría, en tanto que ésta se construye sobre la violación de un injusto principal, y aquella sobre una prohibición de carácter accesoria,³⁵⁷ así diremos que el contenido del injusto de la complicidad descansa en una prohibición secundaria, y el contenido del injusto del autor se asienta en una prohibición directa de la normativa penal, lo que obliga a una diferencia de tratamiento penal, máxime cuando la culpabilidad por el ilícito primario es mayor que la culpa por el ilícito accesorio.

Sin embargo la disposición en comento quebranta el principio de proporcionalidad de la pena, la que se decide en base al injusto y a la culpabilidad personal, contemplando solo una disminución de la parte superior del marco penal, se esta utilizando así el mismo marco del tipo de autoría, siendo incongruente con las consideraciones atisbadas, y una contradicción directa con el Art. 63 Pn. ya que se observa el mismo contenido de injusto y culpabilidad del autor para penar al participe por complicidad, no basta solo establecer un recorte superior para la pena de cómplice, para respetar el principio de culpabilidad, es menester, que se imponga la regulación del recorte inferior del tipo respectivo de autoría para determinar el tipo de partición, y dejarlos así de hacer coincidir en penalidad.

Una revisión más minuciosa del Art. 66 Pn devela una serie concreta de problemas que genera, por la forma legal en que esta configurada dicha disposición y que han sido discriminados en el análisis de la presente obra, que se presentan obedeciendo a un orden dogmático para su mejor comprensión, el primer orden de problemas se agrupan

³⁵⁵ Mir. Op. Cit. Pág. 440

³⁵⁶ Choclan. Op. Cit. Pág. 146

³⁵⁷ Ibidem. Pág 146

en base a la accesoriedad de la complicidad respecto a la figura central, en lo atinente a la dependencia interna de la cooperación, teniendo en consideración los grados de dependencia interna, el segundo orden de problemas los agrupamos en base a problemas de índole eminentemente de determinación e individualización de la pena del cómplice.

3.3.7.7.1 Problemas que genera el Art. 66 Pn en cuanto al *grado de dependencia interna*.

La parte final del Art. 66 Pn, entraña un grave error de accesoriedad al establecer “...pero en ningún caso (ya sea complicidad necesaria o no necesaria) excederá de las dos terceras partes de la pena que se imponga al autor.” Esa frase “**pero en ningún caso**” es un imperativo normativo, que constituye una condición legal que debe suplirse por el juez, se quiso por el legislador con la inclusión de esa regulación importar un límite máximo para el marco penal del tipo de complicidad, y condicionado ese límite a la pena concreta del autor, se adoptó la hiperaccesoriedad, ya que las condiciones personales que se proyecten en la pena del autor, trascenderán a la penalidad del cómplice, siendo su parámetro de referencia, y esta situación es una contradicción directa con el Art.37 Pn en el cual se acuña la participación limitada, son grados de dependencia irreconciliables por la exigencia que requiere cada uno y esto desde luego fue totalmente ignorado por el legislador

La primera cuestión de accesoriedad que determina tal limitación penal es: siendo necesaria la individualización de la pena del autor para determinar la pena del cómplice, la misma no se puede dar así en el autor opera una causa de inculpabilidad o de in imputabilidad, el parámetro legal que establece el Art.66 Pn como limitación máxima del límite superior del tipo de complicidad no existe, lo mismo es si el autor es un menor de edad y por tanto no titular de pena, aunque si lo sea el cómplice con plena capacidad de culpabilidad, el legislador no ha regulado una solución en defecto de esa condición de penalidad de la cooperación.

Luego la otra cuestión es que si hay un autor culpable, pero por razones político criminales no se le penaliza, aplicando una excusa absolutoria por ejemplo, que impediría individualizar la pena del mismo, de nuevo desaparece la posibilidad del parámetro penal del tipo de autoría, para el tipo de complicidad, el cual posee carácter imperativo “*pero en ningún caso*” que no contempla excepción alguna, una solución al respecto se daría fuera del marco normativo de tal regulación.

Ejemplo de exclusión de culpabilidad “A” es autor de homicidio, pero es menor de edad, B es su cómplice necesario con capacidad plena de culpabilidad.

Esto es un problema, no se le puede imponer una pena a “A” por ser menor, falta el parámetro requerido por el Art. 66 Pn. para individualizar la pena de “B”, que situación es la que tiene que resolver el Juez, al procesar al cómplice.

3.3.7.7.2 Los problemas anteriores son solo el comienzo, a continuación expondremos los que se suscitan **en relación a la determinación de la pena del cómplice**, teniendo en cuenta que siempre esta presente la accesoriedad, lo que se quiere señalar es el énfasis en la determinación e individualización de la pena del cómplice.

a) El criterio de determinación del Art. 66 Pn. establece el intervalo del marco penal del cómplice sobre el mismo intervalo del tipo de autor, dejando un mínimo margen de movimiento para que el Juez adecue la pena del tipo de complicidad.

Verbigracia:

X” autor de homicidio simple – Art. 128 Pn - se le impuso una pena de 18 años en prisión, “y” es su cómplice necesario, según el Art. 66 Pn. Solo posee un marco penal de 10 a 12 años, el mismo intervalo del autor (de 10 a 18) solo que mas reducido.

b) El Art. 66 Pn. posee una falta de técnica legislativa tal, que al ser aplicado en determinados casos tiene la virtualidad de proyectar una pena única para el cómplice, eliminando los intervalos penales, y con ello la pena relativamente determinada que rige en la parte especial del código penal, y sobre la que se basan los tipos delictivos.

Por ejemplo: el marco Penal del tipo de homicidio es de 10 a 20 años, si se calcula la pena del cómplice no necesario el resultado es una pena única de 10 años, sin intervalo.

El tipo de aborto agravado Art. 135. Pn. Tiene un marco de 6 a 12, si se deduce la complicidad necesaria sobre la base de tal tipo, posee una pena única de 6 años.

En igual sentido los Arts. 140 Pn. 143Pn. 147 – B. Pn. 148 Pn, 153 Inc. 2º Pn, 156 Inc. 1º y 2º Pn, 163 Inc. 2º Pn, éstas solo son disposiciones que constituyen una muestra, sin que estén agotados todos los supuestos, como ha de hacer el Juez en estos supuestos para no atentar contra el principio de proporcionalidad de asidero constitucional Art. 12 Cn.

c) Hay otras situaciones que puede generar el Art. 66 Pn, aún más extrañas, en las que donde se genera una inversión en los límites del marco del tipo de complicidad, es así que el límite mayor trazado por la ley posee menor dosimetría penal, y el inferior representa mayor dosimetría penal que el límite superior.

Ejemplo:

El tipo de violación tiene un marco penal que va de 6 a 10 años de prisión si deducimos el marco de la complicidad no necesaria tenemos que en base al Art. 66Pn el límite inferior es de 6 años y el superior es de 5 años siendo mayor el inferior que el superior.

En igual sentido los siguientes artículos si calculamos en base a ellos la penalidad del cómplice no necesario:

Art. 129 Pn, 147 C. 149, 159, 160 Inc. 2º, 161, 172 Pn, los supuestos no terminan aquí, estos son solo una muestra y una solución precisa a todos ellos imprescindible, es el Juez el que debe de afrontarse a estos potenciales supuestos, y resolver de tal manera que sea una solución constitucional y legalmente fundada.

d) Por último el legislador configuró normativamente el Art. 66 Pn, como diseñado para operar únicamente con un título único de imputación, al que se supedita

tanto el autor como el cómplice, solo aplicando el título único de imputación siempre se puede tomar la pena concreta del autor como parámetro del límite máximo de la pena del cómplice, y eso es una colisión frontal al Art.67 Pn el que rompe con el título único de imputación y establece la aplicación de la pluralidad de los títulos de participación de las relaciones de autoría y participación, y fundada legalmente esta postura en la variedad de títulos de imputación en una misma relación delictiva, los marcos penales, también se vuelven diversos y entablan divergencia entre los distintos intervalos penales, tanto de los autores con respecto a otros autores como de autores con respecto a los partícipes, y si no concuerda el título típico de imputación que descansa sobre el cómplice, con el del autor y por ende sus marcos penales, ¿cómo pues, puede tomarse como parámetro la pena del autor para regir el límite máximo del intervalo penal del cómplice? donde queda la eficacia de esa formula imperativa abstracta y general “*Pero en ningún caso*” ¿debe el juez ante una diversidad hacer caso omiso de tal disposición? Si es así ¿en base a que presupuestos lógicos? Por que eso si, tiene el deber de fundar su resolución, sin afectar el principio de legalidad de las penas.

Ejemplo:

“A” mata a su progenitor, con ayuda necesaria de “B”, el cual coopera con el, sin conocer la identidad de la persona a la que ayuda a matar – aunque sabe que ayuda a un homicidio – en este caso “A” ha de responder homicidio agravado, cuyo marco penal va de 30 a 50 años, en cuanto que “B” responde a homicidio simple en base al Art. 67 y 128 Pn. cuyo marco penal va de 10 a 20 años. Como puede servir de parámetro de pena del autor en este caso, para regir el límite máximo de la pena del cómplice, si los marcos son totalmente dispares y no existe entre ellos ni la más mínima coincidencia.

Una particularidad de este problema lo constituye la pena del cómplice cuando se está ante un delito de funcionario propio, no teniendo el partícipe la especial cualidad del funcionario y no habiendo un tipo básico, como se puede hacer cumplir la regulación del art.67Pn. Sin afectar el principio de responsabilidad por el hecho, es necesaria una solución como lo manifiesta Choclan en su obra Culpabilidad y pena.

CAPITULO IV

4. - PRINCIPIOS INFORMADORES DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO-PENAL QUE INFLUYEN EN LA PARTICIPACIÓN CRIMINAL Y DERECHO COMPARADO.

Hasta ahora se ha puesto de manifiesto un enfoque doctrinario y legal de la teoría de la autoría y de la participación, corresponde en este apartado develar la perspectiva constitucional la que constituye un imperativo ya que en las consideraciones anteriores deben responder a una interpretación conforme con La Constitución.

La Constitución encierra imperativos de carácter genérico que deben proyectarse en las consideraciones de carácter legal, así encontramos en La Constitución una serie de principios que son el basamento del ordenamiento jurídico penal.

A estos principios La Constitución les otorga una plena vigencia, y su aplicación en el ámbito penal es de carácter inexorable, es decir que deben ser tomados en cuenta en las consideraciones penales y especialmente en la participación criminal.

4.1- Principios Informadores y Participación Criminal

La dogmática penal al hacer sus consideraciones de carácter doctrinario toma en cuenta los principios generales que informan el Derecho Penal , ya que son basamentos que garantizan la aplicación limitada del ius puniendi en aras de un sistema que responda a un Estado de Derecho, estas ideas informadoras trascienden a todas las instituciones penales específicas habiendo una armonía de fondo entre aquellas y estas, es así que la autoría y la participación no están exentas de la influencia regulativa de tales principios pues se obedece a una armonía normativa trazada por tales razones rectoras, y especialmente a la participación criminal.

De los principios limitadores se deduce la forma sistemática en que se debe normar y aplicar la participación, siendo una fuente de imputación personal, debe responder a la regulación garantista manifestada.

De forma especial incide el Principio de Culpabilidad en la Autoría y en la Participación no solo en su configuración, sino también en sus condiciones de penalidad como en las siguientes líneas se pondrá de Manifiesto, enfocado específicamente en la responsabilidad penal de la complicidad a raíz de los problemas de penalidad que fueron tematizados en el Capítulo anterior.

Luego se realizará un análisis comparativo del criterio técnico legal de determinación de la pena de los cómplices como se regula en nuestra legislación con otras que configuran más atinadamente tal regla de determinación penal.

El vocablo culpabilidad generalmente posee tres acepciones, a saber:

- 1- Elemento dogmático del delito.
- 2- Como fundamento del principio de culpabilidad
- 3- Como elemento legitimador de la pena y del ius puniendi³⁵⁸.

Como elemento dogmático del delito se vierte fundador de la pena, junto a la tipicidad y antijuridicidad³⁵⁹, luego legitimador y que solo acciones culpables son las únicas titulares de la imposición de la pena, sin culpabilidad no es legítima la imposición de una pena.

El principio de culpabilidad, en cambio, funciona como suerte de filtro, que selecciona las conductas con plena capacidad delictiva “*el principio general (culpabilidad) que condiciona la atribución de cada uno de los niveles valorativos de la*

³⁵⁸ [http// inicia. Es/de/Pazenred/fundamento.htm](http://inicia.es/de/pazenred/fundamento.htm)

³⁵⁹ S. Ziffer. Patricia. Lineamientos de la Determinación de la Pena. 2ª ED. AD-HOC. SRL. Buenos Aires Argentina. Pág. 60

*teoría del delito y posibilita el paso al siguiente, hasta llegar al delito completo*³⁶⁰, lo cual lleva a cabo mediante una serie de postulados que se derivan del mismo.³⁶¹

4.1.1- Principio de Culpabilidad

Consagrado en el Art. 12 Cn. Constituye uno de los principios fundamentales y limitadores del Derecho Penal, es un informador, básico del ordenamiento jurídico penal, su imperatividad es constitucional, pero también internacional, en nuestro país existen varios instrumentos que nos obligan a potenciar la aplicación del principio de culpabilidad, por ejemplo el Art. 8.2 de La Convención Americana sobre Derechos Humanos; así como el Art.XXVI de La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; También el Art. 11 de La Declaración Universal de los Derechos Humanos, todos en igual sentido al de La Constitución. Este Principio de trascendencia internacional posee tres niveles de³⁶² imputación³⁶³ por un lado se refiere (Art. 4 mc1º Pn.) a las exigencias de imputación subjetivas que deben existir ya a nivel de tipicidad (dolo o culpa), para ser titular de responsabilidad penal. Por otro lado vierte su contenido como categoría del delito, y presupuesto determinante para ser titular de la imposición de una pena de donde se derivan una serie de subprincipios también de corte garantista³⁶⁴, de gran trascendencia en el ordenamiento penal, estos son:

Principio de responsabilidad personal: según el cual nadie ha de responder por actos ilícitos ajenos, solo por los que personalmente se comenten

Principio de presunción de inocencia: este establece que la responsabilidad penal, no debe versar sobre hechos ilícitos presuntos, ni sobre presunciones de culpabilidad, sino, sobre situaciones concretas de imputación.

³⁶⁰ Mir Puig. Op. Cit. Pág. 75

³⁶¹ www.eumed.net/libros/2005;/pd/3h.htm

³⁶² Sotomayor.Juan Oberto. Pág. 163

³⁶³ Mir Puig. Significado y Alcance de la Imputación Objetiva en Derecho Penal. Nuevas Formulaciones...Pág. 74

³⁶⁴ www.carlosparma.com.ar

Principio de proporcionalidad: para este la pena debe guardar una relación de proporcionalidad con la culpabilidad del autor la pena no debe sobrepasar a la culpabilidad.

Principio de responsabilidad por el hecho: destierra el derecho penal de autor y afianza un derecho penal de acto, donde solo acciones que reporten afectación a los bienes jurídicos deben ser penadas y no meras formas de ser o comportarse dentro de la sociedad (Art. 19 Pn)

Los principios en comento obedecen a dos ideas básicas: la culpabilidad es el presupuesto único de la pena; establecida la culpabilidad habilita la imposición de la pena y la pena debe ser correspondiente en su entidad a la culpabilidad. Art. 63 Pn.

El contenido del principio de culpabilidad es sustancialmente diferente, que el contenido de la culpabilidad como categoría del delito³⁶⁵, así se habla de culpabilidad como categoría del delito y culpabilidad de la determinación de la pena,³⁶⁶ al margen de las discusiones en torno a ello lo cierto es que la culpabilidad ha sufrido una ampliación en su aplicación, que nos reporta puntos aprovechables para suplir el objeto de esta obra, el cual como lo conoce la doctrina, es un elemento de imputación altamente personal³⁶⁷ y por lo tanto no susceptible de ser accesorio.

4.1.2 - Principio de Diferenciación y su Relación con la Participación.

Del principio de culpabilidad se origina la diferenciación de la responsabilidad penal de los intervinientes en un hecho injusto, es necesario diferenciar entre autores y partícipes por la posición personal de cada quien y esa diferenciación también debe proyectarse en la pena de los mismos, en marcos penales diferentes³⁶⁸ esa idea rectora

³⁶⁵ www.eumed.net/libros/2005;/pd/3h.htm

³⁶⁶ Ziffer. Op. Cit. Pág. 91

³⁶⁷ Jacobs. Op. Cit. Pág. 822

³⁶⁸ Sánchez Escobar. Carlos Ernesto. Límites Constitucionales del Derecho Penal. Unidad de Producción, Bibliografía y Documentación CSJ-CNJ. El Salvador. 2004. Pág. 72

de diferenciación penal es producto del subprincipio de proporcionalidad de las penas, pues no cabe duda que siendo el autor la figura central del suceso y que lo realiza vulnerando directamente el bien jurídico merece mayor pena que el partícipe que solo afecta indirectamente el bien jurídico mediante su cooperación de carácter eminentemente secundaria, esta distinción de responsabilidad se encuentra en el Art. 67 Pn. disposición que obliga a realizar un trato penal diferenciado en relación a la situación personal del concurrente en la infracción penal, *“Huelga decir, que la materialización de este principio no se calma con la diferenciación meramente normativa en el supuesto descriptivo de la norma penal, para que el principio sea funcional, es necesario que la diferenciación se haga en el ámbito de la pena”*³⁶⁹ ya en el ámbito penal se requiere una diferenciación concreta, pues las diferenciaciones típicas son abstractas y generales. En nuestra legislación el Art. 66 Pn. Altera este subprincipio al estar formulado con base a la teoría del título único de imputación siendo que el Art. 67 adopta una diferenciación penal además que se sirve del marco de autoría para el marco penal de la complicidad.

4.1.3 - Principio de Responsabilidad Personal y su relación con la Participación

Si el partícipe no comete el hecho ¿responde por el hecho realizado por el Autor? No, lo que sucede es que el hecho principal del Autor es necesario establecerlo primero, ya que solo así se determina la prohibición del partícipe de favorecer un ilícito de autoría, por lo que la responsabilidad del partícipe se basa en una prohibición de carácter dual, ya que el injusto de participación consiste en la prohibición de participar en una prohibición principal es así que se retoma el injusto de autoría para arribar al injusto de accesoriedad, sin que se haga responder a la figura secundaria del suceso por el hecho principal.³⁷⁰

³⁶⁹ Escobar. Op. Cit. Pág. 72

³⁷⁰ Ibidem. Pág. 63

Así queda claro, porque es menester construir el suceso en forma de acción ilícita del autor antes de deducir la responsabilidad por participación y de allí se deduce el subcriterio de personalidad de las penas el cual impide interferencia de la responsabilidad de terceros en la pena personal³⁷¹

4.1.4 - Principio De Responsabilidad por el Hecho y su Relación con la Participación

Este es otro subprincipio que regula las relaciones entre la autoría y participación en cuanto a la exterioridad de la prohibición y el fundamento del mismo radica en que las personas solo pueden ser sancionadas generalmente por los actos que realicen y no por su mera personalidad arraigándose así el Derecho Penal de acto, en nuestro código penal el subprincipio de exterioridad de la conducta se declara formalmente en el Art. 19 Pn. al decir “*los hechos punibles pueden ser realizados por acción u omisión*”, no cabe duda que solo las acciones ejecutivas (externas) u omisiones son susceptibles de contradecirse, valorarse o antivalorarse, de ahí que no prospera una intromisión penal al ámbito de lo moral³⁷² prescindiéndose así el Derecho Penal de autor³⁷³ Esta tendencia normativa se vuelve a recalcar más claramente en el Art. 37 Pn. en el cual se supedita a la existencia del ilícito – y por lo tanto de la acción penal no siendo viable así un reproche penal, tanto para el autor como para el partícipe, si la acción de los mismos no ha entrado al umbral de lo ejecutivo.

4.1.5 - Principio de Proporcionalidad y su Relación con la Participación

Constituye otro límite limitador de la actividad sancionadora del Estado, por lo que su verdadera función se percibe en el ámbito de las consecuencias del Delito³⁷⁴, y específicamente en el marco de las penas lleva inhibido la idea de que las penas deben

³⁷¹ Mir Puig. Significado y Alcance...Pág.74

³⁷² Escobar. Límites Constitucionales...Pág.51

³⁷³ Mir Puig. Significado y alcance Pág. 74

desarrollar los fines constitucionalmente plasmados con base a una misma intervención del uis puniendi del Estado no afectando en la medida de lo posible los derechos fundamentales de las personas,³⁷⁵ lo que ha de reflejarse en la proporcionalidad de las penas, la cual ha de reflejarse en el no exceso de las mismas según la situación de hecho de que se trate, así la proporcionalidad se manifiesta de forma abstracta³⁷⁶ al tipificar en los supuestos de la norma penal las situaciones prohibidas y sus marcos penales, habida cuenta de una relación de proporcionalidad con base a la gravedad del injusto y la imputación personal (culpabilidad) del autor o partícipe,³⁷⁷ tal como lo establece el Art. 63 de nuestra legislación penal; y la proporcionalidad concreta la que opera en el caso específico y llevada a cabo por el juzgador, en consecuencia “*la proporción de la, pena impone la necesidad de tratar desigual la represión del delito*”, lo cual se debe a una percepción material de carácter político- criminal de las distintas situaciones,³⁷⁸ en cuanto a la penalidad de la complicidad en nuestra normativa penal se vulnera el principio de proporcionalidad, debido al criterio técnico legal de determinación de la pena abstracta contenido en el Art. 66 Pn, pues el legislador se sirve del mismo marco penal del autor para, determinar la pena de la cooperación (necesaria o no) el que solo establece la posibilidad de recortar el límite superior del marco del autor para establecer el ámbito de penalidad aplicable a la cooperación. No basta sola la disminución en el límite superior del marco penal tal como lo observa Choclan Montalvo,³⁷⁹ ya que la entidad del injusto del cómplice es menor a la del autor. Pues este es el que realiza la acción típica atentando contra una prohibición de carácter primaria, en tanto que aquel realiza un injusto de carácter accesorio o secundario.

Pero es que esta regulación que establece el Art. 66 Pn. como supra se desarrollo en determinados casos proyecta una pena única, inversa o en otras ocasiones no logra

³⁷⁴ Escobar. Limites Constitucionales...Pág. 140

³⁷⁵ Ibidem. Pág.139

³⁷⁶ Ibidem. Pág.140

³⁷⁷ Ziffer. Op. Cit. Pág 92

³⁷⁸ [www.bahaidream.com/la pluma/derecho/Revista 13/Penal.htm](http://www.bahaidream.com/la-pluma/derecho/Revista-13/Penal.htm)

³⁷⁹ Choclan. Op. Cit. Pág.146

tomar como parámetro la pena del autor para el cálculo de la pena del cómplice en fin tal disposición es constitutiva de una total desproporción de la pena del cómplice.

Es así que este criterio franquea la función de los marcos penales, en tanto que no “refleja el valor proporcional de la norma dentro del sistema”³⁸⁰ valoración racional que gira en torno de la percepción de menor entidad ilícita (debido al ataque indirecto a l bien jurídico) que posee la complicidad respecto de la autoría (la que representa un ataque directo al bien jurídico).

Tanta importancia ocupa este subprincipio que en materia de Teoría de la pena se vierte como una característica de la pena, esto es, como proporcionalidad de la pena,³⁸¹ la que se deriva en cualitativa y cuantitativa, siendo la primera , la que nos obliga a observar una proporcionalidad de la pena del autor debido a la naturaleza de la infracción distinta que ambas representan,³⁸² así es que la proporcionalidad, acuña la vigencia del Art. 3 Cn. en tanto que se exige penas semejantes ante situaciones típicas semejantes y penas desiguales ante situaciones típicas desiguales³⁸³

4.1.6 - Síntesis

Como se ha podido observar el principio de culpabilidad colma de condiciones a la intervención criminal, (Autoría y participación) desde sus diversos postulados , y limita los efectos penales de las mismas, así llegamos a una óptica del criterio de determinación de la pena de los cómplices desde la percepción del principio de culpabilidad, por lo que se ha determinado que el Art. 66 Pn no responde a las exigencias de tal principio, pues, equiparando los marcos penales de la autoría y de la complicidad impide una diferenciación en ambas penalidades siendo que los supuestos típicos de ambas poseen distinta entidad material en el marco de lo injusto, también se queda nula la diferenciación ha que se refiere, ya que la disposición en comento fue

³⁸⁰ Ziffer. Op. Cit. Pág.37

³⁸¹ A. Reyes Echandía. Derecho Penal Penal. 8ª ED. Colombia. 1981. Pág. 367

³⁸² Ibidem. Pág. 367

diseñada para funcionar en base a la teoría del título único de imputación contradiciendo al Art. 67 Pn el cual adopta la Teoría de la pluralidad de los títulos de imputación lo que nos lleva a la responsabilidad personal, el que también se ve afectado ya que la penalidad del autor es parámetro para determinar la pena del cómplice, volviendo la pena de carácter interpersonal desplazando así la personalidad de la pena, luego no se guarda la debida proporción en los afectos penales de ambas figuras, ni en abstracto mucho menos en concreto , ya que tal artículo no permite al Juez el juego de adecuación para individualizar la pena del cooperador, máxime cuando el resultado de la aplicación de tal criterio refleja una pena única o inversa vulnerando cuantitativamente la proporción de la pena y desvinculando su característica de proporcionalidad.

Todo lo anterior nos lleva a contemplar una múltiple contradicción al Art. 12 Cn. que contiene el principio de culpabilidad, el que establece como exigencia de la imposición de la pena la imputación personal (culpabilidad), que según el Art. 66 Pn. es la imputación personal y la concreción de la pena del autor como condición legal e ineludible (pero en ningún caso excederá de las dos terceras partes de la pena que se impugna al autor) para habilitar la pena de cómplice, lo que constituye un absurdo dogmático penal según las consideraciones anteriores, y nos lleva a inducir que nuestro legislador ignora todas las proyecciones del Art. 12 Cn. así como el contenido de la accesoriedad limitada, al inculcar la hiperaccesoriedad de la complicidad en la disposición analizada, ese desconocimiento se concretó – como se ha visto- en un criterio de determinación penal de la complicidad carente de técnica lógica dogmática, lo que deviene en la falta de técnica legislativa, pues los problemas de individualización que se le engendran al Juzgador son muy serios y deben resolverse satisfactoriamente.

³⁸³ Hipolito. Op. Cit. Pág. 349

4.2 - Derecho Comparado

En el presente apartado se hará un estudio comparativo del Art. 66 Pn. ósea, del criterio “técnico legal” para determinar la pena de los cómplices, tal como el legislador salvadoreño lo ha trazado, y las disposiciones que se refieren a la determinación de la pena de los cómplices en legislaciones extranjeras, las cuales según el estudio aquí realizado cumplen en alguna medida con el principio de culpabilidad, haciendo la debida proporción entre la pena del autor y la pena por complicidad.

Sin ánimo de realizar un estudio exhaustivo de la mayoría de legislaciones internacionales que observan el principio de proporcionalidad en la penalidad de la cooperación, se pretende mas bien obtener un enfoque suficiente y representativo del asunto.

4.2.1- Código Penal de Uruguay

Regula la Penalidad de los cómplices en su Art. 89 y determina: “*Los cómplices de delito tentando o consumando serán castigados con la tercera parte de la pena³⁸⁴ que les correspondería si fueran autores,...*” ya en el Art. 86 del mismo Código se le prescribe al Juez que la pena de autoría la determinará entre el mínimo y el máximo que la ley ha señalado para el delito, por lo que la pena del cómplice se determina en abstracto reduciendo el tipo de autoría, en una tercera parte, tanto en su limite inferior como en su límite superior, además que no supedita el titulo de imputación del cómplice al de la autoría, sino que se hace con base al tipo de autoría correspondiente de la parte especial, no cometiendo el mismo error que el legislador Salvadoreño, la única objeción al Art. 89 de Código Penal Uruguayo sería, que establece la misma pena para el cómplice del delito tentando y consumado, anulando el supuesto de doble reducción penal de la complicidad.

³⁸⁴ Ramírez. Bustos. y Valenzuela Bejas. Manuel. Derecho Panal Latino Americano Comparado. Tomo III. Parte General de los Códigos o Proyectos. Ediciones Desalma. Buenos Aires. Argentina. 1983. Pág. 512

4.2.2- Código Penal de Nicaragua

En este código la determinación abstracta de la Pena de los cómplices esta contenida en el Art. 79 y prescribe: *“Al autor del delito frustrado y al cómplice del consumado se les impondrá una pena equivalente a la mitad de la que mereciere el delito consumado pudiendo ser elevada hasta los dos tercios al Arbitrio de Juez...”*³⁸⁵ determinación que el Juez debe efectuar entre el mínimo y el máximo al tipo de la parte especial de acuerdo al Art. 77 del mismo Código.³⁸⁶

Esta regla al igual que el Código de Uruguay, a diferencia del nuestro establece también la reducción del límite inferior del marco del tipo de autoría, y no solo el del límite superior generando un marco penal de complicidad distinta al de autoría, al igual que tampoco equipara los títulos de imputación propiciando la diferenciación de los mismos.

4.2.3- Código Penal de Guatemala

En este Código encontramos el criterio de determinación en el Art. 63 que establece: *“al autor de la tentativa y al cómplice de delito consumado se les impondrá la pena señalada en la ley para los autores del delito consumado, rebajada en una tercera parte”*³⁸⁷ y el Art. 66 Pn (mismo código) señala: *“cuando la ley disponga que se aumente o disminuya una pena en una cuota o fracción determinada, se aumentará el máximo y el mínimo en la proporción correspondiente, o se disminuirá en su caso, quedando así fijada la nueva pena, dentro de cuyos límites se graduará su aplicación...”*³⁸⁸

Mas claro no pudo ser el legislador Guatemalteco, el cual de forma expresa establece el recorte de los límites del tipo especial de autoría para determinar en abstracto el marco penal de la complicidad, haciendo depender la pena del cómplice del tipo de la parte especial correspondiente y no de la pena del autor como nuestro legislador, potenciando

³⁸⁵ Bustos y Manuel... Op. Cit. Pág. 394

³⁸⁶ Ibidem. Pág. 394

³⁸⁷ Ibidem. Pág. 307

con ello la diferenciación de los títulos de imputación, no equiparando o igualando los marcos penales de autoría y cooperación.

Las anteriores disposiciones nos dan una pauta para diseñar un adecuado criterio de determinación abstracta de la pena de la complicidad en aras de darle vigencia al principio de culpabilidad, a su derivada diferenciación y proporcionalidad, que permita brindar un criterio funcional, que responda a la configuración de los tipos de la parte especial guardando siempre la debida proporción a la hora de ser aplicado a los diversos supuestos, para ello resulta imprescindible observar determinados parámetros lógicos como más adelante se verá.

Nos queda un aspecto a tener en cuenta para completar un diseño de determinación penal de la complicidad completo, esto es un criterio penal de cooperación que responda a los tipos de funcionarios propios (y no solo complicidad sino también la inducción)

4.2.4 - Código Penal Alemán

En los tipos propios de funcionario es la infracción del deber especial³⁸⁹ contenido en el realizado por el autor, -sin que adyacente a el haya un tipo básico o común,- la que fundamenta la punibilidad.

El deber constituye un deber de carácter personal configurativo de la autoría³⁹⁰ en este, si ese deber falta no puede haber autoría.

De tal manera que si hay participación en un tipo de funcionario propio, debe haber para ella un descenso en su punibilidad ya que la misma se da al margen de la infracción de ese deber que cualifica el tipo.³⁹¹

Calcular la pena del partícipe no cualificado en base al tipo propio, implica cargarle a él, el desvalor de tal injusto lo que es un contra sentido al Art. 67 Pn. De nuestra legislación.

³⁸⁸ Ibidem. Pág. 308

³⁸⁹ Jacobs. Op. Cit. Pág. 831

³⁹⁰ Ibidem. Pág. 832

Así en la legislación Alemana el St GB (código penal) en su parágrafo 28.1³⁹² establece una atenuación obligatoria del marco penal del partcipe, que imprime un movimiento hacia abajo respecto del autor según el § 49.1 StGB³⁹³ ya que el desvalor de la conducta del partcipe es esencialmente de menor entidad, y las características especiales que exige el tipo solo concurren en el autor, por lo que fundamenta la punibilidad respecto de él.

En los tipos impropios, donde colateral al tipo cualificado existe, un tipo común³⁹⁴ la punibilidad de la participación en la legislación Alemana es semejante a la anterior, así el § 28.2 StGB declara que los elementos de carácter personal que modifican la responsabilidad penal no son accesorios,³⁹⁵ es así que la intervención del no cualificado (extraneus) en el tipo impropio ha de deducirse conforme al tipo base; en este aspecto Jacobs observa que, esto constituye solo una regulación del marco penal del cualificado, pero que hay que cargarle al interviniente en su culpabilidad y en su concreción penal su favorecimiento a un tipo cualificado³⁹⁶ y ello resulta claro si se toma en cuenta que es más grave participar en un tipo cualificado que en un tipo común.

En nuestra legislación no existe disposición alguna que determine la regulación del marco penal de los intervinientes no cualificados (participes extraneus o autores extraneus), cuestión de gran importancia en el funcionamiento penal de los tipos de infracción de especial deber, criterio que en la actualidad se fundamenta y tiene inclusión en los códigos penales coexistiendo con el dominio del hecho (supra), por lo que un sistema de determinación penal necesariamente debe incluirlo dentro de sus criterios determinación abstracta de la pena.

³⁹¹ Ibidem. Pág. 832

³⁹² Ibidem. Pág. 832

³⁹³ Jacobs Pág. 832; Choclan Pág. 49

³⁹⁴ Jacobs. Op. Cit. 835

³⁹⁵ Choclan. Pena y Culpabilidad... Pág. 147

³⁹⁶ Jacobs. Op. Cit. Pág. 834.

Con las razones anteriores tenemos para poder formular un criterio de determinación penal de la participación, el que mínimamente deberá observar las siguientes ideas reguladoras.

1- la determinación del marco penal de la participación debe sustentarse sobre la Teoría de la pluralidad de los títulos de imputación (principio de determinación y de responsabilidad personal), y no estar conectada ineludiblemente al tipo del autor.

2- El marco penal de la participación debe ser el resultado de una reducción en el límite superior y en el límite inferior del tipo de autoría, esto para guardar la debida proporción y evitar un equiparamiento del marco penal del tipo de autoría y del tipo de participación.

3- En los tipos especiales propios partiendo de la reducción de la idea regulatoria anterior, se debe posibilitar una atenuación penal obligatoria que vaya en descenso a partir del límite inferior.

4- En los tipos impropios para determinar el marco penal de la participación debe hacerse con base al tipo común, conforme al cual se deberá realizar la reducción establecida en el N° 2.

Sólo tomando en cuenta las ideas enumeradas anteriormente cobra vigencia el principio de culpabilidad consagrado en el Art. 67 Pn. y consecuentemente potenciando la proporcionalidad, la personalidad y la diferenciación en la responsabilidad penal.

4.2.5 - Propuesta de Reforma del Art. 66 Pn.

De cuanto antecede, se puede formular de forma más precisa posible con resultados más satisfactorios en la intervención criminal una síntesis normativa que contenga la configuración para la determinación de la penalidad de la participación más acabada y esto sobre los resultados del presente trabajo cabría entonces formular la siguiente propuesta:

Inciso Primero:

La pena del cómplice en el caso del numeral 1) del Art. 36 de este código se fijará entre las dos terceras partes del mínimo y las dos terceras partes del máximo del tipo de autoría correspondiente, y en el caso del numeral dos del mismo artículo se fijará entre la mitad del mínimo y la mitad del máximo del tipo penal que se le impute.

Inciso Segundo:

En los delitos especiales propios el Juez fijará la penalidad del cómplice en base a una atenuación, que se hará a partir de los límites inferiores según lo dispone el inciso anterior.

Inciso Tercero:

La penalidad de la complicidad en el delito especial impropio se regirá por las reglas del inciso primero de este artículo, pero las mismas se aplicaran respecto del delito base.

Una disposición como la anterior pone en evidencia lo irrefutable: La coexistencia del Dominio del hecho y del Deber especial como determinantes de la autoría y por consiguiente de la participación y en el especial problema de la penalidad por complicidad, se diferencia si la intervención lo fue en un hecho dominable o en no configurado por la infracción de su especial deber, así se suplirán las actuales deficiencias que entraña la penalidad por cooperación tal como las ostenta el Art. 66 Pn.

CAPITULO V

5.- CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

5.1- Conclusiones

5.1.1- Conclusiones en relación con los Objetivos Prácticos.

5.1.1.1- **El Objetivo General Práctico** ha sido totalmente satisfecho, pues, se ha determinado que la accesoriedad limitada (*ver supra* Págs. 91 y sgtes.) es la posición más adecuada que de forma completa fundamenta el injusto de la complicidad, derivada del fundamento mismo de la responsabilidad por autoría. La dependencia limitada permite aplicar los efectos múltiples del principio de culpabilidad, además de deducir de cada interviniente la imputación personal (culpabilidad) de forma individual tal como debe ser, ya que la culpabilidad es altamente personal tal como se puso de manifiesto en el capítulo anterior y es la que permite una diferenciación orientada por la peculiar posición personal del interviniente, proyectándose en la en la variación del título de imputación tal como lo dispone el Art. 67 Pn.

Así la reforma legal adecuada para fundamentar el ilícito de participación debe estar desconectada totalmente de la culpabilidad y de la penalidad del autor, lo que implica derogar la hiperaccesoriedad, no condicionando la pena del cómplice a la del autor, simplemente no condicionar la responsabilidad del cómplice más allá del ilícito del autor, tal como lo indica el Art. 37 Pn.

5.1.1.2- **El Primer Objetivo Específico práctico**, fue determinado en el capítulo III, así el primer bloque de problemas que se generan en relación de la accesoriedad de la complicidad (*ver supra* Pág 120), en tanto que de forma general al aplicar el Art. 66 Pn., en el caso concreto la pena individualizada judicialmente, implica una transferencia de la culpabilidad, y de la penalidad del autor en la pena concreta del

cómplice, habiendo una deliberada contradicción con el Art. 12 Cn, y como el Art. 66 Pn., es un criterio general y abstracto, en todos los casos específicos que se individualice la pena del cómplice en base a tal disposición se verá seriamente afectado el Art. 12 Cn.

Pero también cuando el autor es inimputable, inculpable o excusado antes que se le imponga la pena, el Art. 66 Pn, peca por defecto ya que desvanece la posibilidad de establecer el límite máximo de pena según como lo indica el artículo al regular “*pero en ningún caso exceda de las dos terceras partes de la pena que se imponga al autor*”, pues no habiendo individualización de la pena del autor, tal limitación pierde toda vigencia, así esta hiperaccesoriedad representa una alternabilidad entre influjo excesivo de condiciones interpersonales en la determinación de la pena del cómplice, y un no-influjo de condiciones penales interpersonales que indetermina la pena del cómplice en su habilitación, y esto es así ya que es condición legal calcular primero la pena del autor, para luego concretar la del cómplice, y al no existir la pena del autor, hay un grave problema para penar al cómplice (*¡falta la condición legal Sine Cúa Non!*)

En síntesis la responsabilidad penal por complicidad representa siempre una interferencia intersubjetiva la cual en todo caso es inconstitucional, pues se hace a un lado la culpabilidad, como elemento personal y presupuesto suficiente fundamentador de la pena.

5.1.1.3- El Segundo Objetivo Específico Práctico se resolvió en la segunda clasificación de problemas que genera el Art. 66 Pn., en cuanto a criterio determinador de la pena por complicidad (ver supra Pág 121)

Así quedó precisado que el Art. 66 Pn, iguala los marcos penales del tipo de autoría y del tipo de participación (complicidad), pues sólo establece el recorte de la parte superior del tipo de autoría, y ya se tiene el marco de la complicidad, pero

también ese criterio genera penas únicas e inversas, ya que esta dotado de gran incongruencia, le falta técnica legislativa para determinar penas adecuadas.

Otro grave error que entraña la disposición en comento es que está inspirado en la Teoría del Título Único de Imputación, la que falla por defecto, pues no siempre se le imputa al cómplice el mismo Título de Imputación de Autoría; así lo discrimina el Art. 67 Pn. En ese sentido, este artículo ignora no sólo la doctrina de la intervención criminal sino que también los criterios técnico abstracto de determinación de la pena en especial de la complicidad.

Estos son los defectos dados sólo en relación con los delitos de dominio supra explicados, ya que para determinar el marco penal por complicidad en los delitos de especial deber que obvia la accesoriedad, , no se reguló nada, nuestro legislador lo ignoró por completo, en la actualidad y según la doctrina dominante el criterio para determinar la pena en estudio debe enlazar tanto un criterio determinante para los delitos de dominio como para los de infracción de un deber especial, sólo así será completo y responderá a las exigencias actuales de penalidad.

5.1.2- En relación con los Objetivos Teóricos.

5.1.2.1- **El Objetivo General Teórico** se estableció con base al enfoque doctrinal, dominante en diversos aspectos, así el fundamento del ilícito del partícipe es accesorio, del ilícito de autoría, ya que en éste principia la Antijuricidad de la conducta por participación, así al cómplice no se le pune porque el autor realizó un hecho principal y ya, no, sino que la ejecución del hecho principal del autor también se le puede imputar al cómplice o partícipe, y esto en virtud de haber traspasado la prohibición de favorecer una prohibición principal de autor es a saber el Art. 32, 36, 35, 65 y 66 Pn., artículos que constituyen los dispositivos amplificadores del tipo y de la penalidad mediante los cuales se aplican las figuras de la participación a la

parte especial donde se encuentran los supuestos de los hechos principales de autoría, estos hechos principales para habilitar las formas de participación requieren de: representar la fase de ejecución constitutiva por lo menos de tentativa punible (*ver supra* Págs. 89 y sgtes.); configurar un hecho antijurídico, esto es. un ilícito penal (*ver supra* Pág. 89 y sgtes.), y ser realizado por una figura central o un autor en cualquiera de sus modalidades, requisitos que expresamente contempla el Art. 37 Pn., esto es Participación Limitada accesoria de la Autoría Limitada, conexas con ella inmediata y directamente (Por lo que esta totalmente descartada la participación en cadena).

5.1.2.2- **El primer Objetivo Especifico Teórico** se verificó como consecuencia del análisis de la accesoriedad en nuestra normativa penal, de lo que resultó lo siguiente: el Art. 37 absorbe la accesoriedad limitada, la que sólo queda vigente para la inducción, debido a la regulación de la penalidad de los cómplices que hace el Art. 66 Pn., esta disposición supedita la determinación de la pena del cómplice a la individualización de la pena del autor, este efecto de dependencia se conoce en la doctrina como Hiperaccesoriedad de la Complicidad. ¡Las condiciones de penalidad personales del autor condicionan la pena del cómplice!, así como se ha venido destacando, tal es el contenido del Art. 66 Pn., al establecer imperativamente “Pero en ningún caso –Complicidad necesaria o no- excederá de las dos terceras partes de la pena que se le imponga al autor”, regulación que imperativamente se vierte como condición que siempre debe aplicarse según el tenor de la misma disposición.

5.1.2.3- **En cuanto al Segundo Objetivo Especifico Teórico** se ha determinado que el Art. 66Pn, deroga los efectos del principio de culpabilidad en las relaciones penales entre complicidad y autoría por las razones siguientes:

Según el Art. 12 Cn., el requisito suficiente fundamentador de la pena es la imputación personal (culpabilidad), sin embargo el Art. 66 Pn., agrega dos condiciones adicionales,

estos es, la culpabilidad y la individualización de la pena del autor volviendo además intersubjetivos, elementos estrictamente personales, culpabilidad y penalidad, por lo tanto en este aspecto el Art. 66 Pn.: ***Inconstitucional***.

Esta disposición establece un influjo y un no influjo de la culpabilidad o inculpabilidad, así como de la penalidad o excusión de la misma, del autor hacia la responsabilidad del cómplice, y ello constituye un ataque directo al principio de responsabilidad personal por el hecho, y al principio de diferenciación al fundir la situación jurídica penal del autor en la del cómplice.

Cuando el Art. 66 Pn., equipara el marco del cómplice al del autor, otra vez se está atentando contra el principio de diferenciación en los marcos penales del autor y del cómplice.

La diferenciación encuentra otro déficit al no distinguirse entre la determinación penal en los delitos de dominio y los delitos de infracción de deber especial, los cuales son estructuralmente diferentes, y por lo tanto requieren diferenciación penal. (*Ver supra* Págs. 68 y sgtes)

5.1.2.4- El Tercer Objetivo Teórico Específico, en cuanto a la correspondencia del Art. 66 Pn., con el principio de proporcionalidad de la pena, tampoco responde a este principio, sólo el hecho de que éste criterio al ser aplicado resulte en penas únicas e inversas: Improporcionalidad de la pena.

Al equipararse el marco penal de autoría y el de complicidad, sin establecer la posibilidad de recortar el límite inferior importa ya una grave improporcionalidad de la pena que no toma en cuenta la posición central ni secundaria del interviniente, lo que se refleja en una improporcionalidad concreta, al llevar a cabo la individualización de la pena por el Juez. Así como consecuencia la característica de proporcionalidad en el criterio del artículo en comento, es nula.

5.1.2.5- **En relación al Cuarto Objetivo Específico Teórico**, de entrada hay que decir que no se corresponde con el Art. 67 Pn., y esto porque el legislador al establecer la pena concreta del autor como límite máximo de la pena del cómplice lo hace en el entendido de la igualdad del Título de imputación, se inspira en la Teoría de los Títulos Únicos de imputación.

Al aplicar la Teoría del conocimiento y de la pluralidad de los títulos de imputación, se desvanece la condición del límite máximo del Art. 66 Pn. Es así que tal criterio no está diseñado para responder a la diferenciación que impone el principio de culpabilidad en los títulos de imputación.

5.1.3 - **Conclusiones en relación a las Hipótesis.**

El legislador no tenía claras las implicaciones del criterio que plasmó en el Art. 66Pn., lo demuestra los resultados tan incongruentes a los que se llega a la hora de utilizar tal disposición, sólo el conocimiento de la coexistencia del Dominio y del especial deber infringido como barenos rectores determinadores de la autoría, nos lleva también a la dualidad de la accesoriedad, accesoriedad en los tipos de infracción especial, los criterios son en ambos estrictamente distintos y ellos se proyectan también en la determinación de la pena, en los de infracción del deber los partícipes aparecen siempre como no cualificados los que sólo a través de un cualificado pueden llegar a afectar el bien protegido por el tipo que contiene ese especial deber, de otro modo no sería posible la participación al margen del deber, así en la penalidad de la participación en los tipos especiales según se trate de un tipo especial propio o impropio ya que están en juego elementos fundadores y modificadores respectivamente, los que a la vez le determinarán un marco penal distinto al partícipe, para lo cual debe existir un criterio que tecnifique penalmente la determinación del marco penal abstracto. Pero siempre guiado por la idea de disminución del desvalor que implica la infracción del deber,

infracción que sólo es llevada a cabo por el cualificado (intraneus) y no por el no cualificado partícipe.

En los tipos de dominio la situación es más simple, ya que el partícipe interviene en un hecho en el que perfectamente podría ser autor, por lo que el criterio de determinación penal es más sencillo, pues es suficiente un recorte en el límite inferior y superior del tipo de autoría que se impute, ya que lo único que le falta al partícipe es el dominio, sin especiales elementos fundadores o modificadores de la penalidad.

Las razones anteriores simplemente el legislador las ignoraba, se deduce de la redacción misma del Art. 66 Pn., sólo el conocimiento de las mismas puede permitir la formulación de un criterio que tome en cuenta tal carácter de dependencia o relación de accesoriedad.

Ahora bien la accesoriedad en su plano interno y externo ya ha sido ampliamente fundamentado por la actual doctrina dominante, según la cual el fundamento de la ilicitud de la participación es accesoria del fundamento de la autoría, un hecho antijurídico ejecutivo, lo que el legislador desbarató al formular la hiperaccesoriedad de la complicidad mediante la norma analizada, se configuró así una falta de lógica legislativa, el criterio penal debía responder a la accesoriedad limitada. Art. 37 Pn., no a más, y tal defecto legislativo trasciende a una vulneración frontal del principio de culpabilidad el que se ve sumamente afectado por la postura inadecuada del Art. 66 Pn.

Las consecuencias son tan obvias en el momento de la determinación de la pena, lo demuestran las fallas de penalidad supra desarrolladas (Págs. 118 y sgtes.)

El resultado de la investigación de la presente tesis y las proposiciones deductivas anteriores nos conducen a la positiva afirmación de la hipótesis formulada.

5.2- RECOMENDACIONES

Las recomendaciones que se formulan para minimizar los defectos que genera el art.66 pn. son las siguientes:

5.2.1- Se le recomienda a la Asamblea Legislativa: Anular la hiperaccesoriedad del Art.66 Pn., para establecer congruencia sistemática entre el Art. 66 y el Art. 37 Pn., ya que en ambos chocan, regulando una accesoriedad limitada e hiperaccesoriedad.

Establecer la posibilidad de recortar el límite inferior del tipo de autoría, para establecer el marco de la complicidad en una rebaja inferior y superior, y guardad así la debida proporción.

Introducir el criterio de determinación de la complicidad en los tipos de infracción de un especial deber.

En definitiva que lleve a cabo la propuesta de reforma formulada en el presente trabajo. (Ver *supra* Pág. 137)

5.2.2- Se le recomienda a los Jueces que aplican el Art. 66Pn., que solucionen los problemas que genera tal disposición en base a una interpretación conforme a La Constitución en el siguiente sentido:

- a) Entender derogado el Art. 66 Pn., con base a la mayor jerarquía de la constitución, o simplemente inaplicarlo con base a la potestad que le confiere el Art. 185 Cn, en lo atinente a la hiperaccesoriedad, y no tomar en cuenta así la individualización de la pena del Autor como parámetro de la pena del cómplice, por ser frontalmente contrario a las exigencias del Art. 12 Cn., según el cual basta la culpabilidad para habilitar la pena del cómplice.

Resta establecer la posibilidad del recorte del límite inferior del tipo de autoría el cual es viable en atención a que:

Del Art. 12 Cn., nace el subprincipio de proporcionalidad, en relación a la pena, la que vierte una característica propia de la misma, la proporcionalidad es un imperativo constitucional al que la ley se supedita, y al cual debe responder ineludiblemente, así lo determina también el Art. 63Pn., que literalmente establece:

“La pena no podrá exceder el desvalor que corresponda al hecho realizado por el autor, y será proporcional a su culpabilidad...” ¡Se está prohibiendo la equiparación de la pena del cómplice y del autor en el sentido del Art. 66 Pn.! La proporcionalidad es expresión del principio de igualdad Art. 3 Cn. Trato igual para personas en igual o semejante situación y trato desigual para personas con desigual situación jurídica, así mediante el principio de igualdad Art. 1 Cn., y el principio de proporcionalidad Art.12Cn. 63 Pn., se puede rebajar el límite inferior en igual proporción a la rebaja del límite superior, ésta constituye una interpretación conforme con la Constitución y sistemática con el Código Penal, la complicidad es una figura secundaria de menor sustrato ilícito y por tanto atenuada respecto de la autoría, una distinción en base al principio de diferenciación nos lleva a estimar una responsabilidad atenuada de la complicidad en relación a la autoría y explícitamente se pronuncia el Art. 63Pn. *“Para la determinación de la pena, en cada caso, se tendrá especialmente en cuenta:*

Numero 5) ***Las circunstancias atenuantes y agravantes, cuando la ley no las considere como elementos del delito o como las circunstancias especiales”.***

Esto constituye un reforzamiento de la interpretación que se viene desarrollando, el que en el Art. 66 Pn., no se haya establecido el recorte del límite inferior no es óbice para no realizarlo, el artículo acabado de citar así lo establece, con mucha más razón si la Constitución lo ordena, en igual sentido el Art. 29 no. 5 Pn.

- b) También para los tipos especiales , es posible construir una interpretación conforme con las razones de la doctrina dominante así:

De entrada estamos obligados a estimar una diferenciación con fundamento en los Art. 1 y 12 Cn, de intraneus y del extraneus, aquel infringe un especial deber más este no (desigualdad).

El que extraneus no haya infringido el especial deber implica una atenuación obligatoria para él (proporcionalidad) que reste del tipo de autoría que se le impute, esa no infracción especial.

Así, en los especiales propios partiendo del límite inferior constitucionalmente trazado (rebajado en igual proporción al superior). El Art. 63 Pn., impele una atenuación obligatoria de la pena del cómplice para restar del tipo de autoría la no infracción especial, al decir *“Para la determinación de la pena en cada caso, se tendrá especialmente en cuenta:*

5) Las circunstancias atenuantes..., cuando la ley no las considere..., como las circunstancias especiales”.

Pareciera que esta disposición se está refiriendo expresamente a los tipos especiales, ¡y así es! Pues la ley al respecto no consideró nada, sólo este precepto, el deber especial infringido por el cualificado y no infringido por el cómplice es la circunstancia especial, con carácter atenuante para el partícipe la que se debe tener en cuenta para determinar el marco en estudio, pues basándose en el Art. 29 no. 5 Pn., ese deber determina una especial posición del cómplice: **Atenuación**, es así que a partir del límite inferior constitucionalmente trazado, para restar el desvalor del deber es obligatorio un descenso o movimiento hacia abajo para individualizar la pena de cómplice no cualificado.

- c) La solución en los tipos especiales impropios varía un poco, aquí ocurre que es el cualificado el que sufre una agravación debido a un deber que modifica su responsabilidad incrementándola, y especializando el tipo común para cargarle tal infracción, pero como el partícipe cooperador no infringe el deber que modifica la

responsabilidad, según el Art. 67 Pn., y por ello es una circunstancia que no se tiene respecto de el, para cualificarlo Art. 1, 12 Cn, el responde así de forma diferente no calificada y por ser intraneus: Atenuación conforme al Art. 63 no. 3Pn y 29 no. 5 Pn., por eso su responsabilidad versa sobre el título de imputación común, ya que es atenuado respecto del tipo impropio. (tiene la rebaja del desvalor del elemento que modifica la responsabilidad del cualificado) y como consecuencia la reducción del tipo de complicidad se hará en relación con el tipo de autoría común, esta es una vía de solución constitucional, legal y su aplicación judicial desde luego dependerá del sustrato cognoscitivo que posea el Juez en la determinación Dominio-Deber.

- 5.2.3- Se recomienda a La Escuela de Capacitación Judicial del Consejo Nacional de La Judicatura de El Salvador, que difunda por medio de sus Publicaciones que integre en sus programas de Formación Judicial, la doctrina del dominio del hecho y de la infracción de un deber especial como los criterios determinantes de la autoría y condicionantes de la accesoriedad en su concepción moderna, esto para mejor formación profesional en materia penal.
- 5.2.4- Se insta a La Fiscalía General de la República que al ejercer la acción penal y al llevar a cabo la imputación penal en el proceso penal realice de forma técnica y dogmática la imputación por autoría y participación y la consecuente disolución del principio de Inocencia conforme al principio de Culpabilidad, y que someta para ello a una constante y permanente capacitación a sus agentes fiscales, y llevar a cabo así las funciones de carácter penal que le asigna La Constitución.
- 5.2.5- A la Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales de La Universidad de El Salvador, se le recomienda que diseñe capacitaciones permanentes a sus profesores que imparten la cátedra de Derecho Penal en las nuevas formulación de La Autoría y Participación así como en los últimos adelantos en las ciencias penales, para transmitir ciertos conocimientos a los estudiantes en aras de una mayor formación penal.

BIBLIOGRAFIA

LIBROS

BACIGALUPO. ENRIQUE. **“Lineamientos de la Teoría del Delito”**. 3ra. ED. Editorial Hamurabi S.R.L. Argentina 1994.

BACIGALUPO. ENRIQUE. **“Manual de Derecho Penal, Parte General”**. Editorial Temis S.A. Santa Fé de Bogota. Colombia. 1998.

BERTONI. EDUARDO A., Y OTROS. **“Serie Justicia y Estado de Derecho.”** no. 1. Fundación Myrna Mack. Guatemala. 1998. Autoría y Participación.

BONORINO. PABLO RAÚL. **“Justificación de las Sentencias Penales. Una perspectiva lógica y conceptual.”** 1ra. ED. CNJ-ECJ. San Salvador. El Salvador. 2004.

BUSTOS RAMÍREZ. JUAN. **“Derecho Penal Latinoamericano Comparado”**. Tomo III. Parte General de los Códigos y Proyectos. Ediciones. Depalma. Buenos Aires, argentina. 1983.

BUSTOS RAMIREZ. JUAN **“Manual de Derecho Penal. Parte General”** 3ra. ED. Editorial Ariel SA. Barcelona.

C. NÚÑEZ. RICARDO. **“Manual de Derecho Penal. Parte General.”** 3ra. ED. Marcos Erner Editora. Córdoba. Argentina. 1982.

CHOCLAN MONTALVO. JOSÉ ANTONIO. **“Culpabilidad y Pena. Su Medición en el Sistema Penal Salvadoreño”**. Primera Edición. CSJ. Justicia de Paz. El Salvador. 1999.

CHOCLAN MONTALVO. JOSÉ ANTONIO **“El Delito Culposo”**. ED. CSJ. El Salvador. 2001

CREUS. CARLOS. **“Derecho Penal. Parte General”**. 5ta. ED. Editorial Astrea. Buenos Aires. Argentina. 2004.

CURY URZÚA. ENRIQUE. **“Derecho Penal. Parte General.”** Tomo II. 2° ED. editorial jurídica de Chile. 1999.

DONNA. EDGARDO ALBERTO. **“La Autoría y la Participación Criminal.”** Rubinzal-Culzoni Editores. Argentina. 1998.

ESTRADA VÉLEZ. FEDERICO. **“Derecho Penal. Parte General.”** 2° ED. Editorial Temis S.A. Bogotá. Colombia. 1980.

FIERRO. GUILLERMO JULIO. **“Teoría de la Participación Criminal.”** 2° ED. Editorial Astrea. Buenos Aires. 2004

FIERRO. GUILLERMO JULIO. **“Causalidad e Imputación”**. Editorial Astrea. Buenos Aires. Argentina. 2002.

GILL. S. HIPOLITO. **“Derecho Penal. Parte General”**. 1ra. Edición. 2004. Grafos SA. Panamá.

JACOBS. GÜNTER. **“Derecho Penal. Parte General. Fundamentos y Teoría de la Imputación”**. 2da. ED. Marcial Pons. Ediciones Jurídicas y Sociales SA. Madrid. 1997. España.

JIMÉNEZ DE ASÚA. LUÍS. **“La Ley y el Delito. Principios de Derecho Penal”**. 2da. ED. Editorial Hermes. México. 1954.

LABATUT GLENA. GUSTAVO. **“Derecho Penal. Parte General”** Tomo 1. 9ª. Edición. Editorial Jurídica de Chile. 1990.

MUÑOZ CONDE. FRANCISCO. **“Teoría General del Delito.”** EDITORIAL TEMIS.1996

PUIG MIR. SANTIAGO. **“Derecho Penal. Parte General. Fundamentos y Teoría del Delito”**. 3ra. Edición. Promociones y Publicaciones Universitarias SA. Barcelona. España. 1990.

PUIG MIR. SANTIAGO **“Significado y Alcance de la Imputación Objetiva en Derecho Penal. Nuevas Formulaciones en las Ciencias Penales.”** Marcos Lerner Editora. Córdoba. Argentina. 2001. Homenaje a Claus Roxin.

QUINTERO OLIVARES. GONZALO. **“Derecho Penal. Parte General”**. 2º ED. Marcial Pons. Ediciones Jurídicas y sociales SA. Madrid. España. 1989.

REYES ECHANDIA. A. **“Derecho Penal. Parte General”**. 8º ED. universidad externado de Colombia. Bogota. 1981..

ROXIN. CLAUS. **“Autoría y Dominio del Hecho en Derecho Penal”**. 6º ED. Marcial Pons. Ediciones Jurídicas y Sociales S.A.. Madrid. España. 1998.

SÁNCHEZ ESCOBAR. CARLOS ERNESTO. **“Límites Constitucionales del Derecho Penal”**. Unidad de Producción, Bibliografía y Documentación. CNJ-CSJ. El Salvador. 2004

TREJO ESCOBAR. MIGUEL ALBERTO. **“Autoría y Participación en Derecho Penal”**. Servicios Editoriales Triple D. 1ra. ED. San Salvador. El Salvador. 2004.

VELÁSQUEZ Y VELÁSQUEZ. FERNANDO. **“Derecho Penal Parte General”**, ED. Temis. Argentina.1984.

WELZEL. HANS. **“Derecho Penal Alemán”**. 4ta. ED. Editorial Jurídica de Chile. 1993

ZAFFARONI EUGENIO RAUL. **“Manual de Derecho Penal. Parte General.”** 5ta. Edición. EDIAR. Editora SA. Buenos Aires. Argentina. 1987.

ZAFFARONI EUGENIO RAUL**“Tratado de Derecho Penal. Parte General”**. Tomo IV EDIAR. Sociedad Anónima. Editora, Comercial, Industrial y Financiera. Argentina. 1982.

ZIFFER. PATRICIA S. **“Lineamientos de la Determinación de la Pena.”** 2° Ed. AD-HOC. S.R.L. Buenos Aires. Argentina. 1999.

LEGISLACIÓN

Constitución de la Republica de El Salvador de 1983.

Aprobada por la Asamblea Constituyente el 15 de diciembre de 1983, y entro en vigencia el 20 de diciembre de 1983.

Código Penal de El Salvador.

Decreto Legislativo 1030, aprobado el 26 de abril de 1997 por la Asamblea Legislativa, y entro en vigencia el 20 de abril de 1998.

Convención Americana sobre Derechos Humanos. Suscrita en San José Costa Rica el 22 de Noviembre de 1969, en la Conferencia Especializada Interamericana Sobre Derechos Humanos.

Aprobado el 22 de Noviembre de 1969 por la OEA; Suscrito por El Salvador el 14 de junio de 1978 por medio del Decreto Ejecutivo numero 405, y ratificado el 15 de junio de 1978 por decreto legislativo numero 5, publicado en el Diario Oficial numero 113 de fecha 19 de junio de 1978.

Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre. Aprobada en la Novena Conferencia Internacional Americana. Bogota, Colombia. 1948.

Aprobado el 3 de mayo de 1948 por la novena conferencia internacional americana, aun no ha sido ratificado, ni suscrito por El Salvador.

Declaración Universal de los Derechos Humanos. Adoptada y proclamada por la resolución 217 A (iii) de la Asamblea General de las Naciones Unidas, el 10 de diciembre de 1948.

Aprobada el 10 de diciembre de 1948 por la Asamblea General de las Naciones Unidas, en resolución 217A (xxx, 10 de diciembre de 1948), aun no ha sido ratificado, ni suscrito por El Salvador.

MEDIOS ELECTRÓNICOS:

<http://www.unifr.ch/Derechopenal>. Sobre el Principio de Culpabilidad, año 2005.

www.carlosparma.com.ar. Sobre Autoría y Participación. 2005

www.eumed.net/libros/2005/;pd/3h.htm. Principio de Culpabilidad, año 2005.

[www.bahaidream.com/la pluma/derecho/Revista 13/Penal.htm](http://www.bahaidream.com/la_pluma/derecho/Revista_13/Penal.htm). Principio de Culpabilidad, año 2005.

htm.inicia.es/de/pazenred/fundamento.htm. Principio de Culpabilidad, año 2005.