

Dr. CAMPO ELÍAS MUÑOZ R.  
Catedrático de Derecho Penal  
Universidad de Panamá

# LA PARTICIPACIÓN CRIMINAL

- Autor y Cómplice en Derecho Penal -

PANAMÁ, 1975

Dr. CAMPO ELÍAS MUÑOZ R.  
Catedrático de Derecho Penal  
Universidad de Panamá

# LA PARTICIPACIÓN CRIMINAL

— Autor y Cómplice en Derecho Penal —  
(Separata Revista LEX  
Marzo – Agosto 1975)

PANAMÁ, 1975

## SUMARIO.

- I. Concepto y naturaleza jurídica.
  - A) Concepto: La participación criminal como causa de extensión de la incriminación penal.
  - B) Teorías sobre la naturaleza de la participación criminal.
- II. La autoría
  - A) El concepto de autor
  - B) Coautoría.
  - C) La autoría mediata.
- III. Elementos constitutivos de la participación criminal.
  - A) Pluralidad de agentes.
  - B) Existencia e identidad del delito.
  - C) Contribución causal a la realización del hecho delictivo.
  - D) Voluntad de cooperar en el delito.
- IV. Formas de la coparticipación criminal.
- V. La instigación.
  - A) Concepto y naturaleza.
  - B) La acción del instigador.
  - C) La acción del instigado.
  - D) La penalidad.
- VI. La complicidad.
  - A) Concepto y distinciones.
  - B) Cooperadores inmediatos (cómplices primarios).
  - C) Auxiliadores (cómplices secundarios).
- VII. La comunicabilidad de las circunstancias agravantes.

### I. CONCEPTO Y NATURALEZA JURÍDICA

- A) *Concepto: La participación criminal como causa de extensión de la incriminación penal.*

Generalmente las normas incriminadoras de la Parte especial de los Códigos penales (de los delitos en particular) están redactadas como si solamente una persona pudiera realizar la conducta que ellas describen. Las expresiones "el que haga tal cosa" o "el que omita tal otra", utilizadas por el legislador al describir los tipos penales tan solo aluden a la conducta que realiza el sujeto activo primario de la infracción.

La experiencia demuestra, sin embargo, que las acciones punibles pueden ser obra no de una sola persona sino de varias, en las que cada una presta su colaboración o ayuda, en distintos grados, en la realización del tipo penal.

El Derecho penal, por ello, no limita su alcance a sancionar únicamente las conductas de aquellas personas que de modo principal (autores) lesionan o ponen en peligro de lesión los bienes jurídicos tutelados en los tipos penales. En torno a la conducta principal que en el tipo se describe existen otras accesorias (partícipes) que coadyuvan en mayor o menor grado a la realización de la acción principal y, consecuentemente, inequívocamente antijurídicas<sup>1</sup>.

Algunos de los problemas que plantea la intervención de varias personas en el delito da lugar a la teoría de la participación criminal, designada por los autores italianos con la expresión "concurso de personas en el delito", y a la que alude nuestro Código en el Título VI, del Libro I, bajo la rúbrica "De la cooperación de varios individuos en la comisión de un mismo hecho punible" (artículos 63 y 64). Las disposiciones de índole general referentes a la participación criminal contenidas en los Códigos penales, por tanto, importan una extensión legal de los tipos y, con ello, de la punibilidad establecida en las distintas figuras especiales, de manera tal que alcancen no solo aquellos que ejecutan la acción típicamente, descrita por la ley como ilícita, sino además a todos los que de cualquier modo contribuyan a la perpetración de un delito, y que sin estas disposiciones ampliatorias no podrían ser objeto de una sanción penal, sin violentar el principio de estricta legalidad.

"Debemos admitir -expresa BETTIOL- que las normas sobre concurso revisten naturaleza de normas complementarias extensivas de la incriminación de la norma principal, en el sentido de que la norma incriminatoria especial describe el delito y conmina la pena para quien lo realiza y la norma complementaria aumenta la previsión de aquella, haciendo posible que las dos disposiciones se refieran también a los que no habiendo ejecutado materialmente el delito, han cooperado no obstante a su producción"<sup>2</sup>.

Como auténtica causa de extensión de la pena, el instituto técnico jurídico de la participación criminal permite ampliar el contenido conceptual que se le asigna en los diversos tipos penales, y así sancionar conductas que no implican, por ejemplo, la ejecución de "causar la muerte" (artículo 311 del C.P.), pero que en alguna forma relevante han contribuido a lograr este resultado.

Esta extensión -como bien observa FONTAN BALESTRA- "pareciera dar por tierra con la función limitadora que se le asigna al tipo

---

1 En este sentido: JIMENEZ HUERTA, Mariano. **Derecho Penal Mexicano**. Tomo I, Editorial Porrúa, S. A. México, 1972, pág. 262.

2 BETTIOL, Giuseppe. **Derecho Penal. Parte General**. Editorial Temis. Bogotá, 1965, pág. 499.

penal; mas no es así, porque las figuras accesorias o formas ampliadas de adecuación al tipo no abren los tipos, sino que tan sólo los amplían hasta un límite preciso, que es lo que la tipicidad debe asegurar"<sup>3</sup>.

Tenemos, pues, que en el sentido amplio, participación es intervención de varios sujetos en un delito. En un sentido restringido, en cambio, partícipes son aquellos que contribuyen culpablemente a la producción del hecho ilícito realizando una conducta distinta a la del autor. Este último significado de participación es al que aludiremos en estos breves comentarios.

Para comprender el alcance de la teoría de la participación criminal debemos recordar que con relación a los sujetos que en el intervienen, los delitos se clasifican en unisubjetivos o individuales y en plurisubjetivos o colectivos.

Delito unisubjetivo es aquel que de ordinario es cometido por una sola persona, aunque eventualmente puede ser cometido por varias.

Delito plurisubjetivo es el que no puede ser cometido sino por varias personas. Así, por ejemplo, el adulterio, la bigamia, la asociación para delinquir, la corrupción de funcionarios públicos, etc. En esta última hipótesis la figura misma del delito, por su propia definición, presupone la concurrencia de la actividad de varias personas, y se habla entonces de participación necesaria o de concurso necesario. En estos casos la participación simultánea de sujetos distintos no constituye una concurrencia accidental al delito, sino una exigencia típica.

En la hipótesis del delito unisubjetivo, como quiera que la acción delictuosa puede ser realizada por una o varias personas indistintamente, se hable de participación o concurso eventual.

A este respecto, NOVOA MONREAL afirma que la teoría de la participación criminal se refiere a "una pluralidad de personas que concurre a la perpetración de un hecho punible sin estar requerida por la naturaleza del tipo"<sup>4</sup>.

Nada impide, sin embargo, que en los casos de participación necesaria, al hecho concurren otros sujetos que realicen conductas no descritas en el tipo, y que por tanto serán reguladas por las normas generales de la participación criminal. Como sucede en el ejemplo propuesto por MAGGIORE, del que dolosamente proporciona habitación a la pareja adúltera<sup>5</sup>.

---

3 FONTAN BALESTRA, Carlos. Tratado de Derecho Penal. 2a. edición. Tomo 11. Editor del Abeledo-Perrot. Buenos Aires, 1970. pág. 367.

4 NOVOA MONREAL, Eduardo. Curso de Derecho Penal Chileno. Parte General. Tomo II, Editorial Jurídica de Chile. Santiago, 1966. pág. 166.

5 MAGGIORE, Giuseppe. Derecho Penal. Vol. 11. Editorial Temis. Bogotá, 1954, pág. 99.

## **B) Teorías sobre la naturaleza de la participación criminal.**

En relación al debatido problema de la naturaleza jurídica de la participación criminal se han elaborado numerosas teorías. Atendiendo a sus rasgos comunes, sin embargo, podemos clasificarlas en dos grupos: 1. teorías unitarias y 2. teorías pluralistas.

### **1. Teorías Unitarias.**

Los seguidores de la Escuela Clásica concibieron la participación criminal desde un punto de vista unitario y accesorio. El delito, aún cuando tenga varios sujetos permanece único e indivisible: la participación delictiva, por ello, se configura como unidad de delito con pluralidad de agentes.

De esta manera el aporte de cada partícipe viene a ser parte integral de un todo. La participación, además, es accesorio porque presupone la existencia de una acción principal a la cual se refiere.

La Escuela Positiva también se adhirió a la teoría unitaria, si bien censurando el criterio objetivo de los clásicos, por el cual se examina los diversos aportes como contribución y coeficiente causal de la entidad jurídica del delito, y oponiéndole el criterio subjetivo según el cual el delito debe ser estudiado a través de los concurrentes que han contribuido a su realización.

La sanción debe adaptarse al grado individual de peligrosidad de cada uno de los partícipes. En este sentido manifiesta FERRI: "La diversidad de los actos de participación en el delito no sólo tienen un valor objetivo o causal, sino también un valor sintomático, y, por tanto, debe ser siempre destacada, ya que concurre con los motivos determinantes y la personalidad del delincuente a precisar el grado de peligrosidad. Consumar el acto homicida directamente sobre la víctima o limitarse a instigar o suministrar el arma o a abrir la puerta, indican de ordinario una diversa potencia ofensiva derivada de una diferente repugnancia al delito"<sup>6</sup>.

### **2. Teorías Pluralistas.**

Mientras la concepción unitaria sostiene que la conducta convergente de los copartícipes se funde en un delito único, las doctrinas pluralistas enseñan que el concurso implica para cada copartícipe un delito distinto y autónomo, llamado delito de concurso. Cada copartícipe responde del hecho propio, y, en consecuencia, habrá tantos delitos cuantos concurrentes.

---

<sup>6</sup> FERRI, Enrique. Principios de Derecho Criminal. Editorial Reus. Madrid. 1933. pág. 517.

No se requieren mayores esfuerzos para advertir que con esta teoría se destruye prácticamente el fundamento sobre el cual se edifica la estructura de la coparticipación criminal.

## II. LA AUTORÍA

### A) *El concepto de autor.*

El estudio de la participación criminal exige precisar previamente el concepto de autor, que constituye la forma básica de intervención en un hecho delictivo.

La determinación de quien es el autor en sentido estricto tiene gran trascendencia práctica, no solamente para establecer la pena que corresponde aplicar, sino también, porque si bien es cierto que el acto del partícipe es una acción típicamente antijurídica y culpable (de adecuación típica indirecta), las condiciones típicas de autor no son las mismas para el autor propiamente dicho y para el partícipe<sup>7</sup>.

#### 1. Teorías

Las distintas teorías que pretenden explicar el concepto de autor tienen como tarea primordial distinguir entre autoría (autor en sentido estricto), por una parte, e inducción y complicidad (partícipe), por la otra la teoría material objetiva fundamentó la distinción entre autores y partícipes tomando en consideración la diversa eficiencia causal de las actividades de éstos. Haciendo uso de los conceptos de causa y condición sostuvo que autor es el que pone una causa del resultado, en tanto que partícipe es el que pone una simple condición del mismo.

"Dentro de esta concepción -expresa BACIGALUPO- se encuentran las teorías individualizadoras de la causalidad, que no son en la actualidad aceptables"<sup>8</sup>.

Partiendo de la aplicación al concepto del delito del principio causal de la *conditio sine quanon* (teoría de la equivalencia de las condiciones), la teoría subjetiva negó la posibilidad de distinguir objetivamente entre la conducta de autor y la del partícipe, por cuanto que se estima que el concepto de causación no es susceptible de ser graduado.

Tanto el autor como el partícipe colocan una condición del resultado, y una condición no es posible distinguirla de otra condición; cada condición es tan necesaria para el logro del resultado delictivo como otra cualquiera.

---

7 FONTAN BALESTRA, II, pág. 432.

8 BACIGALUPO. Enrique. **Lineamientos de la Teoría del Delito**. Editorial Astrea. Buenos Aires, 1974, pág. 118.

Declarándose partidario de esta teoría BUSCH recientemente sostiene que "las formas de la participación se diferencian entre sí y en relación con la autoría por el contenido de la voluntad; inducir y ser cómplice son actividades finalistas, dirigidas a un fin; el instigador quiere despertar una voluntad ajena encaminada a ejecutar algo, y el cómplice quiere estimular un hecho ajeno: el autor quiere el hecho como propio y el partícipe lo quiere como ajeno. Aquel actúa animo auctoris y éste animo socii"<sup>9</sup>

WELZEL califica la teoría subjetiva de "fórmula inutilizable" y a continuación se pregunta: ¿Qué quiere decir, querer el hecho como propio o como ajeno? ¿Está acaso a disponibilidad de autor, el querer el hecho "como propio" o "como ajeno"? ¿Puede alguien convertir el hecho en "propio", de su mera voluntad o desviarlo "como ajeno" a través de una correspondiente voluntad del cómplice? Luego manifiesta: "Esto es imposible: el hecho tiene que ser realmente la obra del autor"<sup>10</sup>.

Dentro de esta misma línea de pensamiento advierte MAURACH que la teoría subjetiva de la participación "al tratar de sustituir la objetiva realización del acto por el subjetivo querer el acto como propio destruyó en realidad el concepto de autor y con él la función de garantía de los tipos basada en este concepto"<sup>11</sup>.

De acuerdo con la teoría formal objetiva la cuestión se resuelve de manera muy simple: "autor es el que realiza la conducta descrita en la figura típica"; partícipe "es el que ayuda o coopera con el autor en la comisión del hecho punible".

Así, por ejemplo, BETTIOL considera que autor es el que "realiza culpablemente con su propio comportamiento un hecho previsto como delito por una ley incriminatoria y determina así la lesión efectiva o potencial de un bien tutelado". Mientras considera como partícipe a "quien concurre a la perpetración de un delito desarrollando una actividad lógicamente distinta de la del autor, en cuanto cae dentro de la esfera de las normas secundarias sobre participación de carácter extensivo"<sup>12</sup>.

Cabe preguntarse, sin embargo, ¿quién realiza la conducta típica?

Es evidente que frente a aquellos delitos en que se describe sólo una determinada actividad o la causación de un resultado mediante una

---

9 BUSCH, Richard. *Modernas Transformaciones en la Teoría del Delito* Editorial Temis. Bogotá, 1969. pág. 30.

10 WELZEL, Hans. *Derecho Penal. Parte General*. Trad. de Carlos Fontan Balestra. Ediciones Depalma. Buenos Aires, 1956. pág. 115.

11 MAURACH, Reinhart. *Tratado de Derecho Penal*. Traducido por J. Córdoba Roda. Tomo II, Ediciones Ariel. Barcelona, 1962, pág. 339.

12 BETTIOL, Derecho, págs. 495 y 500.



concreta actividad, la determinación no presenta mayores problemas. Así, en el delito de falso testimonio contemplado en el artículo 188 del Código penal panameño, no cabe duda que realiza la conducta típica el que "en el acto de declarar como testigo ante la autoridad judicial, afirme lo que es falso o niegue lo que es verdad o calle total o parcialmente lo que sepa sobre los hechos respecto de los cuales se le interrogue".

Sucede, no obstante, que en numerosas hipótesis el establecer cual es la conducta descrita en la figura típica es tarea que presenta dificultades insuperables. ¿Realiza la conducta típica el que apuñala o dispara el arma, o también el que sujeta a la víctima?

Para resolver estos interrogantes los partidarios de la teoría formal objetiva recurren al concepto de acción ejecutiva, y sostienen que realizan la conducta típica únicamente aquellos que concretan al menos parte de la acción ejecutiva descrita en el tipo penal.

Se estima, que aún introduciendo esta variante la cuestión queda sin resolver, especialmente para quienes sostienen que la autoría supone la propia actividad corporal del sujeto.

En la constante evolución de la moderna dogmática penal aparece la teoría finalista de la acción, y que de acuerdo con algunos autores, proporciona criterios más precisos para la distinción de autor y partícipe. De acuerdo con esta teoría es autor el que tiene "el dominio del hecho", mientras que los partícipes carecen de él.

"No es autor de una acción dolosa quien solamente causa un resultado, enseña WELZEL, principalmente exponente de la teoría de, la acción finalista- sino quien tiene el dominio conciente del hecho dirigido hacia el fin. Aquí se eleva el autor, por la característica del dominio finalista del hecho, por encima de toda otra participación. El instigador y el cómplice no tienen el dominio del hecho, sino que sólo han inducido a la decisión del hecho y ayudaron a su ejecución"<sup>13</sup>.

Precisando aún más el concepto del dominio del hecho ROXIN advierte que lo decisivo para esta teoría "no es la motivación sino el aporte objetivo que ha correspondido al individuo en la ejecución del hecho. Si tuvo un papel dominante en el hecho total será autor, aun cuando haya obrado en interés o por instigación de otro; si, al contrario, no ha tenido una posición dominante en la comisión del hecho, será solo partícipe, a pesar del gran interés personal que haya tenido en el delito"<sup>14</sup>.

---

13 WELZEL, Derecho Penal. págs. 104-105.

14 ROXIN, Claus. "Sobre la autoría y participación en el Derecho Penal", en Homenaje al Profesor Luis Jiménez de Asúa. Ediciones Pannedille. Buenos Aires. 1970. págs.

Tener el "dominio del hecho" significa, por tanto, tener el control de los acontecimientos hasta su resultado final, lo que implica la disponibilidad de los actos hasta llegar a la consumación del hecho punible.

## **2. Elaboración del concepto de autor en el Código panameño.**

La misión de la doctrina científica no va encaminada a encontrar libremente un criterio que permita deslindar la autoría de la participación, sino en averiguar ¿cuál es el criterio acogido expresamente por la ley?

El Código penal patrio no contiene en la Parte general una norma que proporcione el concepto de autor, que sería válido para todos los delitos. Ello obedece fundamentalmente a una razón que aunque parezca muy simple, es definitivamente correcta: no hace falta tal concepto.

Cuando la ley describe las distintas figuras delictivas y las conmina con pena, está indicando expresamente en cada una de ellas la conducta de autoría y la penalidad que le corresponde al autor por el hecho ilícito. Por ello, para sancionar al autor de un delito no hay que recurrir a normas de la Parte general del Código. Cada tipo delictivo equivale a una forma de autoría, y, en cada uno de ellos aparece directamente la pena señalada para el o los autores.

En nuestra opinión la noción de autor en el Código penal panameño ha de ser construida restrictivamente. Es autor en sentido estricto aquel cuya conducta es subsumible, sin más, en la figura típica de la Parte especial. Lo que él realiza es "la violación de la ley penal" a que hace referencia el artículo 63 del Código penal; es quien ejecuta el delito a que alude el párrafo último del artículo 64 que trata de la complicidad necesaria.

Así pues, no es autor todo sujeto que ha cooperado o inducido, aunque se demuestre que tenga un interés especial, en la causación de un resultado lesivo, sino tan sólo aquél que realiza la conducta típica.

Será evidente, por tanto, que la conducta de autor variará según la naturaleza de cada delito. En el homicidio (art. 311 C.P.), por ejemplo, la conducta de autor consistirá en "causar la muerte"; en el hurto (art. 350 C.P.), en "apoderarse de la cosa mueble ajena sin consentimiento de su dueño, para aprovecharse de ella; en la violación del secreto de la correspondencia (art. 144 C.P.), en "abrir indebidamente una carta, telegrama o pliego cerrado dirigido a otro", etc.

Cabe señalar, además, que frente a nuestro Código la autoría debe determinarse por el valor objetivo de la actuación, siendo inaceptable, por tanto la teoría subjetiva que pone mayor énfasis en el "animus" especial que tenga el sujeto. Por ello, el párrafo último del art. 63 contempla como auténtica hipótesis de participación delictiva (determinación o inducción) los casos de "quien decida a otro a cometer el delito", aunque se demuestre

que aquél (el determinante o inductor) tenía "interés personal" en cometer el delito.

Para la delimitación entre autoría y participación también sigue el Código un criterio objetivo (principio causal), sólo son partícipes en el delito quienes han hecho aportes para su comisión, sea cooperado de modo directo, sea determinando a ello o auxiliando en esa tarea.

La responsabilidad de los instigadores y cómplices es accesoria en cuanto que se les impone una pena en base al hecho cometido por el sujeto que realiza la acción descrita en el tipo penal (autor).

En orden a la participación criminal, el Código penal distingue las siguientes categorías:

a) los que cooperan de modo directo y principal en la ejecución del hecho (art. 63. párrafo primero) (cooperadores inmediatos);

b) los que decidan a otro cometer el delito (art. 63, párrafo segundo; literal a) .art. 64) (instigadores);

c) los que cooperen de cualquier otro modo a la ejecución del hecho y los que presten una ayuda posterior al delito, cumpliendo promesas anteriores al mismo (literales b y c) del art. 64 y también literal a) en su parte final (auxiliadores); y d) los que prestasen al autor una cooperación o ayuda sin la cual el delito no se habría cometido (párrafo final, art. 64) (cooperadores o cómplices necesarios).

Mas adelante tendremos oportunidad de referirnos, en forma detallada, a cada una de estas distintas situaciones, al tratar la instigación y la complicidad.

## **B) Coautoría.**

### **1. Concepto**

Coautoría es la realización de la conducta descrita en el tipo por varias personas en forma conjunta.

La coautoría, consecuentemente, supone la intervención de más de una persona en el hecho delictivo, pero no es una forma de participación, pues como dejamos expuesto esta calificación se restringe a las conductas accesorias (instigación y complicidad) y en la coautoría se trata de varias conductas principales en la realización del hecho punible.

Puede afirmarse, pues, que existirá coautoría cuando nos encontremos en presencia de una pluralidad de sujetos activos de naturaleza primaria, es decir de diversas personas a las que directa e individualmente es aplicable la expresión el que "haga... o el que omita" que la ley emplea al describir los tipos penales habida consideración de que todas ellas realizan la conducta descrita en el verbo rector en el núcleo del tipo<sup>15</sup>.

---

15 Así JIMENEZ HUERTA, I. pág. 55

Este criterio es adoptado por autores modernos como ZAFFARONI para quien hay coautoría "cuando dos o más participantes llevan a cabo conjuntamente la realización típica en forma tal que cada uno de ellos, aisladamente, ejecuta la acción típica en su totalidad y ambos reúnen los requisitos típicos necesarios para ser autores"<sup>16</sup>.

La doctrina, sin embargo, perfila un concepto más amplio, que presenta numerosas dificultades especialmente en lo referente a su delimitación con las formas de participación (instigación y complicidad). Según esa concepción son supuestos de coautoría aquellos en los que existe una verdadera división del trabajo, siendo posible que ninguno de los sujetos que intervienen realice totalmente y en forma individual la conducta típica.

Partidario de esta última posición doctrinal, WEZEL estima como coautor a quien "en posesión de las cualidades personales de autor es portador de la decisión común respecto del hecho y en virtud de ello toma parte en la ejecución del delito"<sup>17</sup>.

Cabría preguntarse, sin embargo, ¿qué tipo de aporte debe considerarse "como tomar parte en la ejecución del delito"? Para resolver acertadamente esta interrogante nos parece atendible la opinión de GIMBERNAT, al comentar el Código Penal español. Para el ilustre profesor de la Universidad de Madrid, "tomar parte en la ejecución del hecho" significa: "intervenir en el hecho llevando a cabo una parte de ese todo que es la ejecución, esto es: intervenir realizando un acto ejecutivo"<sup>18</sup>.

De acuerdo con esta concepción extensiva serán estimados coautores, quienes concurren al hecho realizando al menos actos ejecutivos, es decir, todos aquellos que tomen parte en la ejecución del delito, aún cuando no realicen total e individualmente la conducta descrita en la figura penal de la Parte especial.

## **2. La coautoría en el Código Penal panameño:**

La calificación de coautoría en nuestro Código no ofrece mayores dificultades: su delimitación implica la de la autoría.

Únicamente es coautor quien reúne los requisitos típicos necesarios para ser autor y realiza la acción descrita en la figura típica. Estimamos, por tanto, que en nuestra legislación penal es aplicable el concepto restringido de coautoría a que hicimos referencia anteriormente.

---

16 ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Teoría del delito. Ediciones Ediar. Buenos Aires, 1973, pág. 646.

17 WELZEL, Hans. Derecho Penal Alemán. Editorial Jurídica de Chile. Santiago, 1970. pág. 154.

18 GIMSERNAT, Enrique. El Autor y Cómplice en Derecho Penal. Universidad de Madrid, Facultad de Derecho. Sección de Publicaciones e intercambio. Madrid, 1966, pág. 95.

No serán coautores, por ello, aunque sean "portadores de la decisión común al hecho" (casos de acuerdo previo, expreso o tácito), quienes contribuyen a la realización de la conducta descrita en la figura de la Parte especial del Código. Así, no podrán ser calificados como coautor es sino como partícipes el vigilante (el que vigila, para tranquilidad de los que consuman el delito de robo o de homicidio), ni el que sujeta a la víctima mientras otro viola o la mata. Para que pudieran ser considerados como coautores sería necesaria la existencia de una previsión legal expresa, que no existe en nuestro Código.

Por otra parte, aunque parezca innecesaria esta afirmación cabe señalar que la previsión contenida en el párrafo primero del artículo 63: del Código Penal, no contempla hipótesis de coautoría sino de participación delictiva (cooperadores inmediatos).

Otra parece ser, sin embargo, la orientación de nuestra jurisprudencia. En efecto, al comentar la distinción entre autores y cómplices, en auto de 25 de agosto de 1964, la Honorable Corte Suprema de Justicia se manifestó de la siguiente manera:

"La legislación penal positiva distingue dos categorías de hechos a los cuales corresponde dos categorías de agente: Los hechos de participación directa en los actos que determina la Ley y que constituyen la infracción; y los hechos de participación indirecta, los cuales pueden preceder o acompañar la infracción. Los primeros son los autores. Los segundos, los cómplices".

Si bien la redacción utilizada por nuestra más alta Corporación de Justicia es un tanto confusa, creemos que identifica como coautores a todos aquellos que cooperan "de modo directo y principal en la violación de la ley penal" o sea a la hipótesis a que alude el párrafo primero del artículo 63, antes citado.

Adelantémonos a observar que la distinción tiene un carácter eminentemente doctrinal, habida consideración de que para efectos de la penalidad están equiparados, tanto el autor, como el cooperador inmediato (cómplices primarios) y el cooperador necesario (cómplices necesarios) y a que éste tema lo trataremos in extenso más adelante, nos limitaremos por ahora a señalar que "cooperar" - aún con una concurrencia personal - a la ejecución del hecho punible, en forma alguna puede identificarse con "ejecutar" o "realizar" el tipo delictivo, puesto que tal afirmación sería tanto como desconocer el verdadero sentido de las palabras usadas por el legislador o renunciar a pensar que las fórmulas legales tienen alguna significación idiomática y conceptual propias.

## C) *La Autoría Mediata.*

### 1. **Concepto**

No siempre será necesario que el autor realice personalmente la conducta típica. Del mismo modo que se admite que el sujeto puede valerse de animales o aparatos mecánicos para la producción de determinados resultados, hay que reconocer que puede perfectamente realizar ciertos hechos delictivos utilizando para ello a otras personas.

El empleo de otro ser humano para la realización del hecho material descrito en el tipo penal, ha originado - especialmente en la dogmática alemana - la teoría del llamado autor mediato.

Autor mediato es el agente que no ejecuta personal y directamente la acción típica, sino que se vale de un sujeto inimputable o inculpable para cometer el delito.

En opinión de MAURACH, es autor mediato quien, "para realizar un hecho punible susceptible de comisión dolosa, emplea un hombre como mediador en el hecho (instrumento)"<sup>19</sup>.

La determinación de la estructura de la autoría mediata ha creado serias dificultades a la ciencia penal, y es aún muy discutible, hasta el extremo de que esta categoría de la autoría no es aceptada por muchos autores.

JIMENEZ HUERTA considera innecesaria la construcción de la autoría mediata; niega que sea un concepto jurídico y la califica como "una expresión valedera en el orden empírico filosófico en la que yace el dogma de la causalidad" y advierte: "El denominado autor mediato es, en puridad, ora el único autor que realiza la conducta típica valiéndose de un ciego instrumento humano a modo de complemento de su acción, ora un simple inductor de la conducta típica que el inducido inculpablemente ejecuta".<sup>20</sup>

Es preciso no confundir la figura del autor mediato con aquellos supuestos en que el sujeto activo del delito se vale de otra persona como un mero instrumento material. En esta última hipótesis, toda vez que la persona de que el agente se ha valido ha sufrido tal violencia que no ha estado en condiciones de realizar un movimiento voluntario, quien ha usado de la violencia responde como autor inmediato o directo. La autoría resulta de la falta de acción en el individuo utilizado como instrumento. De modo que quien se vale de él actúa como si fuera el único ser humano que participa en el hecho típico. Son supuesto de falta de acción frecuente en estos casos la fuerza física irresistible (*vis absoluta*).

---

19 MAURACH, II, pág. 314.

20 JIMENEZ HUERTA, I, pág. 58.

Por ello, con meridiana claridad advierte NUÑEZ, que "la autoría mediata presupone que el autor ejecute el delito a través de la actuación de otra persona. Esto excluye que sea un autor mediato quien lo comete sirviéndose, como instrumento de un dominado físicamente, pues el forzado no actúa, sino que es actuado"<sup>21</sup>.

- a) El que utiliza para la realización del tipo la acción de otro sujeto que actúa bajo error. Como, por ejemplo, el caso del médico que se vale de la enfermera, a la que entrega una dosis mortal para ser aplicada al paciente, ignorándolo aquélla.
- b) Cuando se utiliza la acción de un sujeto que actúa bajo coacción (vis compulsiva). Como, por ejemplo, el que obliga al cajero de una institución bancaria a entregarle las sumas de dinero valiéndose de graves amenazas.
- c) El que se vale de un inimputable (enajenado mental o menor de edad) para la realización del tipo.

La doctrina rechaza la posibilidad de autoría mediata a través de un sujeto que actúe voluntariamente y con pleno conocimiento de las circunstancias que rodean el hecho, así como del propósito del incitador (el denominado instrumento doloso). En estos casos, es evidente, existe instigación u otra modalidad de participación, más no autoría mediata<sup>22</sup>.

Del mismo modo se niega la posibilidad de autoría mediata en los delitos que solo pueden ser cometidos personalmente por el autor (delito de propia mano): como la violación carnal y el falso testimonio.

Por último, tratándose de delitos especiales, o sea, aquellos que exigen una calidad especial en el autor, para que pueda ser admisible la autoría mediata, será necesario que concurren en el autor mediato las características personales requeridas por el tipo.

## **2. La autoría mediata en el Código penal panameño.**

Sin que pretendamos en forma alguna negar el valor que representa la construcción de la autoría mediata para justificar la autoría en muchas hipótesis, es necesario hacer una previa advertencia: una cosa es reconocer la posibilidad y la conveniencia del concepto de autor mediato y otra muy distinta establecer los límites dentro de los cuales puede ser invocada la autoría mediata en una legislación determinada<sup>23</sup>.

---

21 NUÑEZ, Ricardo C. Manual de Derecho Penal. Parte General. Ediciones Lerner. Buenos Aires, 1972, Pág. 286.

22 CORDOBA RODA, J. / RODRIGUEZ MOURULLO, G. Comentarios al Código Penal. Tomo I. Ediciones Ariel, Barcelona, 1972. pág. 809.

23 IBIDEM. Pág. 807.

Estimamos que en nuestra legislación no es posible y, menos aún necesario, darle cabida a la figura del autor mediato para solucionar los supuestos calificados como tales por la doctrina.

Para corroborar esta aseveración examinemos a continuación las distintas hipótesis:

a) Se utiliza para la ejecución del tipo la acción de un sujeto que actúa bajo error. Esta situación se presenta por regla general en los delitos de resultado material, en los que la actividad ilícita es descrita en el tipo en función de la causación de un resultado (causar la muerte: artículo 311 del C.P.).

En estos casos la interpretación restrictiva de la figura de delito no excluye la posibilidad del empleo de otro sujeto como instrumento para la realización del hecho punible. Toda vez que en estos delitos el legislador lo que prohíbe es causar un resultado, es perfectamente factible calificar como autor a quien se ha valido de otro (que actúa en error) para realizar el tipo, prescindiendo del concepto de autor mediato. Así, por ejemplo, entendemos que en la hipótesis del médico que entrega a la enfermera, sin que ella lo sepa, una inyección que contiene una dosis letal, para que sea aplicada al paciente a quien se desea matar, no existe ningún inconveniente para calificarlo como autor, puesto que es él (el médico) quien ha causado la muerte del paciente, ha pesar de no haber ejecutado física o materialmente la acción.

Por ello, resulta muy acertada la observación de CORDOBA RODA RODRIGUEZ MOURULLO, de que no debe identificarse en todos los casos "realización del tipo" con "ejecución física del mismo"<sup>24</sup>.

El problema consistirá entonces, frente a la descripción de cada tipo en particular, en determinar cuando la realización del mismo exige de modo indispensable una ejecución directa, o si, por el contrario, permite una actuación por intermedio de tercera persona (instrumento).

b) En las demás hipótesis (el sujeto que actúa bajo coacción y del que se vale de un inimputable), es preciso reconocer que es sujeto activo primario el que inmediata y directamente comete el hecho punible (coaccionado o inimputable), no obstante su posible ausencia de responsabilidad por operar en su favor una causa de inculpabilidad.

La situación de quien determina a obrar antijurídicamente al sujeto activo primario del tipo (coaccionado o inimputable), se regula por las disposiciones expresas que el Código contiene sobre participación criminal. En este caso cabría sancionar al supuesto "autor mediato" como determinador o instigador con base al párrafo último del artículo 63 del

---

24 CORDOBA RODA/ RODRIGUEZ MOURULLO, I, pág. 811.



C.P., ya que no cabe duda alguna de que ha "decidido a otro a cometer el delito" y que "tenía interés personal en cometerlo". No vemos otra solución y creemos que es la correcta.

### III. ELEMENTOS CONSTITUTIVOS DE LA PARTICIPACIÓN CRIMINAL

Son elementos constitutivos o esenciales de la participación criminal: a) una pluralidad de agentes; b) existencia e identidad del delito; c) una contribución causal a la verificación del hecho delictivo; y d) la voluntad de cooperar en la comisión del delito.

#### A) *Pluralidad de agentes.*

La necesidad de la intervención de dos o más personas es inherente al concepto mismo de la participación criminal.

No existirá, por tanto, participación criminal en la hipótesis del delito cometido sobre el que consiente, que no es sujeto activo, sino pasivo del delito. Ni tampoco en el hecho del que determina a otro al suicidio (art. 317), pues el suicida no es considerado por la ley como sujeto del delito.

La doctrina se pregunta, no obstante, si todas las personas que cooperan materialmente a la comisión de un delito pueden ser consideradas partícipes a los fines de la aplicación de las reglas sobre participación criminal.

Algunos autores estiman que para poder ser calificado de partícipe el sujeto debe ser imputable y, además, debe haber actuado dolosamente. Así, por ejemplo, el que determina a un incapaz a cometer un delito, puede ser sancionado como autor mediato, pero nunca como partícipe. En sentido material tendríamos dos sujetos del delito, porque el uno instigó y el otro realizó la infracción; pero, en sentido jurídico, sólo existe un sujeto, porque el otro -de que ser sirvió el primero- no es imputable ni punible. Al no existir una pluralidad de sujetos, ya que el incapaz no es (jurídicamente) sujeto, no hay participación criminal; siendo por ello necesario recurrir a la teoría del autor mediato, para justificar la punición del sujeto que determinó al otro a cometer el delito.

Según otros autores, sin embargo, todas las personas que cooperan materialmente a la comisión de un delito pueden asumir la calificación de partícipes<sup>25</sup>. Se puede concurrir a un delito aunque el sujeto no sea imputable, aunque no se quiera el hecho, aunque la conducta no sea punible. Ser partícipe no es lo mismo que ser responsable de participación criminal. Así, en el caso del ejemplo propuesto del que determina a un

---

25 ANTOLISEI, Francesco. Manual de Derecho Penal. Parte General. UTEHA. Buenos Aires, 1960, pág. 401.

incapaz a cometer un delito, estaríamos en presencia de participación criminal, puesto que sería un delito cometido por dos personas, una de las cuales no es imputable ni punible; correspondiéndole al determinador o instigador la calificación de partícipe. La aplicación de las normas sobre participación delictiva, por tanto, puede también verificarse con un solo responsable<sup>26</sup>.

Tal como hemos dejado expuesto, esta última posición doctrinal es la que adopta nuestro Código Penal.

#### B) Existencia e identidad del delito

"La participación es, necesariamente, accesoria, es decir, dependiente de la existencia de un hecho principal"<sup>27</sup>.

La participación criminal, por tanto, está condicionada a la existencia de un delito. Si el delito no existe, a lo menos, en grado de tentativa no cabría hablar de participación.

Ahora bien: ¿qué debe entenderse por "delito" para efectos de la coparticipación criminal?

Para resolver el problema la doctrina moderna hace referencia a la naturaleza accesoria de la participación, y precisa que lo que se debe determinar es hasta qué punto la acción del partícipe se subordina a las características y modalidades jurídico-penales del hecho principal.

En este sentido; MAX ERNST MAYER señala cuatro principios o doctrinas, a las que denomina, respectivamente, accesoriadad mínima, accesoriadad ilimitada, accesoriadad extrema e hiperaccesoriadad<sup>28</sup>.

1. La accesoriadad es mínima cuando para la punición del partícipe es suficiente que el autor haya concretado un tipo legal.

2. La accesoriadad se manifiesta en forma limitada, cuando se requiere que la realización del tipo por el autor sea antijurídica.

3. La accesoriadad es extrema cuando el autor debe ejecutar un tipo legal antijurídico y culpablemente.

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

La adopción una u otra de estas doctrinas o principios, sin embargo, presenta notables diferencias. Así por ejemplo, si se acepta la accesoriadad extrema, para hablar de delito es menester que la acción no sólo sea antijurídica sino, además, culpable. De ello se deduce que en caso de faltar

---

26 IBIDEM, Pág. 402.

27 BOCKELMAN, Paul. Relaciones entre Autoría y Participación. Trad. de Carlos Fontan Balestra con la colaboración de Eduardo Friker. Abeledo-Perrot. Buenos Aires, 1960, pág. 7.

28 Citado por FONTAN BALESTRA, II, pág. 454.

la culpabilidad de la acción del autor principal, que es el ejecutor, no habría ya lugar a la participación criminal.

Según la teoría de la accesoriadad limitada, no obstante, para que exista delito y se admita la participación criminal, bastaría con que el autor realice una acción objetivamente antijurídica, independientemente de que no sea culpable, por faltarle la imputabilidad o el dolo. Siendo, por ello, posible la participación o el concurso del enajenado mental, del menor, etc.

Acogiéndose a este último sistema, algunos autores en vez de referirse a la existencia de un delito, como requisito de la participación criminal, prefieren utilizar la expresión "realización del elemento objetivo de un delito"<sup>29</sup> o "identidad del hecho"<sup>30</sup>.

Al examinar las distintas teorías reseñadas, MAGGIORE sostiene que la más justa es la que sostiene que por delito debe entenderse la acción antijurídica que resulta de la cooperación común, independientemente de la culpabilidad de uno u otro partícipe, sin excluir al autor principal<sup>31</sup>. O sea, que el reputado tratadista se adhiere a la doctrina de la accesoriadad limitada.

Cabe advertir, finalmente, que la participación es posible en cualquier etapa de desarrollo del iter criminis. No es factible, sin embargo, en un delito agotado, a no ser que haya habido acuerdo previo, porque entonces se daría vida a un nuevo delito, de naturaleza accesoria, como es el encubrimiento.

### C) Contribución causal a la realización del hecho delictivo

Además de los requisitos que hemos examinado, para que exista participación criminal es necesario que el sujeto haya proporcionado una contribución causal a la verificación del hecho delictivo.

La acción que realiza cada uno de los partícipes debe estar provista de eficacia respecto del hecho mismo. Es evidente, sin embargo, que la actividad de cada partícipe individualmente debe reunir las condiciones requeridas para la acción en sentido jurídico penal<sup>32</sup>.

De tal manera que nadie es punible, ni como autor, ni como partícipe, si no ha cumplido una acción típicamente antijurídica y culpable.

La participación puede tener lugar no sólo mediante una acción, sino también con una omisión. Para que exista participación mediante omisión, sin embargo, no; basta que ésta haya contribuido a la verificación del

---

29 ANTOLISEI, Manual. pág. 402.

30 FONTAN BALESTRA, II, pág. 451.

31 MAGGIORE, II, pág. 111

32 Así: FONTAN BALESTRA, II, pág. 469.

resultado del delito: es necesario además la violación de un deber jurídico por parte del sujeto<sup>33</sup>.

En la participación mediante omisión hay un no hacer es decir, un no impedir un resultado, correlativo a una obligación de hacer, esto es, de impedir ese evento. Lo cual indica que el omitente debía estar ligado, con anterioridad, a la obligación (procedente de la ley, de relaciones funcionales, derecho privado, etc.) de prevenir la producción de un evento determinado<sup>34</sup>.

Por ello, para establecer si una determinada conducta omisiva participó en el delito ajeno, es menester acreditar dos extremos: que existe un nexo de causalidad entre la omisión del partícipe y el delito cometido por el autor principal; y que existía en el omitente el deber jurídico de oponerse al delito.

La necesidad de que el sujeto aporte una contribución causal a la realización del hecho delictivo conduce a la consecuencia de que no constituye participación la aportación posterior a la consumación del delito, a no ser que haya sido prometida precedentemente.

Es evidente que el encubrimiento no es un acto de coparticipación en el delito, porque la intervención posterior que cabe al encubridor excluye toda relación causal entre su actuación y el hecho delictivo.

"Siendo exigencia de la participación -expresa FONTAN BALESTRA- que el hecho haya contribuido a la producción del delito, los hechos posteriores a su consumación carecen de esa característica"<sup>35</sup>.

No cabe la menor duda que los actos de participación pueden ser en sí mismos anteriores, concómitantes o posteriores a la ejecución del delito, pero en este último caso se requiere que estén ligados a la producción del hecho, en forma tal que en algún modo hayan contribuido a producirlo.

En el literal a) del artículo 64 del Código Penal patrio, se incrimina como conducta de participación hacer "que otro conciba la resolución de cometer el delito, o que se confirme en ella, o prometiéndole auxiliarlo y protegerlo después de la comisión del delito". (El subrayado es nuestro). En este caso, por tanto, la promesa de auxilio o protección es anterior al delito y opera como una causa o condición del resultado. En consecuencia, la acción realizada, aunque posterior, no es un acto de encubrimiento, sino verdadera participación<sup>36</sup>.

---

33 ANTOLISEI, Manual. pág. 405.

34 MAGGIORE, II, pág. 134.

35 FONTAN BALESTRA, II, Pág. 436.

36 Así: SOLER, Sebastián. Derecho Penal Argentino. Tipográfica Editora Argentina. 4a. edición. Tomo II. Buenos Aires, 1970. págs. 244- 245.

Por eso nuestro legislador al incriminar las figuras delictivas de encubrimiento (art. 370) y protección a los malhechores (art. 197), expresamente excluye de ellas los actos de participación en el delito al cual acceden. En efecto, las mencionadas figuras aparecen previstas de la siguiente manera:

"Artículo 370. El que sin haber tenido participación alguna en el delito, ni encontrarse en los casos del artículo 197, oculte en interés propio, reciba en prenda o en depósito gratuito, o adquiera de cualquier modo, objetos o dineros que por la persona que los presente, ocasión y circunstancias del empeño o enajenación, evidencien o hagan suponer racionalmente, que proceden de un delito; y que concurra a la enajenación o empeño de dichos objetos auxiliando a los delincuentes que se aprovechen de sus productos, incurrirán en reclusión de uno a veinte meses, y multa de tres veces el valor comercial del objeto motivo del delito".

"Artículo 197. Será castigado con prisión por uno a tres años, sin que exceda nunca de la mitad de la pena aplicable al delincuente mismo, el que, después de cometido un delito punible con pena no inferior a la de prisión, y sin haberse concertado previamente con el actor del delito ni haber contribuido a producir las consecuencias ulteriores de éste, ayude al autor a poner en seguridad el fruto del delito, o a aludir las investigaciones de la autoridad, o a sustraerse a ella o a eludir la sentencia, y al que suprima, borre o altere los indicios o huellas de un delito de esta naturaleza.

No incurrirá en pena alguna quien por esos medios procure sólo salvar a un pariente"<sup>37</sup>.

Resulta evidente, por tanto, que en nuestra legislación el encubrimiento y la protección a los malhechores constituyen delitos autónomos y no formas de participación criminal, y que la contribución causal al delito principal es lo que permitirá distinguir los actos del partícipe de los del encubridor y del protector de malhechores.

---

37 El art. 6o. de la Ley No. 5 de 29 de octubre de 1964, preceptúa:

"Artículo 6o. -Al que sin haberse concertado previamente con el autor del delito ni haber contribuido a producir las consecuencias ulteriores de éste, ayude al autor a eludir las investigaciones de la autoridad, o a sustraerse a ella o a eludir la sentencia, y al que suprima, borre o altere los indicios o huellas del delito, se le sancionará con pena igual a la tercera parte de la que recaiga al autor".

#### D) *Voluntad de cooperar en el delito.*

Este último requisito es de orden psicológico, y consiste según ANTOLISEI en la voluntad de cooperar al hecho que constituye el delito lo que implica la existencia de dos elementos: 1. El conocimiento o la representación de las acciones que han desplegado, despliegan o desplegarán otras personas para la realización del hecho que se pretende; 2. La voluntad de contribuir con la propia actuación a la verificación del hecho mismo<sup>38</sup>.

Para la existencia de la participación criminal, sin embargo, no se requiere que los sujetos se hayan puesto previamente de acuerdo para cometer el delito. En la participación, lo mismo que en el dolo, lo que se requiere es el conocimiento de lo que cada cual hace. Conocimientos en este caso, del partícipe de que aporta algo al resultado. Es decir, conciencia de que se presta auxilio o ayuda<sup>39</sup>. Lo que la participación exige, por lo tanto, es la concurrencia de voluntades al menos contemporánea al hecho, y no el acuerdo previo.

#### IV. FORMAS DE LA COPARTICIPACION CRIMINAL.

La forma como cada partícipe aporta su contribución a la realización del delito es muy distinta considerada cualitativa y cuantitativamente.

En opinión de MAGGIORE, el concurso toma cuatro aspectos principales, según se le considere bajo las especies de calidad, grado, tiempo y eficacia<sup>40</sup>.

##### **1. Por la calidad. Examinada desde el punto de vista de la calidad, la contribución aportada puede ser moral o psíquica y física o material.**

Es moral, en cuanto significa el influjo determinante de una voluntad sobre la decisión de obrar de otra persona. Es física, cuando la contribución aportada se desarrolla en la fase ejecutiva del delito.

La forma fundamental del concurso moral es la instigación, determinación o provocación al delito.

La doctrina perfila como formas de la acción instigante: el mandato; la orden; la coacción; y, el consejo.

a) **Mandato.** Consiste en encomendar a una persona la ejecución de un delito, en provecho exclusivo del mandante.

---

38 ANTOLISEI, Manual. pág. 406.

39 FONTAN BALESTRA, II, 474.

40 MAGGIORE, II

b) **La orden.** Es el mandato de delinquir, impuesto por un superior a un inferior con abuso de autoridad.

c) **La coacción.** Es el mandato de delinquir, impuesto con amenaza de un mal grave.

La orden y la coacción, por tanto, no son sino mandatos calificados por el abuso de autoridad o por la impresión del temor.

d) **El consejo.** Es la instigación que se hace a alguno para inducirlo a cometer un delito para la exclusiva utilidad y provecho del instigado.

Finalmente, se incluye también en esta categoría de partícipe al agente provocador que, según CARRARA es el que "instiga a otros a cometer el delito, no porque tenga interés en la consumación de éste ni por ser enemigo de la víctima, sino porque tiene interés en que el delito se cometa o intente con el fin de causarle daño al mismo instigado"<sup>41</sup>.

## 2. Por el grado.

Según el grado la participación es **principal** o primaria, y "accesoria o secundaria. Es principal cuando el aporte se hace efectivo en la fase consumativa del delito y secundaria cuando la contribución tiene lugar en cualquiera de las restantes etapas del "iter criminis".

Tradicionalmente se denominaba coautores o correos a los partícipes primarios, y se reservaba el nombre de cómplices a los secundarios. Los autores modernos prefieren distinguir entre cómplices primarios y cómplices secundarios.

MANZINI, por su parte, indica que los modos con los que se puede manifestar la coparticipación material en: la ejecución del delito, la cooperación inmediata y la ayuda material<sup>42</sup>.

Para este autor, ejecutores del delito (o autores principales) son aquellos que cooperan directamente a los actos productivos del evento daño o peligroso, esto es, las personas que voluntaria y conscientemente toman parte directa en los actos que concretan los elementos materiales característicos del delito y las circunstancias agravantes del mismo. **Cooperadores inmediatos** son aquellos que, aún sin realizar directamente los actos productivos característicos del evento punible, concurren, no obstante, con los ejecutores en la actuación de la empresa delictuosa, tomando parte en operaciones coordinadas pero distintas, eficaces para la inmediata ejecución del delito, dado el modo como fue organizada la empresa, las cuales, sin embargo, no representan elementos esenciales ni circunstancias que modifiquen el hecho imputable. **Auxiliares** son

---

41 CARRARA, Francesco. Programa de Derecho Criminal. Parte General. Vol. I, Editorial Temis. Bogotá, 1958. Párrafo 1594.

42 MANZINI, Vincenzo. Tratado de Derecho Penal. Tomo III. Ediar Editores. Buenos Aires, 1948. pág. 251.

aquellos que participan materialmente en el delito, prestando una simple ayuda, pero sin un efectivo concurso en la ejecución del delito mismo.

### 3. Por el tiempo

Con respecto al tiempo, la participación puede ser antecedente, concomitante y subsiguiente.

a) La coparticipación es **antecedente**, cuando se verifica en las etapas previas a la consumación, ya sea, en la forma de instigación o mediante actos inequívocos directamente encaminados al fin criminoso.

b) La participación es **concomitante** cuando se interviene en la etapa consumativa del delito.

c) La coparticipación es **subsiguiente** cuando se realiza mediante actos posteriores a la consumación del delito. En este último caso, sin embargo, es requisito indispensable que el concurso que se presta con posterioridad a la consumación del delito obedezca a un acuerdo previo, a una promesa anterior. De otro modo no estaríamos en presencia de participación criminal sino de un delito autónomo, como en el caso del encubrimiento o de la protección de malhechores.

### 4. Por la eficacia.

Con relación a la eficacia del aporte éste puede ser necesario y no necesario o contingente según que el delito se hubiere podido o no se hubiera podido cometer sin él.

## V. LA INSTIGACION

### A) *Concepto y naturaleza*

Instigador es el que dolosamente y con resultado, determina directamente a otro a cometer un delito doloso.

Instigar es siempre un actuar doloso (del instigador) y supone además, determinar a otro (instigado) a un hecho doloso.

Se incluye en el concepto de instigación la exigencia de que la inducción tenga resultado porque el partícipe no es punible si el autor no ha dado comienzo de ejecución al delito. Por ello, afirma FONTAN BALESTRA: "es erróneo decir que el instigador es el que ha hecho surgir en otro la determinación de cometer un delito; con eso solo -con la determinación- no hay instigación, jurídicamente hablando; es preciso que el instigado comience los actos destinados a cometer el delito y que esos actos sean, al menos, parte del proceso ejecutivo del delito"<sup>43</sup>.

El criterio expuesto por el reputado tratadista es perfectamente aplicable en nuestra legislación positiva. Dada la naturaleza total y unitaria de la infracción realizada por varios partícipes, el delito comienza para

---

43 FONTAN BALESTRA. I, pág. 478. 26



todos ellos con el principio de ejecución del hecho punible (art. 61). De tal manera que la instigación sin éxito no es punible por falta del elemento objetivo del delito.

Cabe advertir, sin embargo, que la instigación incumplida o sin éxito puede ser objeto de una incriminación específica en la misma forma que lo son a veces, los actos preparatorios. Así, sucede por ejemplo, en el caso previsto en el artículo 122 del Código Penal, en donde se sanciona la instigación a cometer los delitos incriminados en los artículos 98, 109, 110 y 111; pero, para considerarla punible se exige el requisito de la publicidad; de donde se deduce que la instigación privada no es en sí punible, con independencia de un comienzo de ejecución por parte del autor. Los actos de instigación recaen sobre la esfera subjetiva del autor: la contribución al hecho delictivo, es en esencia, intelectual. El instigador no hace hacer.

Para que haya instigador, por tanto, es necesario que en el hecho concurra otro sujeto al cual pueda calificarse como sujeto activo primario, aun cuando no sea culpable.

## *B) La acción del instigador.*

### **1. Aspecto objetivo.**

"La acción del instigador es la de promover la determinación en el autor; es una acción de naturaleza psicológica; su medio es la palabra u otro medio expresivo o significativo"<sup>44</sup>.

En opinión de JIMENEZ HUERTA, "las palabras provocación, excitación, instigación, determinación e inducción a un delito, tienen tan parecida significación gramatical que pueden emplearse en el lenguaje jurídico como sinónimas"<sup>45</sup>.

En nuestra legislación la instigación puede presentar las siguientes formas:

**a) Determinando a otro a cometer el delito.** A esta forma de instigación alude el literal a) del artículo 64, del Código Penal, cuando expresa: "haciendo que otro conciba la resolución de cometer el delito, o que se confirme en ella".

**b) Prometiendo ayuda y asistencia a prestarse después de cometido el delito.**

### **2. Aspecto subjetivo.**

En cuanto a la culpabilidad, la acción del instigador debe ser dolosa, y comprende:

---

44 Así: SOLER, II, pág. 281.

45 JIMENEZ HUERTA, pág. 271.

a) Voluntad de instigar, o sea, la intención de que el instigado adopte la firme resolución de cometer el delito.

b) Dolo del hecho: el hecho delictivo que realiza el instigado debe ser abarcado por el dolo del instigador.

Si alguien sólo instiga a una tentativa, prevalece la opinión de que el hecho es impune por aplicación del principio general según el cual no hay instigación a la tentativa; el dolo del instigador, como el del autor de la tentativa, debe tender a la consumación del delito<sup>46</sup>.

### C) *La acción del instigado*

#### 1. Aspecto objetivo.

De acuerdo con el principio de accesoriedad, que rige para todas las formas de participación, el instigado debe, al menos, haber comenzado la ejecución del delito para que él y el instigador sean punibles.

#### 2. Aspecto subjetivo:

Para que pueda hablarse de instigado, de modo tal que su conducta cree responsabilidad penal para el instigador, es preciso que el hecho material haya sido determinado por la acción psíquica del inductor<sup>47</sup>.

### D) *La penalidad*

Nuestro Código sanciona la instigación con la mitad de la pena señalada para el delito (art. 64). La ley se refiere a la pena establecida para el delito, no para el autor, porque no alcanzan al instigador ni la pena que resulte del exceso del instigado, ni, como mas adelante veremos, la que es consecuencia de la comunicabilidad de las circunstancias agravantes, tanto personales como materiales, cuando éstas no son conocidas por el instigador (art. 65).

La pena, no obstante, sólo se reducirá en una sexta parte de la señalada por la ley para el delito, en aquellos casos en que se demuestre que el instigador "tenía interés personal en cometer el hecho punible" (párrafo 20. del artículo 63).

Finalmente, es preciso tener en cuenta la previsión contenida en el párrafo final del art. 64, aplicable a todas las formas de participación, según la cual: "no se reducirá la pena como se ordena este artículo, y se aplicará la misma que la ley señala a quien ejecute el delito, cuando se compruebe que éste no se habría cometido sin la cooperación que prestó al ejecutor en alguna de las formas que se dejan expresadas".

---

46 FONTAN BALESTRA, II, pág. 488.

47 Ibidem, pág. 490.

## VI. LA COMPLICIDAD

### A) *Concepto y distinciones*

La complicidad es un actuar doloso por medio del cual se presta al autor o autores ayuda para la comisión del delito. De esta definición se deduce:

1. El cómplice para ser punible debe realizar una acción típicamente antijurídica y culpable.
2. La complicidad es un actuar doloso en un hecho delictivo doloso. No existirá, por consiguiente, complicidad culposa.
3. La conducta del cómplice debe representar un aporte o contribución causal al hecho delictivo que realiza el autor.

Hemos visto con anterioridad que dentro de la categoría de cómplices, es posible diferenciar, según el grado y la eficacia del aporte individual al hecho delictivo, los cómplices primarios y secundarios, y los cómplices necesarios y no necesarios.

Algunas legislaciones penales consideran autor al cómplice primario y al cómplice necesario, otras, con mayor rigor técnico, sólo hacen la equiparación en cuanto a la pena.

Nuestro Código no hace expresa referencia a cómplices primarios y cómplices secundarios. Utilizando la terminología italiana, no obstante, distingue la cooperación inmediata del simple auxilio.

### B) *Cooperadores inmediatos (cómplices primarios).*

Hemos dejado expuesto, siguiendo a MANZINI que cooperadores inmediatos son aquellos que sin realizar directamente los actos productivos característicos del evento punible, concurren, no obstante, con los ejecutores (autores) en la actuación de la empresa delictuosa.

Independientemente de la diversidad de tareas que los autores y cooperadores inmediatos se han distribuido, expresa el citado autor, todos realizan dolosamente y eficazmente la acción que a cada uno le corresponde en el momento de la ejecución del delito: "tanto vale que se ayude a poner las cosas en el saco como que se le proporcione mayor seguridad, guardándole las espaldas y salvándolo de una sorpresa, al compañero que está poniendo en el saco las cosas por interés común"<sup>48</sup>.

Esta forma de complicidad requiere, por tanto, un concurso material y efectivo en la ejecución misma del delito.

A la complicidad primaria se refiere el artículo 63 del Código, al disponer: "cuando varios individuos cooperan de modo directo y principal en la violación de la ley penal, cada uno de los cooperadores inmediatos de la violación incurrirá en la pena que para el caso esté señalada".

---

48 MANZINI, III, págs. 251-252.

No obstante, la equiparación de pena que hace el legislador, es esencial distinguir los autores en sentido estricto de los cooperadores inmediatos o cómplices primarios, particularmente por lo que se refiere a la exigencia de las condiciones de autor en los delitos propios o especiales, las que no es preciso requerir en el cómplice.

Desde el punto de vista subjetivo, existe sin duda una diferencia entre el ánimo del autor, consistente en ejecutar el hecho y el ánimo del cómplice, aunque sea primario, pues éste tiene el ánimo de ayudar a que otro ejecute.

### C) *Auxiliadores (cómplices secundarios).*

Auxiliadores o cómplices secundarios son aquellos que participan materialmente en el delito, prestando una simple ayuda, pero sin un efectivo concurso en la ejecución del delito mismo<sup>49</sup>.

En nuestra legislación la complicidad secundaria puede presentar las siguientes formas:

1. Dando a otros instrucciones para cometer el delito o medios de llevarlo a cabo (literal b), art. 64).

Esta cooperación al delito se manifiesta en todos los casos mediante servicios personales, los cuales, en su contenido general y en su relación con la empresa criminosa, no se identifica con la actividad inmediatamente productora del delito, aun cuando constituyan también ellos concausas del evento punible.

No cabe duda, que tales servicios deben ser prestados antes de la ejecución del delito, porque si fueran concomitantes a la misma, constituirían innecesariamente cooperación inmediata.

2. Facilitando la ejecución del delito por medio de auxilio o protección que se preste a quien lo ejecute, antes de la ejecución o durante ella (literal C), art. 64).

La asistencia o ayuda durante el hecho se refiere a todas aquellas prestaciones no indispensables, que facilitan la ejecución del delito, las cuales no se refieren directamente a las operaciones ejecutivas del mismo delito, porque si fuese así, se tendría cooperación inmediata<sup>50</sup>.

La pena establecida para los cómplices secundarios es la correspondiente al delito reducida a la mitad.

También es aplicable a todas las formas de complicidad la previsión, contenida en el párrafo final art. 64, relativa al aporte necesario, o sea, parte

---

49 IBIDEM, pág. 253- 254.

50 IBIDEM, pág. 255.

de aquellos casos en que se compruebe que el delito no se hubiera cometido sin cooperación que brinda el partícipe.

## **VII. LA COMUNICABILIDAD DE LAS CIRCUNSTANCIA AGRAVANTES**

El principio de la comunicabilidad de las circunstancias y calidades personales agravantes es lógica consecuencia de la unidad del delito y accesoriadad de la participación criminal.

Sobre este punto, el artículo 65 del Código dispone: "las condiciones calidades, permanentes o accidentales, inherentes a las personas, que una agravación de pena respecto de uno de los que participan en cualquier forma en la violación de la ley, se tendrán también en cuenta para agravar la responsabilidad y la pena de los inculpados que conocían esas condiciones o calidades en el momento en que prestaron su concurso; pero se disminuirá en una sexta parte la pena que por la agravación debe corresponder a estos últimos".

"Igualmente se tendrá en cuenta las circunstancias materiales que agravan el hecho punible, aunque modifiquen la denominación del delito, para agravar la pena de quienes conociendo esas circunstancias prestaron su concurso para el delito".

Tal como la disposición ha sido redactada, para que opere el principio de la comunicabilidad de las circunstancias y calidades personales agravantes, se exige el conocimiento previo de su existencia.

Dada la contribución con causal en la proyección jurídica del delito, surge la comunicabilidad de la titularidad del mismo, con sus consecuencias de acuerdo con el asentimiento particular que cada partícipe haya prestado en relación con el fin criminoso.

Resulta evidente que las circunstancias a que alude el precepto se comunican, recíprocamente, entre todos los que participan en el delito, ya sea como autores, instigadores, cómplices primarios y cómplices secundarios, sin otra limitación que su conocimiento en el momento en que prestaron su concurso. El texto de la ley no permite excepciones: "respecto de uno de los que participan en cualquier forma en la violación de la ley", dice el Código.