

LA TEORÍA DE LA PARTICIPACIÓN

Prof. Dr. Alfonso Zambrano Pasquel

En la perpetración de los delitos no siempre se da la situación de la intervención de un solo sujeto, produciéndose en más de una ocasión la intervención de un concurso de voluntades con identidad criminosa. En determinados tipos penales la colaboración de más de uno es necesaria como acontece con el duelo y la bigamia, en otros ese concurso es eventual (Cf. Alfonso Reyes. Derecho Penal, Universidad Externado de Bogotá, 1980, pág. 183).

La intervención o colaboración en la comisión de un delito nos permite predicar de tales sujetos la condición de **partícipes**, limitando esa categoría para quienes confluyen en calidad de **autores** o de **cómplices**, debiendo por de pronto apuntar que es equivocado darle condición de partícipe al encubridor pues la intervención de éste se evidencia cuando el delito ha sido ya cometido por la gestión de los autores y la colaboración de los cómplices, y técnicamente **no participa** en la comisión. Se hace presente cuando el acto típico es ya histórico, con ese previo conocimiento con miras a beneficiar a los partícipes; significa afirmar que no es ni siquiera un auxiliar en la comisión porque interviene posteriormente.

En la finalidad sancionadora del Derecho Penal surgen las dificultades por la presencia accesoria de personas que en forma anterior o simultánea coadyuvan en el proceso delictual con el sujeto principal, para aprehender penalmente dichas conductas surge la creación de un dispositivo ampliatorio de la adecuación típica que permitirá la sanción penal, por la figura de la **coparticipación**. Las normas de orientación para la ubicación de los partícipes en una u otra categoría son proporcionadas por el legislador, con la salvedad anticipada de no haber uniformidad doctrinaria en el estudio de las formas de participación.

El concurso delictivo supone una pluralidad de sujetos que forman parte en la ejecución (autores y cómplices), una participación orientada a la obtención de un determinado resultado y una adecuación en un mismo tipo penal, sin estos requisitos no cabe aceptar el concurso.

Podemos sentar como premisa que en la estructura de la participación encontramos a los **autores** y a los **cómplices**, que con respecto a los primeros suélese denominarlos como **autores materiales** e **intelectuales, mediatos** y **coautores**, y de los segundos afirmamos una subclasificación en **cómplices primarios** o **necesarios** y **secundarios**.

AUTOR

Es la persona que ejecuta la conducta típica (A. Reyes. La Tipicidad, Universidad Externado de Bogotá, 1981, pág. 209), agregando a esto el Prof. *Enrique Cury* que debe intervenir siquiera parcialmente en el proceso ejecutivo y poseer el dominio subjetivo del acto (Orientación para el estudio de la Teoría del Delito, Valparaíso, 1969, pág. 272).

Autor de un delito es igualmente el inimputable aún cuando no tenga la capacidad de comprender la ilicitud del comportamiento y de determinarse conforme a esa comprensión, lo que acontecerá es que su actuar será inculpable, y como consecuencia de la falta de juicio de reprochabilidad o de desaprobación de la conducta no se le impondrá pena. El autor puede realizar la conducta típica en forma directa o inmediata, o valiéndose de un tercero inimputable o no.

Autor material

Podemos así denominar a aquel que de manera directa o indirecta adecua su conducta en la hipótesis prevista como delictiva, debiendo observarse que estudiaba la participación dentro del esquema de la tipicidad, un sujeto puede ser autor de una conducta típica y obrar amparado por una causal de justificación que opera como aspecto negativo de la antijuridicidad, puede ser autor de una conducta típica y antijurídica y estar amparado en una causal de inculpabilidad, pero no por ello dejará de ser autor.

Cuando el sujeto actúa en forma inmediata o personal lo llamamos **autor material directo**, como cuando Juan sustrae fraudulentamente una cosa ajena con ánimo de apropiación.

Autor material indirecto es aquel que se vale de medios como por ejemplo, los mecánicos o animales, de suerte que su actividad no será

objetivamente personal, sino mediando el uso de medios como los preindicados. Dentro de la formulación de autores **inmediatos** y **mediatos** el prof. Soler (Derecho Penal Argentino, Editora Argentina, Buenos Aires, 1970, Tomo II, pág. 244 y siguientes), considera como inmediato al que ejecuta la acción en forma directa y por sí mismo y como autor mediato al "que ejecuta la acción por medio de otro sujeto que no es culpable, o no es imputable, pero es autor". Esto nos lleva a concluir que si el autor se vale de un inimputable será **mediato** y en el evento de emplear un instrumento mecánico o un animal será **autor material indirecto**.

Autor intelectual

Es el sujeto que realiza el comportamiento típico valiéndose de un tercero que será el autor material, a fin de evitar equívocos destacamos que el **autor material** debe ser sujeto imputable, esto es dotado de la capacidad genérica de comprender la ilicitud de su conducta aún cuando en la situación concreta pudiere encontrarse impedido de comprender la ilicitud del comportamiento, como cuando media un error de prohibición inducido por un tercero, que será el autor intelectual.

Al **autor intelectual** se lo denomina también instigador o determinador dándole la calificación de **inductor**; Cury (Ob. cit., pág. 276) expresa que, "es el que de manera directa, forma en otro sujeto la resolución de ejecutar una acción típica y antijurídica".

Realmente la autoría intelectual no puede ser ajena a la instigación, dado que se crea en el tercero el ánimo o propósito de delinquir induciéndolo a cometer materialmente el delito o más propiamente el acto típico, que le pertenece igualmente al primero. Si no hubiere la decisión de delinquir en el inducido esto es que no ejecute el acto, el inductor dejará de ser autor intelectual, podría eventualmente responder como autor material de la instigación que es delito con autonomía estructural.

El **autor intelectual** puede emplear como medios la orden, como cuando el superior jerárquico exteriorizando su voluntad le impone al subordinado que actúe en cierta forma que es constitutiva de delito, caso

en el que este último será autor material eventualmente inculpable por la no exigibilidad de otra conducta.

Puede ser **autor intelectual por mandato**, cuando surge el acuerdo de voluntades que contratan una actividad criminal habiendo estrecha relación entre el mandante cuya autoría es intelectual y el mandatario o ejecutor material, que ejecuta el acto confiado en beneficio del primero. No hay evidentemente una división de trabajo como ocurre en la **coautoría impropia** (tratada separadamente) sino un encargo delictivo aceptado por el tercero, por un beneficio que bien puede ser cuantificado económicamente o por otra causa como la oferta de cumplir una promesa futura.

Autor intelectual por coacción es el sujeto que mediante un acto de contrafijamiento físico o psicológico apremia a otro para que ejecute un delito, el mismo que debe tener la condición de ser capaz de comprender el injusto del actuar, pero encontrarse en la situación concreta con la voluntad coacta, lo que le impide determinarse libremente. Si se da la situación de un miedo insuperable el actuar del ejecutor material será inculpable, por la circunstancia anotada. Contrario a nuestra formulación se pronuncia el prof. Cury, quien afirma que "si el ejecutor material no realiza una acción sino que es forzado, o si mediante engaño se lo resuelve a la realización no dolosa del acto, no hay inducción sino autoría mediata" (Orientaciones para el Estudio de la Teoría del Delito, p. 277). Sebastian Soler considera el autor intelectual por coacción, en la que no existe intervención alguna de la subjetividad libre del coacto, como autor inmediato, mencionando los ejemplos de la violencia y de la orden irrecusable en los que se desplaza la calidad de autor al que ejerce la violencia o da la orden. (Derecho Penal Argentino, Tomo II, p. 245).

La disconformidad doctrinaria la apreciamos por la ubicación que se le dé a la obediencia debida, ora como causa de justificación o como causa de inculpabilidad, pareciéndonos apropiado resolver la situación del autor material en el juicio de culpabilidad en el que el reproche se le formulará al autor intelectual únicamente.

Autor intelectual por consejo es a nuestro entender propiamente el instigador, esto es aquel que convence por medios persuasivos –diferentes a los anteriores–, a un sujeto para que tome una resolución

delictiva, siendo el tercero igualmente culpable pues hay en éste la realización dolosa de un tipo, la labor del instigador consigue minar la resistencia natural al delito en el instigado que se resuelve a actuar voluntariamente una vez que fue persuadido para hacerlo.

Al **autor intelectual por consejo o instigador** podemos denominarlo también, motor. El empleo de los medios persuasivos puede efectuarse en forma expresa o en forma tácita, valiéndose de cualquier artificio para conseguir la resolución criminal del autor material que podría en una situación fáctica actuar inculpablemente como cuando media un engaño determinante para conducirlo al error de prohibición. En el evento contrario de haberse convencido libremente (sin error), será consecuentemente culpable al igual que el instigador. Tal sería el caso de quien induce a otro a tomar para el primero algo que es ajeno, con el conocimiento del tercero de la ajenidad de la cosa, aquí habrá plena responsabilidad penal. Pero si se lo persuade que tome algo, que afirma el inductor que le pertenece y en ese convencimiento errado se produce la sustracción, responderá penalmente el inductor pues el inducido habrá actuado creyendo que lo que hacía era lícito por tener derecho a la cosa el instigador, obrando atípicamente el instigado.

Autor mediato

Es el que ejecuta la acción por medio de otro que no es culpable o no es imputable (Soler. Ob. cit. Tomo II, pág. 245), que se vale de la acción de un tercero que es atípica para ejecutar un acto típico (Cury. Ob. cit., pág. 274). Hay en el autor mediato el dominio final del referido acto apareciendo en cierto modo la conducta del tercero como un mero instrumento.

Aceptando la condición de ser inculpable el tercero, la inculpabilidad en términos generales es consecuencia de tratarse de un inimputable, de obrar en circunstancias de error de prohibición o de no exigibilidad de otra conducta. El prof. *Reyes Echandía* (La Tipicidad, Ob. Cit. pág. 214), concluye afirmando que el autor mediato no es más que el autor material que utiliza instrumentalmente -o como instrumento- a un ejecutor que podría obrar atípicamente, o se trata de un autor intelectual que se vale de un autor material que estará amparado en una causal de justificación o de inculpabilidad. Solución que nos parece apropiada para

ubicar la conducta del autor mediato dentro de la estructura de la participación.

Parece prudente reservar la calidad de ejecutor material al tercero que obra en circunstancias de error de tipo (ajenidad de la cosa sustraída), para diferenciarlo del autor material y obtener de esa manera el desplazamiento de la autoría a quien debe responder penalmente.

Coautores

Son los sujetos que teniendo individual y separadamente la calidad de autores, toman parte en la ejecución de un mismo acto típico en forma inmediata y directa. Lo hacen por acto propio sin valerse de terceros (*Alfredo Etcheverry*. Derecho Penal Chileno, Editora Nacional, Santiago de Chile, 1976, Tomo II, p. 68), la acción y responsabilidad no dependen de la acción y responsabilidad de otros sujetos (Sebastián Soler, Tomo II, p. 251).

Se toma como criterio para darle la calidad de coautor, al autor que no deja de ser tal cuando se suprime hipotéticamente la participación de los demás autores.

Exígense requisitos objetivos y subjetivos para aceptar la coautoría como forma de participación: a) Identidad en el mismo tipo de delito de manera que haya confluencia en la ejecución de un evento criminoso, debe haber vinculación entre los copartícipes y el mismo hecho, por ej. matar, o cohechar. b) La voluntad de todos se dirige al mismo delito, destacándose la identidad dolosa esto es el querer de un mismo resultado típico. De no existir esta dualidad se observará la actividad de cada uno en forma separada, siguiendo el viejo aforismo de que "cada cual responde de su propia culpa". Consecuentemente con lo anterior debe haber capacidad de autoría en cada uno de los copartícipes, de manera que cuando se exige una determinada calidad en el sujeto activo esta calidad debe predicarse de todos (A. Reyes. La Tipicidad, pág. 215), esto no significa afirmar que la actividad de los que intervienen con el sujeto activo calificado resulte impune sino que la participación no será en calidad de coautores sino de cómplices.

No es necesaria sino eventual la convergencia de voluntades para cometer un mismo tipo delictivo, en los casos en que la exigencia legal

determina una pluralidad de sujetos, son únicamente **autores**. La **coautoría** se pone de manifiesto tanto cuando los sujetos intervienen por igual realizando en forma total y al mismo tiempo la conducta típica que fue acordada, como cuando convienen en una división de la empresa criminal, obra que en su totalidad es unitaria, pues se trata de una actividad en común por la que responderán todos en la misma calidad. En el primer caso se sostiene que la **coautoría es propia**, como cuando varios sujetos acuerdan matar a Juan y lo consiguen disparándole. Será **impropia** la coautoría, cuando los coautores realizan por separado y previa división actos que en visión unitaria son parte de un gran todo, que es el delito. Ocurre así cuando para robar se planifica lo que hará cada uno de los copartícipes de manera que uno por ejemplo, conduce el vehículo, otro violenta las seguridades de acceso y los demás se sustraen las cosas que son llevadas en el vehículo conducido por el primero, aquí responderán como coautores.

El prof. Reyes *Echandía* (Ob. cit., págs. 215 y 216), formula una importante consideración cuando afirma la distinción entre **coautoría intelectual** y **coautoría material**, puede darse la hipótesis de que algunos sujetos acuerden una empresa delictiva, pero para la ejecución de lo acordado contraten a otro u otros. Así serán coautores intelectuales tres individuos que deciden matar a Pedro, si en la ejecución del delito buscan y obtienen el consentimiento -previo paga- de Juan y José, sea que en forma mancomunada y por igual ejecuten el contrato como si lo apuñalan (**coautores materiales directos**), o se dividen el trabajo, el uno lo imposibilita para que se defienda, lo golpea y el otro le dispara, obteniendo el resultado previsto y querido (**coautores materiales indirectos**).

Otro aspecto de importancia es que la conducta de los coautores debe subsumirse en el mismo tipo penal y en las mismas condiciones, atendiendo a las exigencias del tipo con relación a la calidad que se requiere en los autores pues esta circunstancia personal es **incomunicable**, de manera que el particular no será coautor del delito de peculado por faltarle la condición de funcionario público, aún cuando deberá responder penalmente por la participación que hubiere tenido. Igual ocurre en el infanticidio honoris causa en el que el privilegio de la madre no se extiende a los particulares que coparticipan, los que serán penados por homicidio.

Fórmula de solución es que habiendo pluralidad de sujetos uno cualquiera de ellos debe tener la condición cualificante requerida en el tipo, de manera que deberá intervenir un funcionario público en el peculado o en el caso del cohecho. La situación de los copartícipes podría ser la de cómplices o instigadores, pero no pueden ser coautores, porque la autoría se determina por una circunstancia que no puede comunicarse por ser personal, como ocurre también en el delito de parricidio en el que el parentesco es incommunicable y sólo podrá ser autor quien tenga tal calidad. Si hay coparticipación el tercero responderá por el delito de homicidio o asesinato si actuó de manera coejecutiva con el autor del parricidio. De haber cooperado responderá por parricidio si tenía conocimiento de esa situación (relación de parentesco entre ofensor y ofendido) pero no como coautor sino como cómplice.

El agente provocador

Es aquel que instiga a otro que actúa como autor material, para que cometa un delito con la finalidad de que sea descubierto y sancionado por la justicia (*Etcheverry*. Tomo II, pág. 72). La responsabilidad penal del autor material parece ser incuestionable más el examen particularizado de la forma como proceda el inductor merece algunas consideraciones, bien porque podría darse la hipótesis de un actuar atípico, o porque el inductor deba responder también penalmente.

Situación compleja es la intervención del provocador con actos de verdadera instigación, consejo, proposición, etc., que pretende que se cometa un delito para que se sancione al provocado. En este caso distinguimos dos hipótesis, si el provocado se resiste debe responder el provocador como **instigador**, esto es por un tipo delictivo autónomo, y si el provocado comete el delito éste responde como **autor material** y el primero como **autor intelectual**.

Cuando se trata de bienes indisponibles como la vida carece de relevancia jurídica la situación del agente provocador o inductor y si el provocado lo mata responderá penalmente.

En determinados delitos como el cohecho, cuando la provocación proviene del *intraneus* (el funcionario público) debe considerarse que de *lege lata* el provocador y el provocado son sujetos activos del cohecho,

siendo el sujeto pasivo el Estado y el bien jurídico protegido la fidelidad del funcionario público. La justificación del funcionario público de preconstituir una prueba del delito del extraneus **no es solución pacífica**, debe entenderse racionalmente que el provocado **necesita** de un determinado servicio de dependiente estatal y la actitud de éste –de prestarse a la coima o forma asimilada de ella–, lo resuelve a la proposición de la corrupción. Bien puede argumentarse que el funcionario público se aprovechó de la necesidad del provocado para inducirlo al delito debiendo responder por igual los dos. Requiere que la instigación se haga públicamente (art. 386 del Código Penal).

El *prof. Jiménez de Asúa* advierte una diferencia entre el instigador (aquel que mueve el ánimo de otro hasta hacer que se convierta en autor de un delito) y el **agente provocador**, pues la intención de éste es la de que se cometa un delito sino la de que el agente sea descubierto, (La Ley y el Delito, Editorial Sudamericana, Buenos Aires, 1967, pág. 508), apareciendo como criterio diferenciador: la finalidad de determinar la comisión del acto ilícito, o de ponerlo al provocado en circunstancias de aprehensión o de requerimiento judicial.

CÓMPLICE

De acuerdo con la teoría de la participación, COMPLICES son los que participan en la comisión de una conducta típica ajena con respecto a la que un tercero es el autor material. El cómplice coopera a la ejecución con actos anteriores o concomitantes, sin realizar la conducta típica (Alfonso Reyes. La Tipicidad, Ob. Cit. pág. 221), de manera que su intervención es coadyuvante de la conducta principal que corresponde al autor, esto nos permite decir que la participación del cómplice es accesoria ya que lo que hace es contribuir a que otro ejecute o cometa un acto ilícito. Aparece como uno de los requisitos la **accesoriedad** de la participación del cómplice, entendida en el sentido de no poder subsistir la complicidad sin la presencia de la autoría, esto es que no pueden haber cómplices si no existen autores. Puede darse el evento de que una persona sea autor de un delito y no requiera de cómplices, pero es inaceptable reputar complicidad sin la autoría que es principal. El **cómplice** colabora con un **autor material** (A. Reyes. Ob. cit., pág. 223) pues el **autor intelectual** se vale de un ejecutor material para obtener el resultado, no pudiendo confluír la conducta de un cómplice con un **autor**

intelectual a menos que se sume a ellos el **autor material**. Otro requisito es el de contribuir o cooperar en la comisión de una conducta típica ajena, la participación en una conducta típica propia lo podría convertir en coautor. Reconociendo la complejidad de diferenciar al **cómplice primario del coautor** "pues objetivamente los aportes de ambos aparecerán como integrantes de la consumación", el Prof. *Sebastián Soler* (Derecho Penal Argentino, Ob. Cit. Tomo II, pág. 272) la considera sin importancia alguna por la asimilación punitiva en la responsabilidad penal de ambos partícipes, más a nosotros nos parece que la diferenciación técnica entre el **cómplice primario** y el **coautor** reside en la finalidad del **coautor** que es la de ejecutar y el cómplice la de ayudar a que otro ejecute. La cooperación tiene que ser con actos precedentes o concomitantes, la intervención subsiguiente o posterior al delito será realmente la figura autónoma del encubrimiento, aquí ya no hay realmente cooperación porque no se puede hacer aportaciones a la realización de un hecho ya concluido, según afirma el Prof. *Enrique Cury* (Orientación para el estudio de la Teoría del Delito, Ob. Cit. pág. 277). La calidad de la colaboración tiene que ser apreciada en el hecho en concreto y no hacer formulaciones abstractas para calificar la complicidad como primaria o secundaria, éste es uno de los aspectos más serios por las repercusiones en la esfera de la punibilidad. Nos hace meditar la intervención, cometido el delito pero previo concierto con el autor, como cuando se le ofrece borrar las huellas que pudiere dejar en el sitio o se le ofrece la posibilidad de ocultarlo una vez que hubiere sido cometido el ilícito penal. Cualquiera de estas formas de intervención de *lege lata* las consideramos como encubrimiento cuando no medió el previo concierto.

ENCUBRIDOR

Habiendo definición legal en el Código Penal ecuatoriano en el art. 44, la transcribimos para mayor información y comentario: "Son encubridores los que, conociendo la conducta delictuosa de los malhechores, les suministran, habitualmente, alojamiento, escondite o lugar de reunión; o les proporcionan los medios para que se aprovechen de los efectos del delito cometido; o los favorecen, ocultando los instrumentos o pruebas materiales de la infracción, o inutilizando las señales o huellas del delito para evitar su represión y los que, estando obligados por razón de su profesión, empleo, arte u oficio, a practicar el examen de las señales o

huellas del delito, o el esclarecimiento del acto punible, oculten o alteren la verdad, con propósito de favorecer al delincuente".

Nuestro antiguo código, trae una enumeración exhaustiva de las formas como se puede favorecer al sujeto activo de delito, y reputar ese acto posterior al de la comisión del delito, como de encubrimiento. Habíamos ya apuntado que el auxilio posterior en el encubrimiento no debe obedecer a un acuerdo previo, pues en esas circunstancias bien podríamos ubicar la conducta en una de las formas de complicidad o de autoría.

Resultará ser el encubrimiento una intervención residual que se predicará de un sujeto que con el conocimiento previo de la perpetración de un delito, o de los actos que se ejecutan para llevarlo a cabo, sin participar como autor o cómplice, actúa posteriormente a su comisión o frustración adecuando su conducta en alguna de las hipótesis que previó el legislador. Hoy se niega que el encubridor sea un partícipe (Cf. *Cury. Ob. Cit. pág. 279*), pues su intervención se presenta en la mayoría de los casos cuando el delito se ha cometido, o excepcionalmente se pena el encubrimiento por la sola circunstancia de proporcionar en forma reiterada escondite o sitio de reunión o ayuda a los sujetos activos de delito. La tendencia preponderante es de tratar el encubrimiento como un tipo penal con verdadera estructura y autonomía jurídica, advertimos que muchas hipótesis -aún las mencionadas por el legislador ecuatoriano- son delitos autónomos.

La ocultación de los instrumentos o pruebas del delito, puede constituir delito contra la actividad judicial cuando se mueve a engaño al juez en el decurso de un proceso. Como realmente el encubridor no es partícipe, calificación reservada a los que intervienen en la comisión del delito ejecutándolo (autores) o cooperando a su ejecución (cómplices); debe excluirse de la participación toda intervención que no consista en producir un delito o contribuir a ello (*Soler. Ob. Cit. Tomo II, pág. 239*). Nada puede agregar al delito ya cometido la conducta posterior del que auxilia al delincuente -para tomar las palabras del legislador-, como dice el Prof. *Soler* (*Ob. cit. Tomo V, pág. 248*) "con esta acción ulterior sólo puede alcanzarse a tornar imposible la acción de la justicia; contra ésta actúa en forma clara y autónoma, el encubridor". **Son presupuestos del encubrimiento**, la existencia de un hecho precedente y cierto, que es la

comisión de un delito, con la excepción de lo que dispone el art. 44 en su parte inicial cuando afirma que son encubridores los que conociendo la conducta delictuosa, proporcionan habitualmente alojamiento, escondite o lugar de reunión.

De *lege ferenda* debe pensarse esta conducta como delito autónomo pero objetivamente aparece como inaplicable, pues el encubrimiento genera una pena de una cuarta parte de la aplicable a los autores del delito. El encubrimiento puede predicarse de un delito consumado o que se encuentre en fase de tentativa (dispositivo ampliador del tipo o forma ampliada de adecuación) y con respecto a cualquier forma de participación, esto es de un autor, de un instigador, de un cómplice, etc. Se demanda como condición negativa del encubrimiento, la ausencia de promesa anterior al delito de prestar auxilio una vez cometido, por las razones ya expuestas. Como se ha destacado el conocimiento previo de la participación en un delito, basta con que actúe el encubridor con dolo eventual, descartando la admisión de un encubrimiento culposo pues el favorecimiento, ocultación, destrucción de vestigios del delito, etc., se efectúa a sabiendas. El **favorecimiento** puede ser **real**, cuando se ocultan o destruyen los efectos o instrumentos del delito para evitar el descubrimiento ("represión" dice nuestro código), pudiendo estar referido al objeto material del delito -cuerpo de la víctima-, a las huellas o vestigios, en ropas, muebles, etc., o a los instrumentos del delito, apreciados como las armas con que se lo hubiere cometido (Cf. *Alfredo Etcheverry*, Derecho Penal, Editora Nacional, Santiago de Chile, 1976, Tomo II, pág. 76). El **favorecimiento** puede ser personal, al que se lo subclasifica en **ocasional** y en **habitual**. Es **ocasional**, el contemplado en el art. 44 cuando se destaca como encubrimiento, proporcionar los medios para que se aprovechen de los efectos del delito cometido, y **habitual** cuando hay la repetición de actos de favorecimiento, suministrando alojamiento, escondite o lugar de reunión.

REFLEXIONES FINALES SOBRE LA TEORÍA DE LA PARTICIPACIÓN

En la versada opinión del profesor EUGENIO RAUL ZAFFARONI, el penalista más importante de esta parte del mundo hispano parlante, al referirse a la configuración jurídica de la concurrencia de personas, "como en cualquier obra humana, en el delito pueden intervenir varias

personas desempeñando roles parecidos o diferentes, lo que da lugar a los problemas de la llamada participación (*concurrencia o concurso*) de personas en el delito, como complejo de cuestiones especiales de la tipicidad.

Cabe precisar que la expresión *participación*, tiene dos sentidos diferentes: a) en sentido amplio, *participación* es el fenómeno que opera cuando una pluralidad de personas toma parte en el delito, como *participantes* en el carácter que fuere, es decir, como autores cómplices e instigadores; b) en sentido limitado, se entiende por participación el fenómeno por el que una o más personas *toman parte en el delito ajeno, siendo partícipes sólo los cómplices y los instigadores, con exclusión de los autores*" (DERECHO PENAL. Parte General. Ediar, Buenos Aires, 2000, p. 735).

Hay quienes piensan incluso, en la figura de un autor único para evitar discusiones en la concurrencia de personas en la comisión de un delito, pero a la postre resulta indispensable poder establecer nítidas diferencias entre el autor y los partícipes, pues el ejercicio real del poder punitivo estatal está condicionado a la calidad de las personas que concurren en la comisión de un delito, para poder imponer la pena respetando el principio de la proporcionalidad. Se consideran autores a quienes cometen el delito de propia mano, como bien dice el profesor GÜNTHER JAKOBS, "autor es siempre quien comete el hecho por si mismo, es decir quien ejecuta de propia mano la acción fáctica dolosamente y sin sufrir error, y presenta las necesarias cualificaciones de autor, objetivas y subjetivas, específicas del delito", (DERECHO PENAL, *Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación*. 2da. Edición corregida, Marcial Pons, Madrid, 1997, p. 744).

El cómplice es el que participa en la comisión de un delito ayudando o cooperando con el autor, el autor que comete por si mismo un delito puede ser al mismo tiempo coautor junto con otro interviniente si este otro es responsable, en plano de igualdad por configuración. Como expresa el propio JAKOBS, "El Derecho Penal al reconocer la coautoría, está extrayendo la consecuencia lógica de que sea posible la división del trabajo. La coautoría concurre cuando según el plan de los intervinientes, se distribuyen las aportaciones necesarias para la ejecución, sea en todos los estadios del delito, sea entre los distintos estadios, de manera que también personas no participantes en la ejecución codeterminan la

configuración de ésta, o el que se lleve o no a cabo" (ob.cit. p. 745). En la dogmática penal se llega a considerar a un partícipe con el mismo nivel de culpabilidad y de responsabilidad que el autor, pues en ocasiones la participación es de tal gravedad que sin su concurso el hecho no se habría producido.

En el ordenamiento penal ecuatoriano de acuerdo con el Art. 44 del Código Penal, se reputan como autores a aquellos partícipes sin cuya concurrencia el hecho no se habría producido, esto es lo que denominamos *cómplices primarios o necesarios*, vale decir que sin ser técnicamente autores se los reputa como tales para efectos de la determinación de la pena; como dice E. R. ZAFFARONI, " quienes hacen el aporte necesario y no pueden ser considerados autores, son precisamente los cooperadores necesarios, a quienes se les depara el mismo tratamiento punitivo que a los autores, y que se distinguen de los simples cómplices o cooperadores no necesarios (ob. cit. p. 736-737) ; y, se reserva la calidad de cómplices secundarios o accesorios a aquellos cuya participación es intrascendente, es decir que el hecho igualmente se habría producido sin su concurso; la complicidad secundaria es aquella a la cual se refiere el Art. 43 del Código Penal ecuatoriano.

En el concepto del Prof. JAKOBS, uno de los iconos mas importantes del Derecho Penal en el siglo 21, "cuantas mas personas tomen parte, en menor grado puede bastar, contabilizada en absoluto, la aportación en coautoría e incluso como configuradora en plano de igualdad: tal es la consecuencia en dogmática penal, del efecto anonimizador de la división del trabajo. Pero siempre hace falta una aportación de la medida de las demás aportaciones; pues, en la modalidad concreta, determina algo todo aquel que llega a ser causal de un delito, es decir, incluso un mero partícipe" (ob. cit. p. 751). Esto es, que el cooperador necesario, al menos si aporta su participación después del comienzo de ejecución, se convierte en coautor.

Atentamente,

Prof. Dr. Alfonso Zambrano Pasquel
Azp.