

La necesidad de un nuevo sistema de solución de conflictos, no se debe a que las soluciones del Código de Trabajo de 1943 se hayan añejado y anquilosado con los años. Se debe a que la escogencia fue inadecuada desde el principio. Y, quisiéramos concluir compartiendo las conclusiones del Profesor Carlos José Gutiérrez, en el sentido de que:

"...el evidente desfase entre la legislación laboral y la realidad del problema no puede atribuirse al transcurso de los años y los cambios ocurridos en la sociedad global. El sistema escogido estaba mal desde un principio. En los primeros años, la pequeña escala de su operación no podía poner en evidencia los defectos. Pero, la mayor frecuencia en su utilización, lo que ha hecho es demostrar lo inadecuado del sistema y señalar la necesidad de su cambio⁸⁵".

Quisiéramos terminar esta investigación con las palabras de Don Rodrigo Facio, quien justamente concluyó un estudio suyo diciendo que: "...llegamos al final con la satisfacción íntima de haber enfocado el problema con plena objetividad y absoluta buena fe... (como corresponde a un universitario, acotamos nosotros), que no tiene otro interés que el de orientar a la opinión pública por la expresión de la verdad absoluta sobre todos los problemas nacionales, y que no tiene otra pasión que su encendida pasión por una Costa Rica más justa, próspera, democrática y moral"⁸⁶.

Ciudad Universitaria "Rodrigo Facio", agosto de 1983.

Finalmente, nos parece necesario indicar que, quienes deben solucionar esos problemas son las partes sociales mismas. Propiciar la negociación directa, otorgando garantías suficientes a los delegados de los trabajadores contra el despido; y eliminando trabas de porcentajes y formalismos judiciales o administrativos es la conducta más sabia a seguir. Después de todo, las partes sociales no negociarán mientras se pueda impedir la negociación con recursos procedimentales. Para que las partes negocien, es necesario que aprendan a negociar; y solo aprenderán a hacerlo, encontrándose, conociéndose, negociando.

85 GUTIERREZ, *El funcionamiento del sistema jurídico*, op. cit., p. 337.

86 FACIO BRENES (Rodrigo), *Legislación social y organización económica*, octubre de 1943, en *Obras de Rodrigo Facio, Estudio sobre economía costarricense*, T. I, Ed. Costa Rica, 1era. edición, San José, 1982, p. 264.

LA PARTICIPACION NECESARIA

Dr. Francisco Castillo González
Profesor de Derecho Penal
Universidad de Costa Rica

SUMARIO: I. Planteamiento del problema.—II. Historia del surgimiento del concepto de participación necesaria: Stübel, Heffter, Berner, Schütze.—III. Desarrollo dogmático del concepto de participación necesaria: von Kries, Freundenthal, Frank, Beling, Lange.—IV. Posición personal.—V. Bibliografía.

57
14
8
4
32 ✓

4
44 ✓
76
32-
108

68 ✓
144

I.—Planteamiento del Problema

1.—La intervención de varias personas como requisito necesario para la realización de ciertos tipos penales, se designa con el nombre de "participación necesaria".

El nombre "participación necesaria" ("*concursum necessarium*") se utilizó originalmente en contraposición a "participación facultativa" ("*concursum facultativum*"), término este último que designa el concurso de varias personas en un tipo penal, el que, conforme a su naturaleza, puede ser realizado por un solo sujeto. Aún hoy día se utiliza el término "participación necesaria", porque su uso fue consagrado así por la doctrina y a falta de otro mejor, aunque es inadecuado al fenómeno que describe, dado que "participación" se refiere a actos de complicidad y de instigación, mientras que el participante necesario realiza, normalmente, actos de autor,¹ que el participante necesario no realiza actos que sean en sentido propio de instigación o complicidad² y que el mismo fenómeno que se estudia bajo el concepto de "participación necesaria" se presenta también en los delitos de participación facultativa, toda vez que el actor participa varias veces en el mismo delito que realiza.³

2.—Este concepto, de raigambre alemana, ha recibido poca atención de los autores latinoamericanos.⁴ En nuestra jurisprudencia la problemática a la que se refiere la participación necesaria es desconocida.

1 Así, *Jescheck*, pág. 529.

2 Así, *Lange*, Prefacio; *Zöller*, pág. 4; *Jescheck*, pág. 529.

3 *Lange*, Prefacio.

4 Algunos autores latinoamericanos ni siquiera se refieren al problema; otros mencionan el concepto de participación necesaria para justificar su exclusión del estudio de la participación criminal facultativa (así, por ejemplo, *Jiménez de Asúa*, Ley y Delito, pág. 495; *Hurtado Pozo*, pág. 340; *Fierro*, págs. 4 y 36; *Novoa Monreal*, II, pág. 166; *Labatut Glens*, I, pág. 395). Otros hacen manifestaciones contradictorias sobre el problema. Por ejemplo, *Soler* (II, pág. 249, nota 1) afirma que el participante necesario que haga más de lo requerido por el tipo penal no es punible por el exceso. Pero unas páginas más adelante afirma lo contrario: "Estos casos son tan distintos de la participación que, incluso ni es necesario a veces, que los partícipes necesarios, como también suele llamárseles, sean punibles. *Todo depende, en estos casos, de la figura*". (*Soler*, II, pág. 266).

5 *Stübel*, "Über den Thatbestand der Verbrechen", Wittenberg, 1805.

II.—Historia del surgimiento del concepto de participación necesaria

3.—A diferencia de otros conceptos del Derecho Penal, con larga trayectoria histórica, el de participación necesaria no tiene dos siglos de existencia. Nacido en Alemania, ha sido la dogmática alemana la que lo ha desarrollado

A.—El Aporte de Stübel

4.—La actual doctrina de la participación necesaria tiene su origen en una obra escrita por Stübel en 1805;⁶ en ella se encuentra la siguiente frase: "Hay también delitos cuya realización presupone necesariamente varias personas, por ejemplo, el duelo y los delitos carnales".⁶ En esta misma obra y a la hora de tratar la participación ("*concursum ad delictum*") escribe Stübel: "En aquellos casos en los que la realización del delito, según su naturaleza, requiere el concurso de varias personas, como en los delitos carnales y el duelo, no hay duda de que encuentra aplicación el principio de que cada participante debe ser castigado como autor".⁷

En estos párrafos de la obra de Stübel encuentra la doctrina el origen de la teoría de la participación necesaria.⁸ El desarrollo posterior de estas ideas va a convertir esta observación de Stübel en una categoría dogmática.⁹

B.—Las Ideas de Heffter

5.—Heffter¹⁰ da un nuevo giro a la doctrina de la participación necesaria; es el primero en utilizar la expresión "participante necesario" para designar a aquel que interviene en un delito que requiere necesariamente "un actuar común, coordinado y simultáneo".¹¹ Para designar esta clase de delitos, el autor usa la expresión latina "*concursum necessarium*", en oposición al "*concursum facultativum*". Heffter es también el primero en sostener que las reglas de la participación criminal no se aplican al participante necesario,¹² que no es un participante en sentido estricto, porque el "*concursum necessarium*" no es verdadera participación.¹³

6 Stübel, pág. 28.

7 Stübel, pág. 33.

8 Así, entre otros, Schütze, págs. 32 ss.; Freudenthal, pág. 5; Bergen, pág. 7; Hochhaus, pág. 7; Kant (Bruno), pág. 12.

9 Bergen, pág. 9.

10 Heffter, Parágs. 77 ss.

11 Heffter, Parágs. 78.

12 Para Heffter cada participante comete por sí solo el delito. En tal sentido, Kant (Bruno), pág. 12.

13 Así, Weiberg, pág. 3.

C.—Teoría del Objeto de Berner

6.—Berner piensa que lo característico del "*concursum necessarium*" es que la persona actuante es al mismo tiempo objeto del delito y por ello no se le pueden aplicar las reglas sobre participación criminal de la Parte General del Código penal.¹⁴ El necesario actuar conjunto en que consiste, según Berner, la participación necesaria es una particularidad de ciertos tipos penales; la participación necesaria debe ser estudiada en la Parte Especial, pues siendo ella sustancialmente distinta de la participación criminal de la Parte General, no debe estudiarse en esta rama de la disciplina.¹⁵

Berner pone el acento, a la hora de definir la participación necesaria, en las particularidades del sujeto actuante y no en la abstracta necesidad de la participación de varios. Según él sería contradictorio aplicar las reglas generales sobre participación criminal, dispositivos amplificadores del tipo penal, para transformar en sujeto de la acción a quien es simplemente objeto de ella.

7.—La teoría de Berner mereció fundadas críticas; a saber, aunque en ciertos tipos de participación necesaria el participante sea objeto de la acción, en otros éste no ocurre; tal es el caso del duelo, en el que una acción del sujeto actuante es absolutamente necesaria para la realización del tipo.¹⁶ Por otro lado, Berner no define que entienda en su teoría por "objeto del delito". Si entienda por éste objeto jurídico del delito (bien jurídico tutelado), su teoría es falsa.¹⁷

D.—El Aporte de Schütze

8.—Característico de la participación necesaria es, según Schütze, que determinados delitos solamente pueden existir, de acuerdo a su definición legal, si hay una pluralidad de personas, las cuales deban actuar conjuntamente,¹⁸ en los actos que definen el delito concreto.¹⁹ No hay participación necesaria para Schütze si participantes, aun requeridos por el tipo penal, actúan fuera de la acción típica y dan solamente una contribución para la producción del resultado, como ocurre en la coacción o en la estafa.²⁰

14 Berner, págs. 165 ss.

15 Berner, pág. 166.

16 Así, Weiberg, pág. 14; Kant (Bruno), pág. 13.

17 Así, Schütze, pág. 25.

18 Schütze, pág. 28.

19 Schütze, pág. 320 s.

20 En este sentido, entre otros, Freudenthal, pág. 98; Bergen, pág. 15; Kant (Bruno), pág. 13.

III.—Desarrollo Dogmático del Concepto de Participación Necesaria

9.—Los autores anteriormente citados son los que dan origen al nacimiento del concepto de participación necesaria. El desarrollo dogmático de éste se inicia con un artículo de von Kries, publicado en 1887²¹ y titulado "Una Contribución a la Teoría de la Participación".

A.—La Tesis de von Kries

10.—En el mencionado artículo von Kries se refiere a los casos en los que las disposiciones de la parte General sobre participación criminal no reciben aplicación o, al menos, reciben una aplicación restringida. Ello ocurre, según von Kries, conforme a tres principios.

1.—Los Tres Principios de von Kries

11.—Los casos en los cuales hay excepción a las reglas de la participación criminal se encasillan en los siguientes tres principios:

El primero establece que la persona en cuya protección fue emitida la ley penal no puede ser sancionada como participante en la violación de esa misma ley.²² Fundamento de este principio es que la ley penal no puede volverse contra la persona que ella trata de proteger. Ejemplo de esta hipótesis es la usura: la persona que ha sido víctima de un contrato usurario no puede ser castigada como cómplice o instigadora del usurero.

El segundo principio dice que si la ley ha elevado una acción de participación a la categoría de delito independiente, el autor, punible o impune, de la acción principal, no puede ser sancionado como participante en ese delito independiente.²³ Este principio se fundamenta en otro, según el cual solamente puede castigarse una vez a quien ha participado varias veces en el mismo delito,²⁴ pues la acción principal absorbe, en virtud del concurso aparente de delitos, a la acción de participación convertida en delito independiente. Así, por ejemplo, es impune como participante en el delito de favorecimiento personal (Art. 320 Cód. pen.) el delincente, autor del delito anterior, que instiga a otro a que lo ayude a eludir las investigaciones de la autoridad.

El tercer principio establece que cuando del espíritu de la ley o de la relación entre sí de sus disposiciones deriva la voluntad del legislador de no castigar a determinadas personas por la comisión de un hecho punible, es impune también la actividad de participación en éste de esas personas.²⁵

Si el legislador solamente castiga una de dos actividades que se contraponen y que son necesarias para completar el tipo penal, el autor de la actividad impune sigue siendo impune, aun en el caso de que haya traspasado los límites en los que la ley fija su necesaria contribución al delito. Por ejemplo, el artículo 315 Cód. pen. solamente castiga al sobornante, pero no al sobornado (que no haya cometido falso testimonio); según von Kries, el sobornado es impune aunque haya instigado al sobornante a hacer la promesa o a ofrecer la dádiva.

2.—Crítica a la tesis de von Kries

12.—Evidentemente el aporte de von Kries a la solución del problema es enorme, pero sus tesis no están exentas de críticas, tanto desde el punto de vista sistemático como de cada uno de los principios en particular.

La tesis de von Kries no responde a la pregunta de si la participación necesaria es problema del tipo penal concreto o de la Parte General del Código: el primero y tercero de sus principios se orientan hacia la interpretación del tipo penal concreto, de su finalidad y de sus particularidades y solamente a través del estudio de éste puede saberse si un caso se rige por uno de esos principios. El segundo, por el contrario, se basa en las relaciones fundamentales que tienen entre sí las distintas formas de aparición del delito.²⁶

Visto cada principio de von Kries particularmente es también criticable su posición. El primer principio no es lógicamente fundado, porque la protección que otorga la ley a una persona no implica que aquélla autorice a ésta para violarla, aun a través de instigación o complicidad.²⁷

26 Así, Lange, pág. 7.

27 Así, entre otros, Freudenthal, págs. 101 s.; Weiberg, pág. 6; Bergen, pág. 84; Hochhaus, pág. 10; Brandes, pág. 37. Bergen (Op. Cit., Loc. Cit.) afirma, además, que este primer principio de von Kries puede conducir al chantaje del protegido por la ley sobre el sujeto punible. Por ejemplo, A instiga a B a que le suministre drogas para el propio consumo gratuitamente. Una vez que éste ha ocurrido, A amenaza a B con denunciarlo si no le da cierta cantidad de dinero. Justamente ha observado Wagner (págs. 34 ss.) que el peligro de chantaje apuntado por Bergen no deriva de que la falta de aplicación de las reglas de participación criminal a este caso conduzca a una injusticia, sino del hecho de que en el Derecho Penal moderno falta una disposición que prohíba, bajo sanción penal, conducir a otro a culpa y a pena.

Hochhaus (pág. 31) hace notar que von Kries habla de "persona protegida" en sentido no técnico. En sentido estricto "persona protegida" es el titular del bien jurídico tutelado, mientras que la persona individual solamente es subsidiariamente protegida por el delito. Por ejemplo, en la usura (Delito contra la Buena Fe de los Negocios) el titular del bien jurídico tutelado es el Estado. Por ello afirma Hochhaus (pág. 14) que es falsa la conclusión de que la persona individual, subsidiariamente protegida, no pueda ser instigadora o cómplice en la violación de la ley penal que la protege, dado que con tal no se daña solamente a sí misma, sino que lesiona principalmente un bien jurídico ajeno, que es protegido por la incriminación de la conducta concreta.

21 von Kries, "Ein Beitrag zu der Lehre von der Teilnahme", ZStW 1887 (Bd. 7), págs. 521 ss.

22 von Kries, ZStW 1887 (Bd. 7), pág. 527 ss.

23 von Kries, ZStW 1887 (Bd. 7), págs. 534 ss.

24 Así, Weiberg, pág. 7.

25 von Kries, ZStW 1887 (Bd. 7), págs. 546 ss.

Tampoco es lógicamente fundado el segundo principio. Es cierto que quien participa varias veces en el mismo delito solamente puede ser castigado una vez, en virtud de las reglas del concurso aparente de delitos. Pero es falsa la aplicación que hace von Kries de este postulado: por un lado, si el hecho principal es impune, no puede hablarse de concurso aparente de normas, que supone dos normas penales que se contrapongan, mientras que aquí, siendo impune el hecho principal, falta una ley penal respecto a la cual pueda plantearse el conflicto.²⁸ Por otro lado, si una acción de participación se convierte en delito independiente, la misma independencia rompe la relación interna entre hecho principal y hecho accesorio, relación que es la que permite la aplicación de las reglas del concurso aparente de delitos.²⁹ Por tanto, en el segundo principio de von Kries, no hay el presupuesto que posibilita la aplicación de las reglas del concurso aparente de normas, cual es la participación repetida de una persona en el mismo hecho punible. El tercer principio carece también de fundamentación. Es claro que si el legislador solamente castiga una de dos actividades contrapuestas, necesarias ambas para realizar el tipo penal, es porque quiere dejar impune la otra actividad. Pero de ahí no deriva necesariamente que también quiera dejar impune la actividad que excede a la requerida por el tipo penal; ésto es, la instigación o la complicidad realizada por el participante necesario impune.³⁰

B.—La doctrina de Freudenthal

13.—Freudenthal, el primer autor que desarrolla una visión total de la participación necesaria, da tres grandes aportes a este problema: una definición precisa del concepto de participación necesaria, una clasificación de los delitos que entran en el concepto y una explicación uniforme del por qué de la impunidad del participante necesario por los actos de complicidad o instigación.

1.—Los tres aportes en particular

14.—La definición dice: "Delitos de participación necesaria son aquellos que, de acuerdo a su tipo penal, presuponen la actuación conjunta de varios en la realización de la acción (en sentido amplio) sometida a pena".³¹ Conforme a ella se excluye del concepto de participación necesaria aquellos casos en los que la participación de varios es requerida para la realización del resultado o para el cumplimiento de una condición de punibilidad, sin participación en la acción.

Freudenthal distingue entre delitos de convergencia y delitos de encuentro.³² En los primeros, el tipo penal requiere que en la acción participen varias personas que actúan coordinadamente para la realización de un fin externo al tipo (Por ejemplo, rebelión (Art. 292 Cód. pen.), motín (Art. 295 Cód. pen.), connivencia maliciosa (Art. 235 Cód. pen.)); en los segundos, el tipo penal requiere que los participantes necesarios actúen conjunta, pero contrapuestamente para la realización de la acción, la cual requiere, precisamente, este encuentro o contraposición³³ (Por ejemplo, el duelo (Art. 131 Cód. pen.), la riña (Art. 139 Cód. pen.), la sodomía (Art. 173 Cód. pen.), el incesto (Art. 174 Cód. pen.), la usura (Art. 236 Cód. pen.), etc.).

Freudenthal cree que todos los casos de participación excesiva del participante necesario pueden ser resueltos unitariamente conforme a principios lógicos, que llevan a la impunidad.³⁴ Para este autor, la cuestión se relaciona con el por qué una persona que participa varias veces y en distintas formas de participación en un mismo delito solamente puede ser castigada una vez.³⁵ Y la respuesta es porque las distintas formas de participación están entre sí en relación de subsidiariedad (concurso aparente de delitos), de tal modo que la complicidad es subsidiaria respecto a la instigación y ésta es subsidiaria respecto a la autoría. Igual relación tiene entre sí el delito de peligro con relación al delito de resultado, porque el primero solamente representa peligro y el segundo lesiona el bien jurídico tutelado.³⁶ Lo mismo vale respecto a las formas de participación. Así, la complicidad y la instigación representan simplemente peligro para el bien jurídico tutelado, mientras que la autoría lesiona. Los anteriores principios, dice Freudenthal,³⁷ encuentran aplicación en la participación necesaria. Esta, considerada en abstracto, implica una lesión al bien jurídico tutelado, incluso cuando el participante necesario es impune. La complicidad o la instigación del participante necesario impune es solamente puesta en peligro del bien jurídico tutelado.³⁸ Por ello concluye Freudenthal:³⁹ "Si una persona puede lesionar o poner en peligro impunemente un bien jurídico conjuntamente con otra, permanece también impune si ella, por medio de apoyo o instigación a esa otra persona, solamente pone en peligro ese mismo bien jurídico".

32 Freudenthal, págs. 122 ss.

33 Es claro que estas acciones deben ser activas y libremente queridas por el participante necesario. Por ello no es delito de encuentro la violación, por ejemplo, porque la víctima del atentado sexual o carece de capacidad psíquica para realizar acciones libremente queridas o es un simple objeto de la acción del delincuente.

34 Freudenthal, pág. 109.

35 Freudenthal, pág. 110.

36 Freudenthal, págs. 78 ss.

37 Freudenthal, pág. 110 s.

38 Freudenthal, pág. 111.

39 Freudenthal, pág. 117.

28 Así, entre otros, Freudenthal, pág. 103; Hochhaus, pág. 15; Weiberg, pág. 7.

29 Así, Bergen, pág. 85; Hochhaus, pág. 15.

30 Así, Freudenthal, pág. 107; Weiberg, pág. 9.

31 Freudenthal, pág. 100.

2.—Crítica a la doctrina de Freudenthal

15.—Mientras que la distinción de Freudenthal entre delitos de convergencia y de encuentro fue y es unánimemente aceptada⁴⁰ y su definición del concepto de participación necesaria mereció pocas críticas,⁴¹ su teoría sobre el fundamento de la impunidad del participante necesario por actos de participación no gozó de aceptación.

Freudenthal parte de la ficción, —contraria a la ley—, de que el participante necesario impune es punible⁴² y esa ficción de punibilidad la define como autoría. Luego establece entre esa autoría fingida y los actos de participación una relación de subsidiariedad, que en realidad no existe, porque aquélla implica que deba aplicarse al caso una ley penal en defecto de otra ley penal, y en la hipótesis no existe ley penal que castigue la autoría. Por ello, la tesis de Freudenthal se fundamenta en un "*argumentum a majori*";⁴³ inaplicable al problema de la participación necesaria porque, siendo la autoría impune, no hay mayor y porque lógicamente no puede concluirse que el participante necesario sea impune cuando se vale de otro para lesionar el bien jurídico, por la sola circunstancia de su impunidad cuando realiza el hecho principal por él mismo. Aunque es cierto, salvo excepciones,⁴⁴ que la puesta en peligro de un bien jurídico es menos grave que su lesión, también flaquea en este punto la tesis de Freudenthal: instigación y complicidad no solamente ponen en peligro, sino que también lesionan, como la autoría, el bien jurídico tutelado. Por tanto, Freudenthal se equivoca al ver en la naturaleza accesoria de la participación una prueba de la veracidad de su distinción entre acciones de peligro y acciones de resultado.⁴⁵ Más bien la accesoria de la participación es prueba contra la tesis de Freudenthal, porque si el cómplice y el instigador fueran castigados por poner en peligro el bien jurídico tutelado, entonces no se entendería por qué su punibilidad depende de la existencia de un hecho principal.

40 No vale la pena citar los autores que siguen esta distinción. Uno de los pocos que no la aceptan es *Blesse* (pág. 52), quien propone dividir los delitos de participación necesaria en delitos de unión o relación ("*Verbindungsdelikte*") y en delitos-negocio ("*Geschäftsdelikte*"). Sólo que esta distinción concuerda con la de Freudenthal, porque los delitos-negocio nacen por la actuación conjunta pero contrapuesta de varios, mientras que los delitos de unión surgen del actuar conjunto de varios, que se unen para realizar un fin común y exterior.

41 De la definición se ha dicho que es arbitraria porque, restringiendo el concepto, deja por fuera casos en los que evidentemente existe participación necesaria (*Bergen*, pág. 24) y que es contradictoria con el concepto de participación necesaria con el que trabaja Freudenthal en otras partes de su obra (*Weiberg*, pág. 12).

42 Así, entre otros, *Bergen*, págs. 81, 91; *Hochhaus*, pág. 20; *Wagner*, págs. 24 s.

43 *Beling*, L. v. V., pág. 437.

44 Hay casos en los que la producción de un peligro es más severamente sancionada que la producción del resultado. Así, Art. 250 Cód. pen. con relación al Art. 252 Cód. pen.; Art. 253 Cód. pen. con relación al Art. 128 Cód. pen.

45 Así, *Hochhaus*, pág. 21.

C.—Posición de Frank y su crítica

16.—Frank afirma la impunidad del participante necesario por los actos de participación que excedan lo requerido necesariamente por el tipo penal. Fundamento de esa impunidad es un argumento de mayor a menor, derivado de su concepción sobre la causalidad: si el autor, que pone una causa para el resultado, es impune, con mayor razón debe ser impune cuando, a través de actos de complicidad o de instigación, pone una condición para el resultado.⁴⁶

La teoría de Frank se apoya en la doctrina de la interrupción de la causalidad por la intervención de un tercero, que es el autor; esta doctrina se basa en diferencias cualitativas (causa-condición) en el plano de la causalidad.⁴⁷ Hoy día se sigue la teoría de la equivalencia de condiciones, en la que autor, instigador y cómplice tienen una actuación igualmente causal en la producción del resultado.⁴⁸ No es cierta, por tanto, la tesis de Frank, según la cual el autor pone la causa, mientras que el cómplice y el instigador ponen una simple condición para la producción del resultado.

D.—Posición de Beling

17.—En oposición a la doctrina dominante en su tiempo, Beling aprueba la posición de la jurisprudencia alemana (RG 23/69), que había castigado al participante necesario impune por actos de instigación sobre un tercero. Para Beling⁴⁹ la punición se justifica en virtud de la violación de una norma de validez general, la cual prohíbe conducir a otro a culpa y a pena.

Ese fundamento de la punición de la participación es falso. Una norma como la invocada por Beling no existe y el participante es punible, no por corromper al autor, sino por causar el resultado. Así lo reconoció posteriormente el propio Beling⁵⁰ y fundamentó en base distinta la punibilidad del participante necesario. Para Beling⁵¹ todo aquel que realice una acción típica, antijurídica y culpable es punible, si se dan las condiciones objetivas de punibilidad y a menos que ésta sea excluida por una condición personal. El participante necesario impune realiza una acción típica, antijurídica y culpable, pero goza de una condición personal, la de participante necesario, que excluye su punibilidad. Esa impunidad existe sólo dentro de los límites fijados por el legislador; es decir, respecto a aquellos actos que son estrictamente necesarios para llenar el tipo penal de la participación

46 *Frank*, Vorb. Parág. 47, Anm. V, 1, pág. 111.

47 Así, *Lange*, pág. 10.

48 Así, *Zöller*, pág. 14.

49 *Beling*, ZStW Bd. 18, pág. 271.

50 *Beling*, L. v. V., pág. 439.

51 *Beling*, L. v. V., pág. 434.

necesaria.⁵² Pero respecto a los actos de complicidad o de instigación del participante necesario que excedan lo contemplado en el tipo penal, no hay causa personal de exclusión de la punibilidad y por ello son punibles.

E.—La tesis de R. Lange y su crítica

18.—Con la obra de R. Lange, "Die notwendige Teilnahme", de 1940, la doctrina de la participación necesaria, estancada por varios años, recibe un nuevo impulso. En esta obra el autor se propone revisar el problema a partir de las nuevas ideas sobre la teoría del delito.⁵³

1.—La tesis de Lange

19.—Para Lange⁵⁴ la esencia del delito es la antijuricidad personal, que se define por factores personales especiales, y no la violación a un bien jurídico tutelado. Precisamente fue este el error de la doctrina tradicional, dice Lange, porque ésta ve la esencia del delito en la violación del bien jurídico tutelado y quería solucionar el problema de los actos de participación del participante necesario impune en el plano de la acción, siendo cierto que dentro de la tesis causalista participación y autoría, ambas contribuciones causales al resultado, se encuentran en el mismo plano.⁵⁵ Por consiguiente, los actos de participación, que exceden lo requerido por el tipo, del participante necesario impune son siempre contribuciones causales al resultado y no hay razón jurídica que justifique dejarlos impunes.

Para Lange los únicos delitos que presentan problema son aquellos de participación necesaria con sanción penal unilateral. Y la solución al problema se bifurca según él: la razón de la impunidad del participante por actos de autoría está en que el legislador, tomando en cuenta su posición subordinada respecto al participante necesario punible, no tipifica su autoría;⁵⁶ falta, pues, tipificación de la autoridad⁵⁷ respecto al partici-

52 *Beling*, L. v. V., pág. 438

53 *Lange*, Prefacio. Para él son varias las razones que justifican una revisión de la doctrina de participación necesaria; entre ellas: "...la discusión sobre el concepto de delito, discusión que está unida a los nombres de Dahm y Schaffstein, de Schwinge y Zimmerl; la construcción de Welzel de una nueva teoría de la acción; la sistematización de un concepto de "autoridad" ("Täterschaftsmässigkeit") realizada por Eric Wolf y el tratamiento nuevo de la cuestión de la participación en el delito, realizado por Kohlrausch".

54 *Lange*, págs. 9 s.

55 *Lange*, pág. 10.

56 *Lange*, pág. 15 s. Según este autor en el concepto de delito hay elementos de naturaleza material que no pueden aclararse recurriendo a la tipicidad de la acción, o a la culpabilidad o a la antijuricidad. Esos elementos no están referidos a la acción, sino al autor de la acción, de modo que puede ocurrir que

pante necesario impune. Tampoco responde el participante necesario impune por actos de participación que excedan lo requerido en el tipo penal, porque aquél quiere el hecho como propio, sus actos de participación son participación en hecho propio,⁵⁸ mientras que la participación en sentido estricto, simple causación del resultado, es participación en hecho ajeno.⁵⁹

2.—Crítica a la tesis de Lange

20.—La tesis de Lange es inaceptable. Tres son principalmente las objeciones que puede hacerse a su posición:

En primer lugar, su punto de partida, conforme al cual autoría y participación se definen por distintos criterios, es falso. Según Lange, en los delitos que definen una obligación especial del autor, —a los cuales equipara los delitos de participación necesaria con sanción penal unilateral—, los principios que determinan el injusto del hecho valen únicamente para la autoría, que posee elementos personales especiales, pero no así la participación, que se define, no por elementos personales especiales, sino únicamente por la causación del resultado. Ahora bien, o es falsa la posición de Lange sobre la autoría y correcta su posición sobre la participación, o es falsa su posición sobre la participación y es cierta su posición respecto a la autoría. Cualquiera de las dos alternativas que se escoja lleva necesariamente a la falsedad de la tesis de Lange sobre la participación necesaria. Por ejemplo, si se acepta como cierta la tesis del autor sobre la autoría, es falsa su tesis sobre la esencia de la participación, porque ésta solamente es pensable como un actuar doloso, y ese actuar doloso, dentro del fina-

alguien realice una acción típica, antijurídica y culpable, pero que no realice el tipo penal, a falta en él de "autoridad" ("Täterschaftsmässigkeit") (pág. 16). Por ello escribe *Lange* (pág. 16): "Un concepto de delito que quiera caracterizar de modo completo el injusto penal, —y precisamente ésto lo exige el concepto—, no solamente debe caracterizar la tipicidad de la acción, sino también la tipicidad del autor; el autor no da siempre el mismo componente al significado social de la acción, como ocurre con la palabra "quien" ("el que") utilizada en la mayoría de los tipos penales, sino que en determinados casos la totalidad del delito es llenada por una cualidad o calificación o por la posición social del autor". Esto ocurre en los delitos de funcionario.

57 La impunidad del participante necesario se explica, según *Lange* (pág. 19) por un momento personal, tomado en cuenta por el legislador, y que es la posición subordinada con relación al participante punible, a su motivación o a su situación cercana al estado de necesidad. Esta circunstancia convierte al participante impune en objeto de la relación, como ocurre en la usura, en el incesto, en los delitos de especulación, etc. y obliga al legislador a atribuirle a la otra parte; ésto es, al participante necesario punible, el dominio del hecho.

58 *Lange*, págs. 57, 58, 59. Para este autor, la autoría tiene siempre un elemento subjetivo del injusto, de carácter especial, y que es querer el hecho como propio. La participación es participación en hecho ajeno y simple causación del resultado.

59 *Lange*, págs. 66, 67, 68, 69, 70.

lismo, es necesariamente un elemento personal especial.⁶⁰ Desde este punto de vista no se diferencia la autoría de la acción de participación, como lo pretende Lange.

En segundo lugar, el postulado de Lange de que los actos de participación del participante necesario impune no son punibles por carecer de la cualidad de verdaderos actos de participación, dado que no son actos ajenos, sino actos propios, lleva a considerarlos como simples actos preparatorios de la propia actuación necesaria impune, carentes de todo contenido injusto. Si tomamos los delitos de participación necesaria con sanción penal multilateral, en los que el participante punible ha realizado actos de instigación o de complicidad, tales actos son impunes, de acuerdo con la doctrina dominante, en virtud del concurso aparente de normas (relación de subsidiariedad), porque la actuación de autor absorbe a la actuación como instigador o como cómplice. Pero si existe esa relación de subsidiariedad, es porque tales actos tienen determinado contenido injusto y no son equiparables a simples actos preparatorios. Lo mismo vale, *mutatis mutandis*, para los actos de participación del participante necesario impune. No son simples actos preparatorios, sino actos con determinado contenido injusto.

Por último, no es cierto que el participante necesario, que realiza actos de participación, participe en un hecho propio. El participa en un hecho punible ajeno y, desde este punto de vista, es también punible.

F.—Posición de la doctrina moderna

21.—Después de la obra de Lange, se formó lo que podríamos llamar la doctrina moderna sobre la participación necesaria. Un grupo mayoritario de autores dan soluciones comunes a algunos de los temas básicos que integran la problemática de esta categoría doctrinal. Estas líneas fundamentales son las siguientes:

1.—Definición del concepto de participación necesaria

22.—Existe participación necesaria toda vez que un tipo penal exige, para su realización, la participación de varias personas, aunque alguna de ellas tenga en esa realización un comportamiento pasivo. No es consustancial a la definición de participación necesaria que todos los participantes realicen parte de la acción ni tengan una participación activa en ella. Así, por ejemplo, la mayoría de los autores consideran que los delitos sexuales son de participación necesaria, aunque la parte impune, normalmente, tiene un comportamiento que, aunque necesario para la realización del tipo, puede ser puramente pasivo. Hay que excluir del concepto de participación necesaria los casos en los que uno de los participantes participan en una etapa posterior, necesaria para consumir el hecho, pero no en la acción, como ocurre, por ejemplo, en la estafa.⁶¹

⁶⁰ Así, Zöller, pág. 54.

⁶¹ Schultz I, pág. 267 considera, sin embargo, a la estafa como delito de participación necesaria.

2.—Clasificación en delitos de encuentro y delitos de convergencia

23.—La doctrina en forma unánime acepta la distinción de Freudenthal entre delitos de convergencia y delitos de encuentro.

Los delitos de convergencia (por ejemplo, motín, art. 295 Cód. pen.) y los delitos de encuentro (por ejemplo, duelo, art. 131 Cód. pen.), de sanción penal multilateral no presentan problemas especiales. En ambos casos cada participante realiza acciones de autoría,⁶² aunque no son autores o coautores conforme al artículo 45 Cód. pen.⁶³ En tales delitos la acción punible es una unidad de acción en sentido legal,⁶⁴ realizada por varios sujetos.

Los actos de complicidad o instigación realizados por el participante necesario punible, son impunes por aplicación del principio de subsidiariedad, pues la autoría los absorbe.⁶⁵

3.—La solución en el caso de los delitos de encuentro con sanción penal unilateral

24.—El verdadero problema de la participación necesaria se plantea en los delitos de encuentro con sanción penal unilateral y con relación al participante necesario impune. Y aquí es necesario hacer una subdivisión:

a) Hay acuerdo total en el principio de que son impunes los actos de participación del participante necesario impune, si esos actos no exceden lo requerido específica y necesariamente por el legislador en el tipo penal concreto.⁶⁶

⁶² Así, Bergen, pág. 48.

⁶³ La calidad de autores de los duelistas deriva del tipo penal del duelo y no del artículo 45 Cód. pen., disposición que entra en funcionamiento cuando deba extenderse la punibilidad, conforme al tipo especial concreto. Los duelistas tampoco son coautores conforme al artículo 45 Cód. pen. Este artículo define a los coautores como los "que lo realizaren" (el hecho punible) "conjuntamente con el autor". En el ejemplo del duelo no es posible partir la participación en dos clases de autoría ni diferenciar un autor y un coautor. Baumann (pág. 604) sostiene tesis contrario; habla en tales casos de "coautoría".

⁶⁴ Así, entre otros, Freudenthal, pág. 33; Frank, Vorb. Parág. 73, II; Bergen, pág. 48; Beling, L. v. V., pág. 272.

⁶⁵ Así, entre otros, Freudenthal, pág. 81; Kublmey, pág. 32; Bergen, pág. 32.

⁶⁶ Así, entre otros, Baumann, pág. 605; Jescheck, pág. 529; Zöller, pág. 7; Otto, pág. 269; Schmidhäuser, pág. 583; Dreber, Vorb. Parág. 25, Anm. 2 a); Lackner, Vorb. Parág. 25, 1 b); Blei (A.T.), pág. 232; Maurach, II, pág. 352; Bd. I, pág. 267; Stratenwerth (A.T., I), pág. 252; Rudolph und and., Vorb. Parág. 26, Anm. 46; Schönke-Schröder, Vorb. Parág. 25 ff., Anm. 51.

b) También hay acuerdo en la doctrina en el punto de que el participante necesario impune no es punible por actos de complicidad o instigación, que excedan lo requerido necesariamente en el tipo penal, si éste tiene por finalidad protegerlo; en esa hipótesis, el participante necesario impune es prácticamente víctima del delito y su posición es la de objeto de la acción del delincuente.⁶⁷ Este principio vale en la medida en que el participante necesario impune no realice con su acción de participación, al mismo tiempo otro tipo penal.⁶⁸

c) En los demás casos, el participante necesario impune es punible por los actos de participación.⁶⁹ Sin embargo, algunos autores establecen excepciones a esta regla:

a-1) Algunos autores⁷⁰ afirman la impunidad en los casos en los que el participante necesario se encuentra en una situación psíquica cercana al estado de necesidad, que lo condujo a realizar el acto de instigación o de complicidad. Por ejemplo, son inmunes el enfermo grave e incurable que instigó a otro a la eutanasia (el homicidio queda en estado de tentativa) o el delincuente que instiga a otro a que lo encubra.

a-2) Jescheck⁷¹ considera que, por razones de política criminal, debe quedar impune por actos de participación el participante necesario impune cuando "la iniciativa para el hecho típicamente sale de parte suya". Tal es el caso de los actos de complicidad o instigación (que excedan lo requerido por el tipo) de la prostituta en los casos de los artículos 169 y 171 Cód. pen.

IV.—Posición Personal

25.—Los actos de instigación o de complicidad, que excedan lo requerido necesariamente por el tipo penal, tienen el contenido injusto de cualquier acto de participación.

67 Así, entre otros, Herzberg, pág. 134; Jescheck, pág. 530; Baumann, pág. 604; Rudolphi und and., Vorb. Parág. 26, Anm. 48; Schönke-Schröder, Vorb. Parágs. 25 ff., Anm. 51; Otto, pág. 269; Schmidhäuser, pág. 583; Blei, I, pág. 232; Schultz, Bd. I, pág. 267; Stratenwerth (A.T., I), pág. 252; Maurach, II, pág. 353; Dreber, Vorb. Parág. 25, 2 b); Lackner, Vorb. Parág. 25, 5.

68 Así, Dreber, Vorb. Parág. 25, Anm. 2 b).

69 Así, Dreber, Vorb. Parág. 25, Anm. 2 b); Lackner, Vorb. Parág. 25, 5.

70 Así, Jescheck, pág. 530; Otto, pág. 269; Herzberg, pág. 137; Rudolphi und and., Vorb. Parág. 26, Anm. 49; Stratenwerth, (A.T., I), pág. 253; Schmidhäuser, pág. 584.

71 Jescheck, pág. 530.

En el caso del participante necesario punible, esos actos son impunes, pues la instigación o la complicidad son absorbidas por la autoría (curso aparente de normas).

En la hipótesis del participante necesario impune sigue siendo impune respecto a los actos de participación requeridos por el tipo penal de modo necesario. Pero es punible por los actos de participación que excedan lo requerido en el tipo, con dos excepciones, las cuales reposan en consideraciones de equidad: primera, cuando el tipo penal violado tiene por finalidad proteger al participante necesario impune⁷² y segunda, cuando éste realizó el acto de instigación o de complicidad en situación parecida al estado de necesidad.⁷³ La regla es, pues, la punibilidad del participante necesario impune por los actos de participación que exceden lo requerido necesariamente por el tipo penal; la impunidad es la excepción conforme a criterios de equidad, que deben determinarse mediante interpretación del tipo penal de participación necesaria que esté en juego.

V.—Bibliografía

BAUMANN. "Strafrecht", A. T., 7. Aufl., Bielefeld, 1975.

BELING. "Die Lehre vom Verbrechen", Tübingen, 1906 (Citado, Belling, L. v. V.).

BELING. "Besprechung von RG 23/69", en ZStW Bd. 18, pág. 271.

BERGEN. "Der Begriff des Mehrheitsdelikts und seine Bedeutung für die Teilnahmelehre", Diss. Univ. Greifswald, 1930.

BERNER. "Die Lehre von der Teilnahme am Verbrechen und die neueren Controversen über dolus und culpa", Berlin, 1847.

BLEI. "Strafrecht I", A. T., 16. Aufl., München, 1975.

BLESSE. "Grenzen und Formen der notwendigen Teilnahme", Diss. Univ. Marburg, 1928.

BRANDES. "Wann sind Teilnahmehandlungen straflos?", Diss. Univ. Göttingen, 1909.

DREHER. "Strafgesetzbuch und Nebengesetze", 35. Aufl., München, 1975.

FIERRO. "Teoría de la Participación Criminal", Buenos Aires, 1964.

FRANK. "Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich", 18. Aufl., Tübingen, 1931.

FREUDENTHAL. "Die notwendige Theilnahme am Verbrechen", Breslau, 1901.

72 Ello ocurre, por ejemplo, en los artículos 159, 161, 156 inc. 1, 164, 167, 172, 173, 236, 237 Cód. pen. o en los delitos de participación necesaria que sanciona la Ley de Protección al Consumidor.

73 Ello ocurre, por ejemplo, en los artículos 320, 321, 322, 323 Cód. pen. o bien, en el caso de que la eutanasia a que tendían los participantes quede como tentativa de homicidio (Art. 116 Cód. pen.).