
SENTENCIA N° 170 DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA.

SENTENCIA N° 170

MINISTRO REDACTOR :

DR. JUAN M. MARINÓ CHIARLONE.

Montevideo, veintiséis de agosto de mil novecientos noventa y ocho.-

DELIMITACION DE LA FIGURA DEL COMPLICE EN EL CONCURSO CRIMINAL

I. PLANTEO GENERAL

El supuesto de hecho sobre el que se expide la sentencia es el siguiente: el Sr. M.B. conducía un auto en el que viajaban otros dos, que no fueron detenidos en la causa. Se dirigieron a una estación de servicio y el Sr. M.B. aguardó en el vehículo, mientras los restantes, mediante amenazas de arma de fuego e inmovilización del sereno, sustrajeron dinero del comercio. A continuación de ello, los trasladó a otra estación de servicio, donde los otros partícipes intentaron, pero no lograron apoderarse del dinero, aunque sí amenazaron al sereno que allí se encontraba. Perseguidos por la policía, sólo el Sr. M.B. fue detenido. La cuestión derecho, de que se ocupa la sentencia de casación es la de determinar la calidad de coautor o de cómplice que el Sr. M.B. asumió en los hechos.

El autor de esta nota de jurisprudencia tuvo a su cargo el patrocinio de la causa, inclusive la instancia de casación, en que la sentencia se dictó.

Se hace esta puntualización inicial para prevenir al lector en el sentido de que los comentarios que siguen, dado que el patrocinante postulaba la solución de complicidad, no de coautoría, para el defendido, no pretenden instalar una "cuarta instancia" ante el público, cuando se han agotado las posibles ante la Justicia.

Por el contrario. Las reflexiones siguientes tocarán el tema de la delimitación del rol del cómplice de un modo general, a partir de las conclusiones del fallo de casación para el caso concreto. Los propios fundamentos del mismo, así como ulteriores meditaciones, me han llevado a modificar, en algún aspecto radicalmente, algunas conclusiones que había asentado en los planteos judiciales.

Sin embargo, el corno de la cuestión, que es el de decidir qué papel juega, **en general**, el partícipe que, si bien no actúa en el escenario ni en los actos por los que el delito se consuma, aunque sí lo hace en momento concomitante al de consumación del mismo, permanece intacto, en la medida en que se lo desvincule de las emergencias y de las particularidades concretas de este caso jurisprudencial.

En efecto. Como se ha visto, la solución de la sentencia de la Corte es la de sostener que uno de los actos del partícipe en cuestión, que consiste en el traslado ulterior de sus compañeros, alejándolos del lugar con el dinero sustraído en la rapiña, es indudablemente de aquellos que operan la consumación del apoderamiento con sustracción, por lo que, al ingresar como cooperación directa en el período de la consumación (art. 61, N° 3 del C.P.), es constitutivo de coautoría, no de complicidad.

Esta solución, si bien despeja la duda en el caso en examen, por fuerza de la aludida particularidad del mismo, deja de todos modos abierta la cuestión relativa a si esos mismos hechos realizados por el agente (traslado, espera y nuevo traslado), se verían como constitutivos de coautoría bajo toda circunstancia, esto es, también en aquellos casos en que el traslado de los otros concurrentes al delito no constituyera coopera-

VISTOS:

Para sentencia estos autos caratulados : "M.B.- Un delito de encubrimiento y dos delitos de rapiña en calidad de cómplice, uno de ellos en grado de tentativa en reg. de reiteración real - CASACIÓN PENAL", Fa. N° 159/97.-

RESULTANDO:

1) La sentencia definitiva de segunda instancia, dictada por el Tribunal de Apelaciones en lo Penal de 2do. Turno, falló : "Revocando la sentencia en cuanto a que M.B. debe responder por coautoría de dos delitos de rapiña, uno de ellos en grado de tentativa, y se le absuelve de la imputación del delito de encubrimiento, en cuanto a la pena que se fija en seis años de penitenciaría..." (fs. 107 a 108).

ción en la consumación del mismo. Baste pensar en lo que ocurriría si los otros partícipes, en lugar de cometer una rapiña, hubieran consumado homicidio, lesiones o violación (los que, notoriamente, se perfeccionarían sin necesidad del requisito de un traslado ulterior de los agentes), para que la perplejidad en torno al grado de participación del primero se renueve, ya no con relación al traslado ulterior, que perdería importancia dentro de un concurso subsecuente – desaparecida su idoneidad para constituir cooperación directa en un período en el que la consumación ya se ha operado – sino con relación al anterior y a la espera concomitante a la consumación del homicidio, lesiones o violación.

La sentencia, resolviendo correctamente la calificación de este partícipe como coautor, en función de la presencia de un componente contingente, enteramente dependiente de determinada tipificación delictual (en el caso, cooperación en el *apoderamiento*, que es el que consume la rapiña), no de toda calificación en general, da motivo, entonces, a preguntarse por la consideración en general de estos comportamientos no principales, sí convergentes intencionalmente a la comisión del delito, previos, o contemporáneos al período de consumación del mismo, pero que no constituyen en sí cooperación directa (art. 61, N°3) ni son actos sin cuya existencia el delito no se habría podido cometer (art. 61, N°4), lo que, en principio, los exoneraría de aptitud para constituir coautoría.

La investigación supone acudir al sistema dogmático emergente de la lectura de los arts. 59 a 62 del Código Penal, del que surgen soluciones que parecen indicar una transacción entre doctrinas diversas sobre la autoría, coautoría y complicidad en el delito. Sin olvidar que el Código realiza el añadido extradogmático de la peligrosidad, que es el criterio que subyace a la consideración de la figura del cómplice, a quien se ve, en principio, como el partiquino del delito, aquel que, por menor capacidad, asume los roles más modestos en el maleficio, por lo que, en principio, tiene una menor peligrosidad y, consecuentemente, menor responsabilidad penal, la que se lleva a un tercio de la pena que correspondería a los autores del delito. Por cierto que si este diagnóstico legal de escasa peligrosidad, que se adjudica legalmente al cómplice, es desmentido en la realidad por las emergencias de la causa, el art. 89 C.P., fiel a la directiva de defensa social que transcurre al código, permite llegar a la equiparación en la pena cuando el agente acuse "una visible mayor peligrosidad", por la forma de participación, los antecedentes personales y la naturaleza de los móviles.

El resultado es una verdadera mixtura de doctrinas que, en la turbulencia dogmática que genera, impide precisamente encarar la participación criminal del cómplice con un criterio único y coherente.

Esta nota buscará la delimitación de los respectivos roles de autoría, coautoría y complicidad, con especial acentuación del perfil del autor, en relación a quien se entorna la actividad de los restantes copartícipes.

II. EL ROL DE AUTOR EN LA DOGMÁTICA DEL CÓDIGO PENAL URUGUAYO

Una aproximación simplista al problema de la participación criminal podría ser, y, en efecto, lo fue, bajo la vigencia irrestricta de la teoría de la equivalencia de las condiciones para explicar la relación de causalidad,

II) En el pronunciamiento anterior, dictado por el Juzgado Letrado de Primera Instancia en lo Penal de 5to. Turno, se había fallado: "Condenando a M.B. como autor responsable de un delito de encubrimiento y dos delitos de rapiña en calidad de cómplice - uno de ellos en grado de tentativa -, en régimen de reiteración real, a la pena de tres (3) años de penitenciaría, con descuento de la preventiva sufrida y de su cargo los gastos procesales..." (fs. 82 a 85).

III) La Defensa del encausado a fs. 109 y ss. deduce recurso de casación en cuanto al fondo del asunto, y subsidiariamente en cuanto a la forma en relación a las causales referidas a la errónea valoración de la prueba que alega, ya que se les considere a las mismas en uno u otro tipo.

Indica que la recurrida, al imputar coautoría al causado y no complicidad, ha desconocido los arts. 61 numerales 3 y 4, y 62 del C.P., consecuentemente se violenta el art. 89 del mismo cuerpo legal al establecer la pena, y en cuanto a la valoración de la prueba - causal cuya procedencia funda en los arts. 5 y 6 del C.P.P. y 270 del C.G.P. - señala que se infringe el art. 174 del C.P.P., así como el principio de indivisibilidad de la confesión conforme los arts. 1.608 del C.C. y 241 del Código de Instrucción Criminal - norma esta última que entiende no alcanzada

la de sostener que la participación criminal consiste en una pura equivalencia de los aportes causales de cada partícipe del delito, conforme a la cual nunca podrían admitirse distinciones según grados, importancia o jerarquías de la contribución individual, dado que, por hipótesis, el aporte de cada uno tiene una inexorable condición igualadora con los restantes: sin él, el resultado del que depende la existencia del delito no se habría producido (procedimiento de supresión mental hipotética: si desaparece el hecho individual, el resultado no se habría producido en el modo, lugar y tiempo en que efectivamente se produjo). Según la teoría de la equivalencia de las condiciones no podría haber sino autores. Como decía un autor alemán, HEIMBERGER: "la ley no puede obligarme a distinguir allí donde no existe la capacidad de hacerlo"¹)

Sin embargo, nuestro Código es de otra opinión y admite, por el contrario, una división del trabajo en la concurrencia delictual, donde existen aportes de importancia desigual y jerarquizable, así como una subordinación o **accesoriedad** de las conductas de quienes convergen intencionalmente al delito, respecto de una figura principal, nuclear y protagónica, que es la del **autor**.

El art. 59, inciso primero del C.P. así lo dice: "Son responsables del delito, además del autor, todos los que concurren intencionalmente a su ejecución, fuere como coautores, fuere como cómplices".

Es clara, entonces, la importancia de determinar la esencia de esta figura rectora del autor, en torno a la cual se ordenan accesoriamente las otras.

Es obvio que cuando el delito es obra de una sola persona ninguna dificultad existe para distinguirla y designarla como la autora del mismo. Hay un único protagonista en el escenario, que es el que convoca toda la atención, por lo que la pregunta por las características que lo distinguen como protagonista sería ociosa, dado que él, simplemente, está ahí, cumpliendo en todo o en parte los actos típicos.

La pregunta por el autor surge, naturalmente, cuando, en lugar de una persona, existen varias que cooperan y convergen, con relevancia causal, a la realización de un delito que es el mismo para todos (unidad de partitura: aunque cada ejecutante de la orquesta toque o cante una melodía distinta, todos, en conjunto, ejecutan la Novena Sinfonía de BEETHOVEN). Dentro de esa nébula de actuaciones, la ley penal manda distinguir una figura protagónica a cuyo desempeño acceden las restantes: si no hay autor, no hay coparticipación criminal.

De modo que a esta figura de autor, que en solitario se presenta como evidente, *ictu oculi*, deberá, por el contrario, encontrársela, dentro de la urdimbre de conductas que significa un conjunto de personas realizando el maleficio, mediante un criterio señalizador.

Es así que diversas teorías han procurado distinguirla, ora acudiendo al **ánimo o voluntad** de que el delito se quiera como propio por alguno de los partícipes; ora a la **descripción típica de los actos consumativos**, que identificaría precisamente como autor a quien los realizara; ora a la **coincidencia con el momento de la consumación** en que se produciría la actividad del autor; ora a la **necesidad del aporte causal** del partícipe, aporte sin el cual el delito no podría haberse cometido; ora, en fin al **dominio del**

¹ Citado por ROXIN en su monumental obra sobre la autoría y dominio del hecho. Ha sido traducida por Joaquín CUELLO CONTRERAS y José Luis SERRANO GONZALEZ de MURILLO, Ed. Marcial Pons, Madrid y Barcelona, 1998. Pág. 22.

por el art. 1 del C.P.P. en tanto no se opone directa ni indirectamente a las disposiciones del mencionado código.-

Puntualiza - conforme la relación de hechos de la causa que practica - que implícitamente se desprende de los pronunciamientos que el momento de consumación de la primer rapiña operó con el despojo, y la huida lo fue en fase de agotamiento de un delito ya consumado; de forma tal que la Corporación se encontraría habilitada para pronunciarse sobre la calificación de los hechos y estimar si la contribución del encausado, mediante el traslado de los restantes partícipes luego de consumado el ilícito, es constitutiva de coautoría o simple indicio de complicidad.

Discrepa con la calificación de coautoría practicada, señalando que la recurrida no menciona concreta y específicamente en cuáles de las cuatro hipótesis legales de comportamiento de coautor queda atrapado M.B., no resultando las inferencias que pueden extraerse suficientes.

Así, ubicados en el numeral 3ro. del art. 61 del C.P., se puntualiza que se requiere una cooperación directa en el período de la consumación, y en relación al carácter de directo - citando la nota respectiva del Codificador - indica que se presenta cuando el coautor interviene como causa física

hecho, que definiría al autor como aquel que retiene en sus manos el curso causal del hecho, aquel que decide el *si* y el *cómo* del delito.

Como se ve, la mayoría de estas doctrinas (la excepción es la denominada objetivo formal, que destaca el rol de autor en la realización de los actos consumativos) intenta delimitar la autoría a partir de criterios materiales, subjetivos u objetivos, pero, en todo caso, desvinculados de una formulación o descripción legal de ellos.

El Código, si bien ha seguido, a mi criterio y con las necesarias correcciones, la teoría objetivo formal, no ha dejado de tener en cuenta algunas de las restantes para delimitar hipótesis, no ya de autoría, sino de **coautoría**: el criterio temporal de coincidencia de la cooperación con el momento consumativo se ha seguido, con el importante agregado de que esa cooperación debe prestarse **directamente**, en el art. 61, N° 3 C.P., aludido en la sentencia en comentario. El criterio de la contribución causal necesaria, esto es, la cooperación (en fase preparatoria o ejecutiva) mediante un acto sin el cual el delito no se hubiera podido cometer designa otra figura de coautoría en el art. 61, N° 4 C.P..

El criterio temporal aparece también para delimitar la autoría (art. 61, N°3 C.P.) y la complicidad, en el art. 62 C.P., la cual es cooperación moral o material al delito "por hechos anteriores o simultáneos a la ejecución, pero extraños y previos a la consumación".

En lo siguiente, en este tema de delimitación de la autoría, haré referencia a alguna de las teorías indicadas.

A) La teoría subjetiva

Bajo el imperio irrestricto de la teoría de la equivalencia de las condiciones, pero frente al texto del Código penal alemán, que, pese a todo distinguía entre autores, instigadores y cómplices, esta característica singularizadora pretendió verse, no en lo objetivo, dado que, como ya se ha dicho, si todas las condiciones se equivalían, si la falta de una de ellas, cualquiera fuese, determinaba que el delito no se pudiera haber cometido, el rasero causal igualador imposibilitaba que, ante un homicidio, por ejemplo, se distinguiera entre quien prestó el arma, quien atrajo a la víctima al lugar y quien, en definitiva, apretó el disparador y dio muerte. El resultado muerte no era concebible si se suprimía una cualquiera de estas contribuciones. Es muy claro que el destaque de la persona del autor no podría hacerse desde la perspectiva de su aporte objetivo, sino a partir de una característica subjetiva individualizadora, que se creyó ver en lo que se llamó el *ánimo de autor*. Esto significaba que debía señalarse como tal a aquel que quisiera el delito como propio, a diferencia de quienes sólo querían participar en el delito ajeno.

Sin embargo, la teoría conducía rápidamente a resultados absurdos, dado que, en el homicidio por encargo, por ejemplo, sólo sería autor el comitente - que era quien efectivamente quería la muerte de otro como deseo propio - con olvido de que quien había ejecutado enteramente el homicidio - quien había dado muerte, en los términos del art. 310 C.P. - no había sido éste, sino el asesino a quien se había comisionado para dar

en el período de la consumación : en consecuencia el aporte causal del coautor debe pensarse dentro de los parámetros de una actividad comprendida en el verbo típico, de modo que este interviene realizando con otro u otros la totalidad de la materialidad del delito o tomando una parte de ella.

En el caso, la cooperación del encausado debería haber sido un acto directo de colaboración en las amenazas o en la sustracción, pero su presencia concomitante fuera del lugar en que unas y otra ocurrieron, y su consecuente ausencia de cooperación típica , carece de toda posibilidad de verse bajo la impronta del acto directo de cooperación o causa física de la violencia y despojo sufridos por la víctima.

Agregando que, cualquier otra interpretación del giro legal directamente como referido a los actos típicos consumativos, tendría la virtualidad de llevar a la evanescencia los contornos de la conducta punible como amplificadora del tipo penal , agravando el principio de legalidad, y que resulta evidente que la referencia modal comprendida en el término directamente, no puede significar otra cosa que una colaboración basada en la división del trabajo dentro del núcleo típico : conclusiones que son respaldadas por las amplias citas doctrinarias que practica.

muerte y que, efectivamente, la había dado. Sin embargo, como este último no quería el hecho como propio, resultaba absurdamente excluido de la autoría.

B) La teoría objetivo formal. Sus modificaciones.

Es así que, en abandono de esta teoría, y sin duda alguna por la simple lógica que se desprende de la lectura de los textos legales que regulan el concurso de delinquentes, se enuncia la *teoría objetivo formal*, según la cual el concepto de autor se determina atendiendo al núcleo del verbo típico y, por tanto, será autor quien realice las acciones descritas en las figuras delictivas de parte especial. El rol de autor lo da el propio verbo del delito: es tal la persona que lo conjuga.

La teoría es objetiva porque deduce la autoría a partir de los actos objetivos cumplidos por el agente, en lugar de hacerlo desde la perspectiva del querer del mismo; es formal porque no acude a una cualidad intrínseca de los actos de rol, sino a la calificación y sentido que la ley les otorga, a su aptitud para adecuarse típicamente a aquellos por los cuales el delito adquiere su ser completo.

Esta parece ser la tesis seguida por el Código en el N° 1 del art. 60: "Se consideran autores: 1° Los que ejecutan los actos consumativos del delito".

Sin embargo, la doctrina, así enunciada y sin modificaciones, es incapaz de resolver todas las cuestiones.

Así, por sí sola, no puede explicar los casos de *autoría mediata*, que ocurren cuando el agente, en lugar de ejecutar por sí mismo el verbo del delito, lo ejecuta a través de otro, que actúa inculpablemente o, más ampliamente, de modo no punible.

La enfermera que, sin saberlo y por orden maliciosa del médico, suministra una inyección letal a un paciente, sería autora de homicidio, en cuanto es ella quien conjuga el verbo "dar muerte". Si se hiciera descansar todo el criterio de distinción en la pura circunstancia de que es ella quien conjuga el verbo típico, para constituirla en autora, se dejaría totalmente de lado el carácter plena y absolutamente **instrumental** que la enfermera ha tenido en la emergencia, eclipsándose concomitantemente la figura de quien precisamente ha actuado sirviéndose de una persona, como podría haberlo hecho de un objeto cualquiera, para consumir el delito.

Es cierto que la doctrina en cuestión se ha defendido alegando que, de acuerdo al sentido de las palabras de la ley, en el que decisivamente se involucra el rol de autor, debe considerarse homicida tanto a quien da muerte directamente como a quien lo hace a través de un instrumento humano.

De acuerdo a esto, sería el propio lenguaje legal, su intelección según su sentido natural y obvio, el que determinaría la condición de homicida de una persona.

Esta mutación de la teoría, en definitiva, lleva peligrosamente a establecer un tipo de autor, en lugar de un tipo de delito. Por otra parte, en los casos en que el instigado a cometer el delito actúa culpablemente y no como simple instrumento del instigador, la doctrina continuaría denominando *autor* al sujeto que determina al otro a cometer el delito, en tanto el Código (art. 61, N°1) lo considera *coautor*.

Por su parte, cuestiona las consideraciones de la Sala para la delimitación de la coautoría en relación a la conducción del vehículo, el pleno conocimiento de lo que se haría y de que estaban armados. Así, indica que la conducción hasta el lugar de los hechos no es un acto de cooperación prestado en el período de la consumación sino en una instancia previa : y, respecto al conocimiento, se señala que ha sido admitido desde el inicio, pero no es en sí configurador de coautoría, sino enunciación de los principios de convergencia intencional y unidad del delito hacia la que se opera la convergencia, sobre los que se sustenta toda participación criminal.

En relación al numeral 4to. del art. 61, conforme la cita que realiza, manifiesta que imprescindible no equivale a útil o a un hecho que haya facilitado la realización del ilícito. Y, en tal sentido, la actividad del encausado en forma alguna era imprescindible para la ejecución, sus actos de cooperación no son de naturaleza tal que sin su mediación el delito no se hubiera podido cometer, ni el traslado hacia el lugar del hecho, ni la promesa de facilitar la huida presentan tal carácter.

Pero, decisivamente, la modificación parece innecesaria, dado que, con mejor sentido práctico, ya la ha hecho la ley: el art. 60, N°2 C.P. considera también autores a: "Los que determinan a personas no imputables o no punibles a cometer el delito".

La teoría formal objetiva tiene dificultades también para relevar el papel de autor en los casos de pluriparticipación en aquellos delitos de resultado denominados de *causalidad pura*, es decir, aquellos en que se reprocha al agente la causación de un resultado, cualquiera haya sido el modo en que el mismo se hubiera provocado. Así, los delitos de homicidio, lesiones, daño, etc..

Tomo un ejemplo de ROXIN: "el supuesto en que el varón A y la mujer B han decidido envenenar a C, y en que A mezcla veneno en la sopa mientras que B despliega todos los atractivos de su oratoria para distraer a C del extraño sabor de la sopa".

Desde la perspectiva de la teoría formal objetiva, dice ROXIN, A sería autor y B cómplice, pero "estas soluciones no convencen. Cuando en el caso del envenenamiento A y B cooperan en plano de igualdad y sus aportaciones al hecho se complementan de modo que sólo juntas pueden producir el resultado, su comportamiento forma, con vistas al fin pretendido, una unidad de sentido que no cabe escindir sin arbitrariedad en distintas categorías jurídicas"².

De todos modos, es visible que, de acuerdo a nuestro derecho, la actuación de B, quien coopera directamente con A en el período de la consumación, o en la ejecución (según sea el grado de rapidez con que actúe el veneno) no podría verse como figura de complicidad, sino de coautoría, igualada en penalidad a la autoría (art. 88 C.P.). De modo que la teoría formal objetiva, en el caso, se bastaría para identificar al autor y los agregados del art. 61, N°3 y 61, N°4 complementarían la delimitación de B como coautora.

Mayores dudas podría plantear el caso de laboratorio en que A y B suministran a C, de concierto, pero en forma separada, dosis de veneno insuficientes individualmente para dar muerte, pero sí aptas para hacerlo en conjunto.

Por cierto, y valga la digresión, existe aquí y ante todo un aspecto de causalidad que no puede afirmarse con el mero empleo de la teoría de la equivalencia de las condiciones, sino con la teoría de la imputación objetiva del resultado (porque, efectivamente, si se suprime mentalmente una cualquiera de las condiciones, al ser individualmente insuficientes las dosis para dar muerte, el resultado no se habría producido). Pero, afirmada la relación de imputación objetiva del hecho a los partícipes, se advierte que tal vez en casos como éste sea necesario un criterio ulterior de especificación del rol de autor, dado que ni A ni B, individualmente, dan muerte (aisladamente, ninguno cumple el verbo por el que el delito se consuma, en la medida en que acción de cada uno es en sí misma insuficiente, por hipótesis, para ocasionar el resultado) y, por consiguiente, ninguno ejecuta individualmente los actos consumativos, aunque ambos son recíprocamente conscientes del aporte causal del otro, cuentan con dicho aporte causal, quieren la muerte y la logran. Negar la existencia de un autor en tales circunstancias sería derechamente absurdo. Pero para encontrarlo es menester agregar

² ROXIN, ob.cit., pág. 55.

Las consideraciones de la Sala en relación a que quienes idearon los hechos contaban con su colaboración, que entendieron como fundamental, resultan a su entender sin base, máxime en función del propio relato confesorio que invoca. De forma tal que, el Tribunal no ha valorado acertadamente la única prueba de que dispone en relación al interior mismo de la coparticipación criminal, y ha extraído infundadamente una conclusión gravosa para el procesado.

Solicita la anulación de la recurrida por vicios de fondo, y en su lugar, se considere al condenado como cómplice de un delito de rapiña consumado y de otro tentado, dictando una condena de no más de tres años ; o en subsidio, por razones de forma, se anule la impugnada, remitiéndose los autos al tribunal que deba subrogar.

IV) Conferido traslado al Sr. Fiscal Letrado Nacional en lo Penal de 3er. Turno lo evacuó postulando, por los fundamentos que expuso, se rechace el recurso interpuesto (fs. 123 - 128).

V) Conferida vista al Sr. Fiscal de Corte, éste se expidió considerando que corresponde el rechazo del recurso ; finalmente se convocó a las partes para sentencia, acordándose la misma en forma legal y oportuna.

un nuevo elemento que permita la especificación de rol y tal elemento parece que puede ser aportado por la teoría predominante en la actualidad, para discernir la autoría, que es la **teoría del dominio del hecho**.

C) La teoría del dominio del hecho

Según la misma, es **autor** aquel que tiene el **dominio del hecho**, esto es, quien **retiene en sus manos el curso causal del acontecimiento, o la configuración predominante y central del mismo**. En otras palabras, el que decide el *si* y el *cómo* del delito y, consecuentemente, quien determina que el mismo se cometa o no.

La referida doctrina implica que el dominio del hecho puede darse en tres ámbitos: dominio de la **acción** (realización de propia mano de todos los elementos del tipo, en lo que coincide con la teoría formal objetiva), dominio de la **voluntad**, que son los casos de autoría mediata y, finalmente, dominio **funcional**, en aquellos casos de cooperación en la ejecución del delito.

En el último ejemplo, de aporte de dosis de veneno que, en conjunto, producen la muerte, A y B serían autores, por cuanto es muy claro que tanto el uno como el otro retenían en sus manos el curso causal del acontecimiento, la posibilidad de que el hecho continuara o cesara. Ambos tenían el dominio funcional del hecho.

La teoría del dominio del hecho puede ser útil, a mi criterio, para establecer el límite entre autoría y participación respecto de los delitos de pura causalidad, cuando, de la actuación de varias personas, cada una de las cuales ponga una condición del resultado, el verbo en sí resulte insuficiente para destacar una figura central del hecho, al interno del desempeño causal. En tales casos podría admitirse como distintivo, el criterio del dominio del hecho.

Ello, sin perjuicio de puntualizar que el rol de autoría, aun en los delitos de resultado de pura causalidad, no siempre aparece en promiscuidad con los restantes roles, sino que es posible destacarlo, sin más, de conformidad al sentido del verbo: cuando A apuñala a la víctima, en tanto B la sujeta para impedirle toda defensa, es visible que quien da muerte es A, y por tanto, es autor, mientras que B coopera directamente en el período de la consumación, con lo que se presenta como coautor, de acuerdo al art. 61, N°3.

De modo que, *prima facie*, en una primera aproximación, parecería que el lugar para la teoría del dominio del hecho, vistas las adaptaciones que en sede de autoría mediata y de coautoría presenta la doctrina objetivo formal, sería subsidiario, para los casos en que el sentido del verbo impida determinar a ciencia cierta un rol de autoría verificado en determinada persona entre los partícipes. Esto sin perjuicio de lo que se expresará en sede de coautoría.

Pero en los restantes delitos que no se configuran como mera causación de un resultado, el sentido de las palabras de la ley, identificando y separando al autor de los restantes concurrentes, parece suficiente para predominar por sobre toda otra consideración.

CONSIDERANDO:

I.- La Suprema Corte de Justicia, por unanimidad, desestimaré el recurso interpuesto en tanto los agravios articulados en la recurrencia, no resultan de recibo.

II.- La Corporación debe abocarse al estudio de la correcta aplicación de las disposiciones legales sustento del fallo y que la Defensa aduce como infringidas (arts. 61 y 62, Código Penal) que regulan el tema de la participación criminal o como lo titula el Código "Del concurso de delincuentes".

Viene al caso precisar que, tal y como lo ha sostenido este Organo en Sent. N° 49/93, los elementos típicos del referido concurso son : "...a) identidad de delito, pues no puede existir coparticipación sin que exista un delito, por lo menos en grado de tentativa.

Ese delito o tentativa, debe ser único para todos los partícipes, su obra en común, por lo que es idéntico para cada uno de ellos.

b) principio de ejecución : debe existir por lo menos un comienzo, lo que sitúa la conducta de los concurrentes en la etapa de la tentativa o en la preparatoria, cuando se trata de los delitos en

De este modo, dentro de un esquema de división de tareas en la realización del delito, como puede serlo, por ejemplo, la rapiña, será autor quien realice los actos consumativos del mismo, que consisten en el apoderamiento de cosa ajena mueble, y serán coautores quienes cooperen directamente en el período de la consumación (art. 61, N°3), por ejemplo, mediante ejercicio de violencia o amenazas, que es la modalidad que da vida al delito mencionado.

III. LA COAUTORÍA

Junto al autor, el Código, en el art. 61, establece los posibles roles de coautores, equiparados en responsabilidad al autor ("salvo las circunstancias de orden personal que obligan a modificar el grado, art. 88 C.P.), en tres divisiones: por instigación (art. 61, Nos. 1 y 2), por cooperación directa en el período de la consumación (art. 61, N° 3) y por cooperación, en etapa preparatoria o ejecutiva, mediante un acto sin el cual el delito no habría podido cometerse (art. 61, N°4).

Al igual que en la tarea de delimitación del rol de autoría, la que se haga con respecto a la coautoría permitirá concomitantemente relevar la de la figura del cómplice, por exclusión.

A) La coautoría por instigación

Es, genéricamente, la determinada en el N° 1 del art. 61 C.P.: coautores son los que determinan a otros (en la medida en que sean imputables y punibles). En otras palabras: coautoría por instigación es la determinación dolosa a la comisión dolosa de un delito ³.

El N° 2 del art. 61 no es sino una especie de instigación, dado que se considera coautores a: "Los funcionarios públicos que, obligados a impedir, esclarecer o penar el delito, hubiesen, antes de la ejecución y para decidirla, prometido encubrirlo".

B) La coautoría por cooperación directa en el período de la consumación

El art. 61, N°3 C.P. establece que son también coautores: "Los que cooperan directamente en el período de la consumación".

³ Así lo dice el art. 25 del Código penal alemán: "Es castigado como autor quien comete el hecho por sí mismo o por otro". Ello en armonía con el art. 26, que castiga como instigador, equiparado en pena al autor, a quien dolosamente ha determinado a otro al delito cometido dolosa y antijurídicamente.

que se castigan por excepción, esos actos u otras formas iteradas anteriores a la tentada. Esto es indiscutible dentro de nuestro derecho positivo porque el código describe formas de codelinuencia por participación en la etapa preparatoria (art. 61 nal. 4 y 62).

c) *convergencia de conductas*: el delito es obra común hacia la que convergen las conductas de todos y cada uno de los partícipes. Para que exista codelinuencia es preciso que todos cooperen en la realización de un delito único, pero la parte que cada concurrente cumple debe constituir la parte del todo que es el delito. Cada partícipe responde por su culpabilidad en el hecho. (CARRARA, "Programa de Derecho Criminal", párrafo N° 435; SOLER, "Derecho Penal Argentino", Buenos Aires 1963, T.2, pág. 260 y BAYARDO, "Derecho Penal Uruguayo", T. 3, Pág. 57).

d) *relevancia causal de las conductas*, porque cada una de ellas debe tener co-eficacia respecto al sistema de los antecedentes de que parte. Una conducta es eficaz porque ha impulsado el surgimiento de otra que, en su defecto, no habría nacido o ha promovido, facilitado o asegurado su desenvolvimiento o por lo menos, se ha desarrollado en igual dirección que otra, o se ha concretado en una ausencia de acción que se esperaba que impidiera el resultado por quien tenía la obligación jurídica de garante;

El Código no suministra pautas para determinar lo que deba entenderse por *cooperar directamente*, aunque la referencia temporal, a que tal cooperación se preste en el *período de la consumación* ofrezca menos dificultades⁴.

Todo el fulcro de la separación entre conductas de cooperación principales (coautoría) y accesorias (complicidad) o, aun, entre conductas de cooperación punibles y no punibles se finca en la interpretación de un adverbio de modo: *directamente*.

Porque, bajo este aspecto, es muy claro que no cualquier acto de cooperación prestado en el período de la consumación tiene el carácter de **directo**. El Codificador explica este giro, en la nota respectiva, en el sentido de que el coautor interviene como "**causa física, en el período de la consumación**." (Énfasis agregado).

Pero es de notar que ninguna de estas dos expresiones es en sí misma suficientemente denotativa de lo que se ha querido definir, dado que, aplicada cada una de ellas a los casos de esas conductas marginales de cooperación en el delito - como lo son el aguardar en un vehículo, mientras los demás partícipes consuman el hecho, o el vigilar, en las mismas circunstancias - no se advierte si las mismas tienen el suficiente "enderezamiento" o "corporeidad" como para asumir respectivamente los caracteres de *cooperación directa* o de *causa física*, en el período de la consumación.

Se impone una mejor concreción de los conceptos, que permita separar, con la nitidez adecuada, los actos punibles de los no punibles y, dentro de aquéllos, los de cooperación principal (equiparados en pena a la autoría) de los de cooperación secundaria (que, en principio, se castigan con un tercio de la pena).

Una primera solución interpretativa sería la que se postulaba en la fundamentación del recurso de casación, esto es, pensar el aporte causal del coautor dentro de los parámetros de la actividad comprendida en la descripción típica, de modo que éste intervenga realizando con otro u otros la parte de conducta descrita, en cuanto no sea la consumativa, porque en tal caso devendría derechamente autor⁵.

⁴ Sin embargo, el criterio **puramente temporal**, según el cual la cooperación, para que sea coautoría en la hipótesis examinada, debe prestarse en el período de la consumación, no es, **de por sí suficiente**, sino que debe complementarse con el de la **modalidad** de la cooperación, como se señala en el texto. Piénsese, por ejemplo, en el caso de un sujeto que, sin tomar parte en el hecho, da exclamaciones de adhesión y apoyo a los golpes que otro sujeto enfurecido da a un tercero. Podrá decirse que existe una cooperación moral, pero la misma no se presta en momento anterior o simultáneo a la ejecución de las lesiones (lo que la descarta como complicidad), sino concomitante con la consumación. De modo que, si los actos de apoyo moral no constituyen una cooperación que se preste *directamente*, como no parece que lo constituyan, la consecuencia será la de su atipicidad: no serán bastantes a ingresar dentro de la ampliación de la tipicidad que es, en definitiva, la concurrencia intencional y accesoria de otras personas a los actos de un autor. Corolario: no toda cooperación al delito es participación criminal, ni siquiera aquella que coincide con el período de la consumación; como se dice en el texto, es posible que el criterio de separación entre lo punible y lo no punible radique en la interpretación de un giro adverbial.

⁵ En tal sentido señalo mi discrepancia de la Sentencia N° 109, de 27 de junio de 1994, del Tribunal de Apelaciones de Primer Turno, que considera *autores* a todos los partícipes en la rapiña a un banco, inclusive a aquellos que colaboraron desde el exterior en "asegurar a todos una pronta retirada, todo lo cual se cumplió, a pesar de la omisión relativa al bloqueo telefónico". La sentencia considera que éstos ni son coautores ni cómplices, sino, directamente, autores. El argumento en que se basa es "el perfecto concierto previo y la ejecución por parte de cada uno de ellos, de actos consumativos típicos del delito (a. 60 C.P.)". De la estructuración del delito de rapiña, dice el Tribunal, surge que la figura penal integra su materialidad con el despojo de la víctima por medio de la coacción física o moral que emanan de la violencia y la amenaza, y en su finalidad o móvil intencional, con el ánimo de lucro. "Con relación al primer aspecto - ejecución material - es indudable que sin violencias o amenazas contra la persona no existe rapiña, como tampoco llega a consumarse

e) intención de participar : o sea voluntad y conciencia de obtener el resultado criminal hacia el que se dirigen las actividades de cada uno de los partícipes. Es lo que dice el art. 59 : todos concurren intencionalmente a su ejecución.” (Cf. : CAIROLI, Curso de D.P.U., T. II, pág. 96/99).

III.- Ingresando a los agravios y, coincidiendo con el Sr. Fiscal de Corte, corresponde - en atención a la descripción que la Sala de mérito formula de los actos materiales cometidos por M.B. (“de cooperación en el período de la consumación”) - descartar toda posibilidad de encuadrar su conducta en el num. 4 del art. 61, Código Penal ; más allá de algunas consideraciones ambiguas de la Sala de que hace caudal la Defensa.

En consecuencia, el punto a dilucidar se plantea en términos muy concretos : si el que hacer delictivo de M.B. está comprendido en la hipótesis de co-autoría prevista en el art. 61 num. 3, Código Penal como fallo el Tribunal o, por el contrario, si lo está en la hipótesis de complicidad (art. 62 ibidem) como sostiene la Defensa.

La plataforma fáctica sustento del fallo recurrido, no controvertida, y que no es revisable en casación según constante jurisprudencia de la Corporación, establece que : “...M.B. realizó actos materiales de cooperación en el período de la consumación , como lo fue el conducir el automóvil

Según esta tesis, en el caso de la rapiña, sería autor quien se apodera de la cosa, al ser quien, en los términos del art. 60, N°1, ejecuta “los actos consumativos del delito”. Quienes ejercen violencia o amenazas serían coautores, por cooperar directamente en el período de la consumación. Y si fueran varios que cumplieran el apoderamiento, todos ellos serían autores.

Esta interpretación del giro legal “cooperación directa en el período de la consumación”, como división del trabajo **al interno de la descripción típica de la conducta** tiene la ventaja de ser garantista, en el sentido de que los actos por los que se coopera directamente en la etapa de la consumación estarían señalados en la propia figura delictiva, delimitados por ella en un doble sentido: hacia lo externo, la descripción evitaría la evanescencia de los contornos de la conducta punible, en el sentido de que, fuera de estos actos, descriptos y regulados en el tipo, no habría coautoría posible; hacia lo interno, porque estos actos típicos de coautoría dejarían de serlo tan pronto pasaran a ser ejecución misma de aquellos por los que el verbo consumativo se realiza.

Desgraciadamente, una meditación más detenida me permite advertir que este criterio de delimitación de la coautoría, que es el que el autor de esta nota postulaba como solución adecuada en la presentación en casación, no parece suficiente.

Por cierto, toda conducta típica (como, por ejemplo, la violencia o las amenazas) cumplida en el período de la consumación (el apoderamiento en la rapiña o el acceso carnal en la violación) ha de ser cooperación *directa*. Es imposible encontrar más cumplida adecuación al adverbio *directamente* cuando la propia ley ha tasado, medido y explicitado el acto por el que la modalidad se verifica.

Por la misma razón, todo acto de cooperación típico que se verifique, no ya en el período de la **consumación**, sino en el de la **ejecución**, derivará en coautoría, por conformidad al N°4 del art. 61 C.P., si fuere el caso de que el delito no hubiera podido cometerse, no ya *física*, sino, además, *jurídicamente*, sin el aporte típicamente relevante del partícipe que lo realiza.

Aplicada esta primera interpretación al caso, permitiría deslindar como **accesorias, configuradoras de complicidad**, aquellas conductas de quienes, como el caso del conductor del auto (siempre que, como ya se

el ilícito sin la sustracción o despojo de la propiedad mueble. Tanto o más eficaz resulta la conducta de quien amenaza a la víctima esgrimiendo un arma e inmovilizándola, que la de aquel que la despoja de sus bienes”.

No parece compartible la tesis expuesta que, basándose precisamente en el art. 60 C.P., que declara autor a quien ejecuta los **actos consumativos del delito**, extiende el concepto a quienes realizan los **actos ejecutivos** del mismo. Parece obvio que ni la existencia de concierto previo ni la eficacia causal de las violencias o amenazas autorizan a desnaturalizar la figura legal del autor, como quien realiza aquellos actos por los que el delito se consuma. Las violencias o amenazas no consuman el delito. La prueba definitiva de ello es que, si no hubiera existido apoderamiento, aunque sí violencias o amenazas, el delito habría quedado en tentativa. Por otra parte, la del concierto previo no es una exigencia particular que caracterice al autor, sino que debe darse en todos los partícipes, para que éstos sean tales. De modo que tampoco en este caso se advierte cómo una cualidad genérica puede por sí determinar la especificidad de un rol. Y ello más allá de que la expresión *dolo de participares* más comprensiva y correcta que la de *concierto previo*, dado que siempre que existe éste hay dolo de participar, pero puede haber dolo de participar sin concierto previo. La identidad de propósitos, la coincidencia de voluntades, invocadas por la sentencia, sólo podrían abandonar su carácter genérico, para pasar a privilegiar una situación específica mediante sacrificio del principio de homogeneidad (*Ens praeter necessitatis non esse multiplicanda*), esto es, suponiendo que un mismo elemento sea el que otorga, a la vez, carácter genérico y específico a un ente.

a los locales donde iban a perpetrar los ilícitos, los aguardó y luego los alejó de los lugares, resulta claro él mismo lo manifiesta, tenía pleno conocimiento de lo que iban a hacer, sabía que estaban armados, y como lo apunta el Sr. Fiscal también, que no era hurto ya que sabido es que las estaciones de servicio tienen sereno". (fs. 107 vto. / 108).

IV.- En función de esos hechos la tesis de la Defensa se sustenta en un erróneo concepto de las etapas finales del iter criminis referido a la consumación y agotamiento del delito afirmando que: "Ni el fallo de primera ni el de segunda instancia se pronuncian explícitamente esta vez acerca del momento consumativo de la primera rapiña, pero sí lo hacen implícitamente mediante el empleo de la expresión 'despojaron', lo que da inequívocamente a entender que la consumación operó en dicho momento (el del despojo), y la huida no fue sino en fase de agotamiento de un delito ya consumado." (fs. 109 vta.).

Tal desarrollo lleva a precisar cuál es el momento consumativo del reato imputado al encausado M.B..

Señala BAYARDO, analizando la figura de la rapiña propia, que: "El verbo que gobierna la figura es 'apoderarse', es decir trasladar la cosa ala esfera del propio poder, 'sustrayéndola', esto

dijo, el traslado no significara, por las particularidades del delito, cooperación directa en el período de su consumación), del "campana" y de, en general, todos aquellos que cooperan al delito al externo de su descripción típica, en forma material o moral, por actos anteriores o simultáneos a su ejecución pero extraños y previos a su consumación, de acuerdo al art. 62 C.P..

Pero, como el caso mismo de jurisprudencia lo demuestra, existen actos de cooperación directa, como lo es, sin duda, el traslado del autor del apoderamiento con sustracción de cosa ajena que, en el propio gerundio implicado, va creando la propia consumación. Y sin embargo, esta conducta de cooperación se cumple al externo de la descripción típica, por lo que, de ser de aplicación estricta aquel primer criterio puramente objetivo formal, que en su momento se postuló, quedaría impedida de derivar calidad de coautor al concurrente que la realizara.

Es claro que el resultado sería absurdo, al contradecir la letra y la lógica del art. 61, N°3, por cuanto el acto es indudablemente de cooperación *directa* en el período de la consumación. Aplicado al apoderamiento es, precisamente, el que lo hace posible.

De modo que aquella primera solución, en lugar de generar respuestas, engendra una nueva pregunta por un criterio que, a la vez, involucre en el adverbio *directamente* tanto a los actos cumplidos al interior de un *Tatbestand* como a los verificados al externo del mismo.

Reanudada la búsqueda, se advierte que la ayuda puede provenir de las notas del codificador al art. 61, donde se establece una equivalencia entre *cooperación directa* y *causa física*.

No parece involucrarse en la expresión una equivalencia entre ella y *relevancia causal de la conducta*, dado que esta última no es requisito específico para el coautor, sino una exigencia genérica para que la cooperación suponga participación criminal o convergencia intencional de conductas.

No se trata, entonces, de acudir a la mera causalidad de la conducta de cooperación, para constituir la en coautoría, porque ello supondría, además de una contradicción a la lógica, un peligroso retorno a la teoría de la equivalencia de las condiciones, donde todo se iguala y nada se distingue.

Pero el adjetivo que concreta la causalidad a lo *físico* deja fuera todos aquellos casos de cooperación puramente *moral* en el delito, prestados durante **el período de la consumación**. Quien aplaude y anima a otro, mientras éste golpea a un tercero, podrá cooperar en el período de la consumación, pero su cooperación no es **física sino puramente moral**, por lo que, sin escándalo, debe considerársela atípica e impune...aunque esa misma conducta, prestada en etapa de preparación o de ejecución de un delito, pudiera verse como la cooperación **moral** que verifica la **complicidad** (argumento del art. 62 C.P.)⁶.

⁶ La distorsión es evidente: pese a que la cooperación moral prestada en fase de consumación parece ser más incidente y decisiva que la prestada en fase previa (preparatoria o ejecutiva, en los términos del art. 62 C.P.), al no ser estrictamente una *causa física*, sería atípica y, consecuentemente, no punible; por el contrario, aquella cooperación moral de menor relevancia, por darse en etapa previa a la consumación, sería punible.

Felizmente, este tipo de distorsiones, que deja en evidencia la falta de una disposición incriminatoria, allí donde, con igual evidencia, debería existir, se salva acudiendo al principio de libertad (art. 10 de la Constitución y 1 del Código Penal), según el cual un acto, por inhumano que sea o parezca, no es penalmente punible sin disposición **legal** que así lo determine.

es, desapoderando o haciendo perder el poder de disposición dela cosa...”, agregando al abordar la consumación del delito que: “La modalidad de la rapiña propia...se particulariza porque la consumación tiene lugar apenas se opera el apoderamiento con sustracción, a causa de la violencia o de la amenaza. Por supuesto que si la vía de realización del delito se interrumpe por causas ajenas a la voluntad del agente, antes de que se opere el efectivo desapoderamiento de la cosa respectiva, se habrá configurado el delito en grado de tentativa.” (Derecho Penal Uruguayo, T. IX, Parte Especial Vol. VI, pág. 74 y 77).

La Corporación coincide con la puntualización del representante del Ministerio Público, al discrepar con la Defensa acerca del momento en que se consumó la rapiña de autos, pues la misma no puede situarse en el acto de la sustracción, como se argumenta por el Sr. Defensor, dado que la figura legal requiere el efectivo apoderamiento, concomitante al desapoderamiento y subsiguiente a la sustracción, que les permitió a los agentes el traslado del bien a la esfera de su propio poder, a su esfera de disposición, lo que acaeció con la huida del lugar del hecho en el vehículo conducido por el encausado M.B., posibilitando así la última etapa constitutiva del delito: por lo que su accionar encuadra en la hipótesis prevista en el num. 3º

Si se recluye el concepto a causalidad *física* también quedaría fuera de la coautoría la cooperación mediante una omisión, dado que - esto, en el estado actual de teoría de la omisión, parece indiscutible - el omitente no es **causante** de aquel resultado que debía impedir y no ha impedido, sino que el resultado **le es imputable**, a mérito, precisamente, de no haberlo impedido, en presencia de obligación y posibilidades de hacerlo.

La solución interpretativa, por otra parte, es, para el caso de omisión impropia (no impedir el resultado que se puede y debe impedir; art. 3 C.P.), confirmatoria de la solución específica legal, de la que deriva **autoría** en la persona del omitente. Con ello se quiere decir que, si bien se sustrae de la participación criminal a quien omite impedir un resultado que tiene obligación y posibilidad de impedir, al mismo tiempo se le hace ingresar en una vía independiente de **autoría**, por la mecánica combinada de los arts. 3 y 60 C.P.: a los efectos legales, el omitente es **equiparado al autor**, subrayándose que la equiparación es en lo *jurídico*, no, precisamente, en lo *físico*.

De modo que la omisión de impedir un resultado nunca podrá equipararse a causa física: o es simple omisión (por ausencia de obligación de impedirlo), irrelevante, o es omisión impropia, que tiene un tratamiento penal independiente del concurso criminal e identifica al omitente como autor.

Desde la perspectiva de la causalidad física, la omisión nunca podrá ser relevante, en el sentido del art. 61, N° 3, para constituirse en coautoría.

Aceptado esto, con todas las vacilaciones que la opinabilidad de la cuestión suscita, da la impresión de quedar poco espacio para la teoría del dominio funcional del hecho, a los efectos de operar la delimitación, dado que este dominio funcional identificará a un coautor cuando el verbo del delito admita una división del trabajo al interno de la *fattispecie*, con lo que se desvanecerá dentro del criterio formal objetivo; en cuanto a la cooperación desde el punto de vista material, el dominio del hecho deberá concretarse en un aporte causal *físico* en el período de la consumación.

Los actos de cooperación de quien traslada y espera a sus compinches en el automóvil no parecen constituir coautoría desde la doble perspectiva señalada: ni son ejecución o conjugación dentro de los verbos del delito, ni son intervención como causa física, aunque se presten en el período de la consumación (el aguardar

De modo que no sería admisible un argumento interpretativo *a fortiori*, según el cual, puesto que está castigado lo menos, debería también castigarse lo más, porque la *analogia in malam partem* no rige en derecho punitivo. Adicionalmente, la interpretación analógica desconocería el adverbio utilizado en el art. 61, N° 3, *directamente*, y su racional interpretación, en el sentido de *causa física*.

Por otra parte, la solución de esta última disposición podría llevar a una interpretación *abrogatoria* del art. 62 C.P.: puesto que la ley, inequívocamente no ha querido castigar lo más, no hay razón para entender que quisiera castigar lo menos.

Bien mirada, esta interpretación sistemática, que, en definitiva, diluye el concepto de *cooperación moral* (por cierto, bien diferente y ajeno al de *determinación* o *instigación*, que es y seguirá siendo coautoría) como penalmente relevante, probablemente constituya un bien para la libertad en el sentido de abolir un concepto, el de cooperación moral, cuya compatibilidad con el de *relevancia causal* exigible para que el acto ingrese a la categoría de concurrencia intencional al delito, es, en la mayoría de los casos problemática: qué sea la cooperación moral punible y cuál su relevancia en la comisión del delito, son extremos generalmente inverificables y en exceso subjetivos, por lo que las conclusiones al respecto devendrán necesariamente azarosas y vacilantes, en agravio al principio de legalidad y de taxatividad de la conducta.

del art. 61, Código Penal, prevista para los que “cooperan directamente, en el período de la consumación”.

La Corporación, siguiendo la jurisprudencia de los Tribunales especializados, en Sent. N° 12/92 sostiene “...que de dos maneras puede un sujeto hacerse coautor de un delito: por intervención parificada a la de los otros sujetos o por división de funciones”, y en esta última situación se encuentra el encausado M.B..

Circunstancias similares han dado motivo a una constante jurisprudencia de los Tribunales de mérito afirmando que, desde el punto de vista material, el comportamiento del que conduce el vehículo en que se traslada a otros partícipes para cometer rapiñas y luego huir, no resulta extraño a la consumación puesto que, en esencia, “hubo una cooperación directa en el período de la consumación.” (Sent. N° 5/94, T.A.P. 1er. T.; Cfr. Anuario Derecho Penal, T. III, pág. 21, caso 77; Rev. Derecho Penal N° 9, pág. 67).

La etapa de “delito agotado” a que hace referencia la Defensa y que responde a una creación doctrinaria no contemplada en nuestro Código, se ubica cuando el agente, además de realizar la acción delictiva, logra el resultado final que se propuso obtener mediante la realización del delito.

en el auto o vigilar, siempre que la vigilancia, por su ostensibilidad para la víctima, no se constituye en ejercicio intimidatorio, en amenaza típica). No importan, en definitiva, desde la perspectiva auxiliar de la teoría de ROXIN, **dominio funcional del hecho**, por cuanto es muy claro que ni el campana ni el conductor del auto deciden ni coparticipan en la decisión de si el hecho se comete o no.

Es claro, se reitera, que la zona demarcatoria entre coautoría y complicidad, desde el punto de vista material, se define, no tanto por un criterio de contemporaneidad, sino por un criterio **modal**, la cooperación, además de concomitante a la consumación debe ser directa. Y, para este criterio modal puede ser importante la teoría del dominio del hecho, en el sentido de descartar como **cooperación directa en el período de la consumación** aquellos actos que no importan dominio o condominio del hecho. En otras palabras: ni el campana ni el conductor retienen en sus manos el curso causal del hecho, la configuración central del acontecimiento, ni la decisión relativa a si el hecho se cometerá o no.

La interpretación de la doctrina uruguaya parece coincidir con el criterio que aquí se propugna (cooperación directa como equivalente de participación en la acción o acciones típicas).

Así CAIROLI (Curso de Derecho Penal Uruguayo, tomo II, pág. 105), en relación al tema de la coautoría por cooperación material, dice: “Es la que está prevista en el numeral 3 del art. 61, que dice que son coautores los que ‘cooperan directamente en el período de la consumación’. Ello supone colaborar con **actos directos** (énfasis agregado) para que se realice el delito, por ejemplo, A, B y C deciden rapiñar un comercio, A amenaza al propietario, B se dedica a revisar la caja y sustraer el dinero y C penetra en el interior del comercio donde viven los familiares de su propietario y los mantiene amenazados con un arma de fuego. En este ejemplo todos los actos son materiales y todos cometidos en el período de la consumación. Otro ejemplo, A viola a B y C, que es mujer, inmoviliza a la víctima B. C, aunque no ha violado es coautora de ese delito porque participó con actos materiales en la etapa de la consumación”.

El citado autor alude luego a la temática del “campana”, señalando que nuestra “reciente jurisprudencia ha variado los términos de evaluación respecto al campana, determinando que es un cómplice porque su actuación es **pasiva** en la consumación del ilícito, pero toda vez que se acredite que obró conforme al art. 61 con actos decisivos, será un coautor”.

CAIROLI (ob. cit. págs. 95 y 96) parece sostener inequívocamente tal posición cuando, al exponer sobre la participación según el grado, expresa: “*Copartícipes secundarios*: son los que cumplen una actividad anterior al período de la consumación, es decir, actúan en la faz preparatoria o ejecutiva (tentativa). Tradicionalmente a estos partícipes secundarios se les ha llamado cómplices porque cumplen una actividad no primordial, sino auxiliar, precisamente secundaria. Estas conductas secundarias pueden ser anteriores o simultáneas a la ejecución por parte del delincuente primario, de la que son como ya se dijo reiteradamente: accesorias. El secundario no mata o no hurta, no viola, no falsifica, sino que concurre con un acto material a la realización del homicidio o del hurto, de la violación o de la falsificación (art. 62 C.P.). De manera que no se sanciona al partícipe por la comisión de la acción principal, sino por la intervención que le cupo en el quehacer delictivo. Es innegable **que no conjugó el verbo nuclear** (énfasis agregado) sino que intervino en forma positiva en la realización de esa conducta típica con un aporte fáctico cumplido con sus propias manos”.

Si el delito se agotó o no, si el agente logró el último fin que se propuso al delinquir, carece de toda relevancia jurídica; pues - como señala BAYARDO - "...una vez reunidas las condiciones exigidas por la figura, una vez cerrado el ciclo del reato, este propósito criminal, no tiene virtualidad de especie alguna." (Derecho Penal Uruguayo, T. III, 2da. De., pág. 45).

En conclusión, la participación del encausado M.B. encuadra perfectamente en la instancia consumativa de la figura delictiva de acuerdo al núcleo típico y, en tal medida, resulta correcta la subsunción de las circunstancias de autos - conformantes de los hechos dados por probados - dentro de la hipótesis de coautoría prevista en el apartado 3º del art. 61, Código Penal.

En función de lo expresado, no se configura la alegada vulneración de lo dispuesto por los arts. 62 y 89 ejusdem, pues en la medida en que no se está en presencia de un supuesto de complicidad; estas disposiciones no resultan relevantes.

Finalmente, descartada la aplicación del numeral 4º del art. 61 del citado código, conforme la fundamentación ya expuesta, la consideración de los agravios estructurados sobre la vulneración de los arts. 174 C.P.P. y el art. 1.608, C.C., que suponen la aplicación del numeral mencionado, deviene innecesaria.

C) La coautoría por acto necesario en la preparación o en la ejecución

El art. 61, N° 4, considera coautores a quienes cooperan a la realización, sea en la faz preparatoria, sea en la faz ejecutiva, por un acto sin el cual el delito no se hubiera podido cometer.

SOLER (Derecho Penal Argentino, tomo II, pág. 277), sobre un texto legal casi idéntico al que luce en el art. 61, N° 4 C.P. destaca que la ley no califica como cómplice primario "al que presta una colaboración sin la cual el hecho **no habría sucedido**, sino al que ayuda con algo sin lo cual el hecho no habría **podido** cometerse. El juicio a formularse no es, pues, de naturaleza absolutamente mental e hipotético de eliminación, sino que se basa en el examen de la posibilidad que el autor en concreto tenía. La apreciación de la calidad de ese aporte dependerá, por tanto de su naturaleza **imprescindible** para los autores".

Es importante destacar la expresión **imprescindible**, porque ésta no equivale a un aporte simplemente útil, distinción que el propio código opera. No tiene la calidad de imprescindible un aporte que haya meramente **facilitado** la realización del ilícito. El Código ha distinguido estas situaciones en función de la eficacia de la colaboración del partícipe. Para que ésta sea elevada a coautoría es necesaria su imprescindibilidad (así, por ejemplo, entregar el número de combinación de la caja fuerte a quien cometerá el hurto ; sacarse la fotografía para integrarla al pasaporte falso ; entregar un arma letal a uno de los partícipes en una riña, etc.) ; para operar la comunicabilidad de las agravantes personales, por ejemplo, basta la utilidad (art. 52 C.P.).

El llevar y aguardar a los otros concurrentes del delito no parece, en principio, actividad que se vea como imprescindible para su comisión, no es, en términos del código, un acto sin el cual el delito no se hubiera podido cometer. Se trata de un hecho que puede suprimirse mentalmente, sin que se altere esencialmente la fisonomía de los acontecimientos.

IV. LA COMPLICIDAD

Como se advierte, la configuración precedente de los roles de autoría y coautoría ha decantado el del cómplice: es tal quien actúa en la etapa de preparación o de ejecución del delito, mediante actos de cooperación material o moral.

Se descarta, consecuentemente, que el acto prestado en concomitancia a la consumación del delito constituya complicidad: o constituye coautoría, si se trata, según lo dicho, de actos de cooperación directa, que constituyen a quien los presta en causa física del resultado, o son derechamente atípicos.

La cooperación material, prestada en la etapa de preparación o de ejecución debe, ante todo, **ser tal**, esto es, cooperación relevante (es clásico el ejemplo suministrado por la doctrina uruguaya, de quien entrega a otro, para que lleve a cabo el hurto en una finca, una ganzúa que el ladrón pierde, empleando en su lugar una llave falsa; en tal caso no hay complicidad), pero no al extremo de constituir la complicidad necesaria

Por los fundamentos expuestos, la Suprema Corte de Justicia FALLA:
DESESTIMASE EL RECURSO DE CASACION INTERPUESTO; COSTAS Y COSTOS DE OFICIO.

OPORTUNAMENTE, DEVUELVANSE. DR. JORGE MARABOTTO LUGARO, DR. RAUL ALONSO DE MARCO, DR. JUAN M. MARIÑO CHIARLONE, DR. MILTON H. CAIROLI MARTINEZ, DR. GERVASIO GUILLOT, MINISTROS DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA.

DR. RICARDO C. PEREZ MANRIQUE, SECRETARIO DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA.

analizada en el capítulo precedente, equiparada en nuestro derecho a la coautoría.

Y debe ser cooperación mediante un comportamiento activo, que signifique de algún modo relevancia y se inserte en el obrar común de los restantes partícipes. El mero “estar ahí” no constituye a nadie en cómplice, salvo que, **como garante, tenga el deber específico y la posibilidad de impedir el resultado del delito**, en cuyo caso tampoco será cómplice y podrá ser considerado directamente **autor**.

Fundamentalmente importante es decir que en nuestro derecho no existe, en principio, un deber general de impedir la comisión de delitos; es más, ni siquiera existe el deber de denunciar su comisión, sea la previa o la posterior. Ese deber se verifica sólo respecto de determinadas personas, como los funcionarios mencionados en el art. 177 CP, por ejemplo.

Sí existe – y vale la pena reiterarlo – el deber de impedir determinados resultados respecto de **determinadas** personas que, por su especial vinculación con un bien jurídico (piénsese en la figura del guardaespaldas, o de la famosa madre respecto del bebe) o con una fuente de peligro (piénsese en el guardavidas en una piscina o en el controlador de tráfico aéreo) aparecen colocados ante el derecho, y al decir de BINDING, **como una condición para que el resultado no suceda**. En tal sentido, decía BINDING, el omitente actúa en dos momentos contrapuestos entre sí: al asumir la posición de garante, se constituye en la condición de que el hecho no suceda; al omitir impedir el resultado, en el mismo acto de omisión, promueve la producción del daño, porque él mismo se ha quitado como condición de que no ocurriera.

La persona del garante, entonces, es plena y absolutamente diferente de la inactividad de quien simplemente contempla como **otros** cometen un delito.

A su vez, la cooperación moral que constituye al cómplice, debe transcurrir en un espectro que se explye desde un mínimo que podría ser ayudar al autor en su determinación y un máximo a partir del cual el consejo, instrucción o mandato se transforma en la cooperación generativa, que instala la coautoría por instigación.

El hecho del conductor o el del *campana*, que colaboran mediante actos que, en principio, simplemente facilitan, sin determinar o condicionar la ejecución del hecho, parecen ser entonces la sede de la complicidad.

GASTÓN CHAVES