

# SOBRE LA DISTINCIÓN ENTRE COMPLICIDAD NECESARIA Y NO NECESARIA EN EL DERECHO PENAL ARGENTINO: UN PROBLEMA SUBDESARROLLADO EN LA DOCTRINA Y JURISPRUDENCIA LOCALES

---

**Bruno Rusca**

Universidad Austral de Chile

bruno.rusca@uach.cl

<https://orcid.org/0000-0001-5460-9207>

<https://doi.org/10.26422/RJA.2025.0602.rus>

**Recibido:** 12/08/2025

**Aceptado:** 29/10/2025

## Resumen

La clasificación entre complicidad necesaria y no necesaria, conforme a la legislación argentina, resulta de crucial importancia, ya que es la única distinción que tiene relevancia respecto a la escala penal aplicable a los diferentes intervinientes en el delito. A pesar de su importancia, los criterios que, en la doctrina y jurisprudencia argentinas, se han propuesto para trazar esta distinción son, en su mayoría, problemáticos. En ocasiones, la calificación de cómplice necesario se funda en afirmaciones que no constituyen ningún criterio para trazar la distinción. En otras circunstancias, la calificación se apoya en distinciones que son cuestionables desde un punto de vista valorativo, pues conducen a considerar como complicidad necesaria conductas que no merecen esa calificación. Por último, a veces se utilizan criterios tan vagos que no se ofrece ninguna orientación para solucionar dicho problema. En líneas generales, el trabajo argumenta que este escenario da lugar a que la responsabilidad penal que se les atribuye a los cómplices sea con frecuencia demasiado severa, pues si se asume que —con el resto de las condiciones iguales, el ilícito del cómplice es menos grave que el del autor—, la equiparación de la pena entre ambos debería ser más bien excepcional.

**Palabras clave:** participación, complicidad necesaria, complicidad no necesaria, criterios de delimitación.

# About the Distinction between Substantial and Insubstantial Complicity in Argentinian Criminal Law: An Underdeveloped Topic in the Local Legal Theory and Judicial Practice

## Abstract

The classification between substantial and insubstantial complicity under Argentine law is of crucial importance, since it is the only distinction that is relevant to the penalty range to be applied to the different individuals involved in the crime. Despite its importance, the criteria that Argentinian scholars and judges have proposed to draw this distinction are mostly problematic. Sometimes, the label of substantial accomplice is based on assertions that do not constitute any criterion for drawing the line. In other circumstances, the classification is based on distinctions that are objectionable from a normative point of view, because behaviors that do not justify that label are considered as substantial complicity. Finally, sometimes the criteria used are so vague that no guidance is given on how to solve the problem. In general, this paper argues that this scenario results in criminal liability attributed to accomplices often being too severe, because if it is assumed that, all other things being equal, the accomplice's wrongdoing is less serious than that of the perpetrator, equating the two penalties should be rather exceptional.

**Key words:** accomplice, substantial complicity, insubstantial complicity, distinguishing criteria.

## 1. Introducción<sup>1</sup>

Joshua Dressler (2008, p. 429) afirma que el derecho penal norteamericano sobre participación criminal es una desgracia, porque el potencial castigo que prevé para el cómplice es igual al del autor, a pesar de que la culpabilidad de aquél pueda ser menor y su involucramiento en el delito menos importante. Aunque en la etapa de la determinación de la pena el juez tiene discrecionalidad para imponer al cómplice un castigo menor que al del autor, no hay ninguna regla que lo obligue a adoptar dicha medida, incluso cuando la contribución del cómplice al delito haya sido trivial (Chiesa, 2013, p. 485). La situación en el derecho penal inglés es similar. El art. 8 de la Accessories and Abettors Act de 1861, en su versión modificada, establece que el que ayude, incite, aconseje o procure la comisión de un delito será procesado, acusado y castigado como el autor de tal delito.<sup>2</sup> En la etapa de determinación de la pena, tampoco existe una norma que obligue al juez a reducir la pena por el solo hecho de que el condenado sea el cómplice y no el autor del delito (Du Bois-Pedain, 2020 p. 105).

1 El autor le agradece especialmente a Santiago Roldán por la lectura de una versión previa de este trabajo y por sus valiosas críticas y sugerencias.

2 Accessories and Abettors Act 1861. Disponible en: <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/Vict/24-25/94/section/8>

Si bien es frecuente que en los sistemas jurídicos pertenecientes a la tradición continental europea se establezca un castigo diferenciado para algunos de los intervenientes en el delito, el contraste entre ambas tradiciones jurídicas es menos notorio de lo que parece, pues no siempre las consecuencias de tales distinciones son tan relevantes. Así, por ejemplo, el ordenamiento jurídico chileno establece una atenuación obligatoria de la pena para los cómplices del delito, pero la definición de autor que adopta el Código Penal es tan amplia que la categoría de complicidad acaba por tener una aplicación muy limitada; paradigmáticamente, conforme a dicha legislación, se consideran también autores a los “que, concertados para su ejecución, facilitan los medios con que se lleva a efecto el hecho o lo presencian sin tomar parte de él”.<sup>3</sup>

Conforme a otras legislaciones, como el Código Penal español y el Código Penal argentino, la atenuación de la pena para los cómplices sólo rige respecto de aquellos que presten al autor una contribución no necesaria; o, expresado con las palabras de la ley, respecto de aquellos que cooperan con actos sin los cuales el delito igualmente se hubiera cometido.<sup>4</sup> Asimismo, aun respecto de una legislación como la alemana, que prevé una atenuación obligatoria de la pena para todos los cómplices del delito, ello solo rige para los delitos dolosos, pues, en relación con los delitos imprudentes, rige un sistema unitario de autor, en virtud del cual se consideran autores del delito a todos los que hayan realizado una contribución relevante para su comisión (Du Bois-Pedain, 2020, pp. 99-100).

Por último, aunque existan reglas de responsabilidad diferenciadas en la parte general, puede haber disposiciones aplicables a un delito en particular que unifiquen el tratamiento de los distintos intervenientes; así lo hacen, por ejemplo, el Código Penal chileno respecto a los delitos de alzamiento armado (arts. 121 y 122) y cohecho (arts. 248 a 250); y el Código Penal argentino, respecto del delito de traición a la patria (art. 214).

La tendencia a establecer las mismas consecuencias jurídicas para los distintos intervenientes en un delito es cuestionable si se asume la premisa de que el autor constituye el principal responsable del delito, o, dicho de otro modo,

<sup>3</sup> Así lo dispone el art. 15 del Código Penal chileno. Sobre el concepto de cómplice en el derecho chileno, véase Matus Acuña y Ramírez Guzmán (2021, p. 498).

<sup>4</sup> El artículo 28 del Código Penal español establece que también serán considerados autores del hecho “los que cooperan a su ejecución con un acto sin el cual no se habría efectuado”. El art. 45 del Código Penal argentino dispone que tendrá la pena establecida para el delito los “que prestaren al autor o autores un auxilio o cooperación sin los cuales no habría podido cometerse”.

si se considera que entre la autoría y la participación en sentido estricto existe una diferencia *cualitativa*. En este sentido, tanto por razones de carácter teórico como desde un punto de vista intuitivo, resulta difícil de negar que el hecho ilícito del autor sea, con el resto de las condiciones iguales, más grave que el de los demás intervenientes. En principio, pareciera que el que ayuda a otro a matar, por más relevante que pudiera ser esa ayuda, hace algo que no es tan grave como la conducta misma de matar; en consecuencia, sería sensato que la aplicación de la pena más grave quedara reservada para los autores de ese delito (Green, 2013, pp. 275-276).

Si bien la legislación argentina no ha seguido esta orientación, ya que no establece una atenuación de la pena para todos los cómplices, una interpretación adecuada de la regulación legal sobre la distinción entre complicidad necesaria y no necesaria podría ayudar a atenuar los efectos de tal defectuoso punto de partida. Si se asume que ser autor involucra la realización de un hecho ilícito *prima facie* más grave que el de los demás intervenientes en el delito, entonces debería aplicarse la categoría de cómplice necesario de modo *excepcional*, solo para aquellos en los que el aporte del cómplice sea tan relevante que lo haga casi equiparable a un autor; en todos los demás casos, la regla debería ser la aplicación de la categoría de cómplice no necesario. En líneas generales, el trabajo asume la defensa de este punto de partida interpretativo.

La estructura del texto se divide de la siguiente manera: en primer lugar, se presenta un apartado en el cual se ofrecen razones en apoyo de la premisa de que existe una diferencia *cualitativa* entre el hecho ilícito que realiza el autor y el de los demás intervenientes (1). Para ello, se recurre tanto a estudios empíricos sobre intuiciones acerca de la responsabilidad penal como a razones de carácter teórico, que permiten fundamentar tales intuiciones. En segundo lugar, se presentan los lineamientos generales que sigue la jurisprudencia y doctrina argentinas para distinguir entre cómplices necesarios y no necesarios. Luego de analizar las distintas fórmulas utilizadas para trazar tal distinción, se sostiene que, en la mayoría de los casos, los criterios empleados son deficientes, porque o bien no ofrecen ninguna orientación para distinguir entre ambas clases de partícipes o bien dan lugar a resultados que son valorativamente cuestionables (2). Posteriormente, se ofrecen algunas directrices que resultan orientadoras para solucionar el problema y que conducen a considerar como cómplices necesarios solo a aquellos intervenientes que realicen un aporte de *extraordinaria* relevancia (3). Por último, el texto culmina con un apartado de conclusiones, en el cual se presenta un resumen de las ideas centrales defendidas en el trabajo (4).

## 2. Sobre el menor disvalor de la complicidad

### 2.1 Intuiciones sobre responsabilidad de autores y partícipes

En un estudio realizado por Paul Robinson y John Darley (2018), se les pidió a los participantes expresar su opinión acerca de la responsabilidad que les atribuirían a los agentes en distintos escenarios que involucraban la intervención de dos personas en un hecho de homicidio.<sup>5</sup> En todos los casos, el escenario base trataba de una mujer que anhela la muerte de su marido, lo cual la haría una viuda rica; en ese contexto, un amigo de ella, que sabe de sus sentimientos, decide prestarle ayuda de distintas maneras para que ella lo mate. La mujer finalmente mata a su esposo, o, en otras variaciones del caso, ella intenta matarlo, pero no lo logra. Los participantes en el estudio debían asignar a ambos intervenientes en el delito —i. e., la esposa y el amigo— un valor en una escala de responsabilidad que iba desde el cero (no recibe pena) al diez (equivalente a prisión perpetua).

La ayuda que efectivamente le presta el amigo a la esposa varía en los distintos escenarios. Uno de ellos consiste en que el amigo escucha por casualidad que la mujer planea matar a su esposo e intenta encontrarse con ella para proporcionarle un arma, sin embargo, antes de que él logre dar con ella, la mujer ya había matado a su esposo [*failed attempt*]. En otra de las variantes, una vez enterado del plan homicida de la esposa, el amigo se limita a alentarla a seguir adelante [*encourages*]. En otra variante, el amigo le dice a la esposa dónde comprar el arma para llevar a cabo su plan homicida [*minimal help*]. En otro escenario, el amigo directamente le entrega el arma a la esposa, que ella utiliza para matar a su marido. En el escenario siguiente, la esposa ha intentado previamente conseguir el arma, pero sin poder lograrlo; el amigo le proporciona el arma y, además, dado que ella no sabe cómo usarla, le explica cómo debe dispararle a su marido [*substantial help*]. En otra variante del caso, el amigo le alerta a la esposa de que su marido sospecha del plan homicida y de que está a punto de volar fuera de la ciudad; por el oportuno aviso, ella logra llegar a su casa antes de que su marido huya y lo mata [*necessary help*]. Por último, otro escenario describe al amigo como un socio comercial del esposo, quien se vería favorecido con la liberación de una importante deuda en caso de que este

5 Los estudios realizados por Robinson y Darley tuvieron lugar en la Universidad de Rutgers, en 1990 y 1991. La metodología consistió en contactar a personas aleatoriamente, a quienes se les pedía que les atribuyeran responsabilidad al autor y al cómplice de un delito en distintos escenarios diseñados por los investigadores de acuerdo con una escala penal que les era proporcionada a los participantes. Para más detalles, véase Robinson y Darley (2018, pp. 219-225).

muriera. Enterado de que la esposa es infeliz con su matrimonio, el amigo le proporciona un plan para que ella lo mate y parezca un accidente; ella sigue el plan y mata a su marido [masterminds].<sup>6</sup>

Las distintas variantes del escenario base pueden ser descritas como una situación de incremento gradual del nivel de ayuda que el cómplice le presta al autor. Los participantes en el estudio de Robinson y Darley (2018) asignaron una responsabilidad mínima, cercana al límite inferior de la escala (1.15), en el escenario de intento fallido de ayuda [*failed attempt*]. Respecto de los escenarios segundo y tercero [*encourages* y *minimal help*], en los que el amigo se limita a alentar a la mujer o a indicarle dónde comprar el arma, los participantes le asignaron a aquel una responsabilidad en el límite medio de la escala (4.15 y 6.15, respectivamente). En los demás escenarios [*substantial help*, *necessary help* y *mastermind*], los participantes le asignaron al amigo una responsabilidad más cercana al límite superior de la escala (9.18, 9.21 y 9. 18, respectivamente); de todos modos, aun en estos casos, la responsabilidad asignada al amigo fue siempre menor en comparación con la responsabilidad que los participantes le asignaron a la esposa (10.12, 10.06 y 9.97, respectivamente).

Según Robinson y Darley (2018), los resultados del estudio muestran, por un lado, apoyo a una conclusión previsible: mientras mayor es el grado de ayuda proporcionado por el cómplice, mayor es la responsabilidad que se le atribuye. Ello sugiere que, para los participantes en el estudio, la responsabilidad del cómplice se relaciona con la importancia objetiva de su contribución al hecho del autor. Aunque tal conclusión podría parecer obvia, en realidad contradice la regulación del Código Penal Modelo de los Estados Unidos, que considera suficiente para atribuir responsabilidad como cómplice de un delito al que simplemente *intenta* ayudar al autor (Robinson y Darley, 2018, p. 41). Por otro lado, los resultados del estudio también contradicen la tendencia predominante en el derecho penal angloamericano de atribuir al cómplice el mismo grado de responsabilidad que al autor del delito. De hecho, incluso en el escenario en el que el amigo le proporcionaba a la esposa un plan y la convicción de cometer el homicidio [*mastermind*], los participantes en el estudio consideraron que la responsabilidad de aquel debía ser menor en comparación con la de ella. Como afirman Robinson y Darley (2018, p. 42), tales resultados brindan apoyo a una regulación que establezca un atenuante de la responsabilidad aplicable a la complicidad.

6 Sobre los distintos escenarios que se utilizaron para el estudio de complicidad, véase Robinson y Darley (2018, pp. 35-37).

## 2.2 Sobre las razones para atenuar la responsabilidad del cómplice

Aunque las intuiciones son un buen lugar para comenzar, hace falta algo más para fundamentar la premisa de que el cómplice realiza un hecho ilícito, al menos *prima facie*, menos grave que el del autor mismo. Siguiendo a John Gardner, la pregunta sobre el estatus moral de la complicidad puede formularse de la siguiente manera: ¿no debería preocuparse cada uno más acerca de lo que hace, acerca de sus propios hechos ilícitos, que de los de otras personas? ¿No es acaso más importante que, manteniendo el resto de las condiciones iguales, cada uno intente evitar sus propios hechos ilícitos que intentar evitar los que realizan los demás? Quienes responden a estas preguntas de modo afirmativo se denominan *relativistas* agenciales. Para un relativista agencial, entre la opción de ser cómplice y la de ser autor de un hecho ilícito, el agente debería darle un mayor peso a evitar cometer el hecho él mismo (Gardner, 2012, pp. 81-82).

La premisa de la que parte un relativista agencial se asienta sobre el fundamento de que cada uno tiene una relación especial y diferente con sus propias acciones que la relación que tiene con las acciones de los demás. Mientras que la relación con las acciones propias es directa, la relación con las acciones de los demás es indirecta, y el agente responde por estas últimas solo cuando, con sus propias acciones, él ha contribuido a ocasionarlas (Gardner, 2012, p. 92) Así, por ejemplo, tanto el que convence a otro de matar como el que le proporciona al autor el arma homicida, no hacen algo tan grave como el que finalmente decide apretar el gatillo. Y ello se debe a que entre la acción de convencer a otro para que mate, o la de proporcionarle el arma homicida, y la decisión final de dar muerte a la víctima falta todavía algo: la acción del autor. Todo esto puede expresarse de una manera más metafórica: aunque tanto el autor como el cómplice *causan* el hecho ilícito, mientras el autor trae el hecho ilícito al mundo por sí mismo, el cómplice trae el hecho ilícito al mundo por medio de la conducta del autor. Esta mayor lejanía de la conducta del participante respecto de la decisión final del autor de cometer el hecho ilícito no puede ser indiferente y necesariamente refleja la menor gravedad de la conducta de participación (Sancinetti, 1991, pp. 750-751).

En cambio, los que niegan la afirmación de que es peor ser autor que ser cómplice de un hecho ilícito se denominan *neutralistas* agenciales. La perspectiva del neutralista agencial se asienta sobre una premisa de tipo consecucionalista. De acuerdo con esto, lo que importa es la reducción global de los hechos ilícitos en el mundo, independientemente de que sea uno mismo u otro quien los cometan. Así como resultaría hipócrita preocuparse más acerca

de los hechos ilícitos de otras personas que de los de uno mismo, continúa el argumento, sería autoindulgente preocuparse más de que sea uno mismo el autor del hecho ilícito de que lo cometan otros (Gardner, 2012, p. 92). En última instancia, aunque un neutralista agencial no necesita negar que la distinción entre autores y cómplices es parte de la estructura de la agencia racional, sí rechaza la premisa de que es peor cometer el hecho ilícito —i. e., ser el autor— que contribuir con las propias acciones u omisiones al hecho ilícito de otro —i. e., ser un cómplice—.

Podría ilustrarse el argumento del neutralismo agencial con un conocido ejemplo propuesto por Bernard Williams (1973, pp. 98-99): Jim es un explorador que, en una expedición botánica, acaba de llegar por accidente a una plaza de una pequeña aldea de Sudamérica. Contra la pared, se halla un grupo de veinte nativos del lugar, quienes han sido detenidos por actos de protesta contra el Gobierno. El capitán que se encuentra a cargo de la operación le explica a Jim que los nativos van a ser fusilados para enviarles un mensaje a los demás pobladores sobre las consecuencias de protestar contra el Gobierno. Sin embargo, como Jim es un visitante honorable del extranjero, el capitán le ofrece a aquél el privilegio de matar a uno de los nativos. Si Jim acepta la oferta, como forma de celebrar el acontecimiento especial de su visita, el capitán liberará al resto de los nativos detenidos. En cambio, si Jim rechaza el ofrecimiento y se niega a matar a uno de ellos, no habrá ningún acontecimiento que celebrar y, en consecuencia, el capitán hará lo que estaba por hacer antes de que Jim arribara: matar a todos los detenidos.

La pregunta relevante no consiste solo en cómo debería actuar Jim, sino también acerca del tipo de consideraciones que deberían guiar su razonamiento para tomar una decisión ante tal dilema (Williams, 1973, pp. 99). Desde un punto de vista consecuencialista estricto, lo que importa *exclusivamente* es el estado de cosas que se produce como consecuencia del curso de acción que adopte Jim. Así, para esta perspectiva, debería ser irrelevante si dicho estado de cosas ocurre como resultado de lo que el agente hace directamente —en este caso, si el mismo Jim dispara contra un nativo— o si ocurre como resultado de lo que otros hacen como consecuencia de la acción del agente —en este caso, si el que dispara contra los nativos es el capitán porque Jim se niega a disparar—. Para determinar cuál es el comportamiento correcto en esas circunstancias, desde el punto de vista de un consecuencialismo estricto, lo único relevante es el estado de cosas que surge como resultado del curso de acción adoptado por Jim; esto es, cuál es la opción en la que mueren menos nativos, independientemente de

quién sea el que finalmente apriete el gatillo. Lo correcto, entonces, sería que Jim acepte el ofrecimiento y mate él mismo a uno de los nativos.

Como puede advertirse, la respuesta consecuencialista estricta da lugar al neutralismo agencial: finalmente, no debería hacer una diferencia moral relevante si el resultado surge de lo que hace directamente el agente, o si es consecuencia de que él no evite lo que otros hacen o de que él aliente o ayude a otros a ocasionar tal estado de cosas. Todo lo que importa es la contribución causal a un hecho ilícito, pues, para esta perspectiva, todas las conexiones causales están al mismo nivel, con abstracción de la clase de relación que el resultado tenga con la conducta del agente (Williams, 1973, p. 94). Como sostiene Gardner (2012, p. 92), pareciera que el único modo de sostener el neutralismo agencial es negando la premisa de que las personas tienen una relación especial y más directa con las propias acciones que con las acciones de los demás. Empero: ¿cómo podría ser igual para Jim que sea él mismo quien apriete el gatillo o que sea otro? ¿Cómo explicar los sentimientos desagradables que la mayoría de las personas moralmente sensatas experimentarían al tener que ser ellas mismas quienes maten a uno de los nativos? En este sentido, el neutralismo agencial, y el consecuencialismo estricto en que se fundamenta, conducen a una especie de alienación respecto de los propios sentimientos morales, como también a una alienación respecto de las propias acciones (Williams, 1973, pp. 103-104).

Ahora bien, aun si se diera crédito a un punto de partida que niegue la premisa de que el agente tiene una relación especial con sus propias acciones, todavía podrían ofrecerse razones de eficiencia en contra del neutralismo agencial. Y es que, *frecuentemente*, cada uno está en mejores condiciones de evitar sus propios hechos ilícitos que en evitar los hechos ilícitos de los demás, aún aquellos a los cuales el agente ha contribuido de algún modo a causar. En algún sentido, esta idea es la que está detrás del fundamento de la teoría del dominio del hecho: el que tiene el dominio sobre la realización del hecho ilícito, porque tiene en sus manos en mayor medida el control de que tal hecho ocurra, está en una mejor posición para evitarlo y le corresponde por ello una mayor responsabilidad. En cambio, tanto el que induce a otro a cometer un hecho ilícito como el que le presta algún tipo de ayuda para realizarlo carecen de un grado de control relevante sobre si ese hecho ocurre o no; esto es, resulta para ellos más difícil evitar su realización, por lo cual, manteniendo el resto de las condiciones iguales, les corresponde una menor responsabilidad.<sup>7</sup>

---

7 Esta es la razón por la cual diferentes autores cuestionan la tendencia legislativa extendida que equipara la pena del inductor a la del autor. A este respecto, puede verse Roxin (2014, p. 274), Sán-

En definitiva, si bien la premisa de la mayor responsabilidad del autor tiene simplemente a darse por sentada y no suele explicitarse su fundamento, existen buenas razones en apoyo de este punto de partida. Por un lado, la mayor responsabilidad del autor se explica por el hecho de que el agente tiene una relación especial y más directa con las propias acciones que con las acciones de los demás, o, expresado de otro modo, tales acciones le pertenecen de una manera más íntima que las acciones que realizan otros. Por otro lado, frecuentemente el agente está situado en mejor posición para evitar los hechos ilícitos propios que para evitar los hechos ilícitos de los demás, es decir, tiene en general un mayor poder de evitación en relación con el resto de los intervenientes. Además, como muestran los estudios realizados por Robinson y Darley (2018), la premisa de que al autor le corresponde una mayor responsabilidad también se apoya en los juicios intuitivos de las personas legas. Todas estas razones, en conclusión, permiten fundamentar la premisa de que, como regla general, debería atribuirse al cómplice una responsabilidad menor en comparación con la del autor.<sup>8</sup>

### **3. Sobre la distinción entre complicidad necesaria y no necesaria**

#### **3.1 Tratamiento de la distinción en la doctrina y jurisprudencia argentinas**

Como se ha explicado, el Código Penal argentino no establece una atenuación de la pena para todos los cómplices, sino únicamente para aquellos que se denominan “cómplices no necesarios”. La distinción entre complicidad necesaria

---

chez-Vera Gómez-Trelles (2012, p. 8).

8 Alguien podría argumentar que la equiparación de la pena entre autores y cómplices de un delito puede fundamentarse sobre la base de razones de política criminal. En concreto, aunque el cómplice merezca un castigo menor, imponerle una pena tan severa como la del autor serviría para lograr una mayor *disuasión*: menos personas estarían dispuestas a colaborar con el autor de un delito. Si bien tal conclusión es consistente con una perspectiva disuasoria de la pena, puede ser cuestionada desde otro punto de vista. En efecto, como demuestra un corpus importante de literatura empírica, la eficacia de derecho depende no solo de la probabilidad de imponer una sanción a quienes incumplen sus prescripciones, sino también de la coincidencia entre su contenido y las normas morales de los miembros de la sociedad. Si las normas jurídicas se apartan significativamente de lo que los ciudadanos consideran justo, la credibilidad del derecho y su capacidad para generar obediencia resulta debilitada. En este sentido, aunque castigar al cómplice con la misma severidad que al autor podría conseguir una mayor disuasión, también resulta contrario al modo en que los legos conciben la responsabilidad de autores y cómplices, lo cual afecta la percepción de las personas sobre la legitimidad de tal régimen jurídico. Por ello, no resulta claro que la equiparación de la pena entre autores y cómplices del delito sea en verdad conveniente desde el punto de vista de política criminal. Sobre la importancia de la valoración moral del derecho por parte de los miembros de la sociedad y su relación con el fenómeno de la obediencia del derecho, véase Tyler (2006, pp. 22-27). Agradezco a una evaluadora anónima por señalarme este problema.

y no necesaria que realiza la legislación argentina proviene de España, la cual ha sido adoptada también por la legislación de otros países de Latinoamérica, como Perú y Puerto Rico.<sup>9</sup> Según la terminología empleada por el Código Penal argentino, son cómplices necesarios los que prestan a los autores un auxilio o cooperación sin los cuales el hecho no habría podido cometerse. Son cómplices no necesarios, en cambio, los que “cooperen de cualquier otro modo a la ejecución del hecho y los que presten una ayuda posterior cumpliendo promesas anteriores al mismo” (art. 46). La pena aplicable a los cómplices no necesarios es la correspondiente al delito disminuida de un tercio a la mitad.

La cuestión que suscita mayor dificultad es determinar, por un lado, cuándo la ayuda del cómplice es una sin la cual el hecho no habría podido cometerse y, por otro lado, cuándo la ayuda del cómplice es una sin la cual el hecho igualmente habría podido cometerse. La redacción del artículo 45 del Código Penal argentino, que en lo sustancial es similar a la redacción de otras legislaciones, constituye una cláusula abierta, que requiere para su concreción de un amplio esfuerzo de interpretación. En efecto, aunque podría parecer que dicha cláusula brinda un criterio para distinguir entre cómplices necesarios y no necesarios, en realidad solo traslada la solución a otro nivel, pues queda por resolver en qué consiste exactamente un aporte sin el cual el hecho no habría podido cometerse (Chiesa, 2010, pp. 1172-1173). Incluso se ha llegado a sostener que, debido a dicha vaguedad, la determinación del carácter necesario o no necesario de la complicidad debía quedar a la libre discreción judicial (Zaffaroni et al., 2002, p. 804).

Ahora bien, es frecuente que los jueces empleen fórmulas para distinguir entre complicidad necesaria y no necesaria que no constituyen verdaderos criterios de distinción, pues, o bien se limitan a repetir lo que establece el art. 45 del Código Penal<sup>10</sup> o bien emplean términos que en realidad son sinónimos de “necesario” y que, por consiguiente, no aportan mayor precisión. Así, por ejemplo, en algunas sentencias se afirma que debe calificarse como cómplice

9 El Código Penal peruano establece que será reprimido con la pena del autor “el que, dolosamente, preste auxilio para la realización del hecho punible, sin el cual no se hubiera perpetrado, será reprimido con la pena prevista para el autor. A los que, de cualquier otro modo, hubieran dolosamente prestado asistencia se les disminuirá prudencialmente la pena” (art. 25). El Código Penal puertorriqueño dispone que se consideran autores los que cooperan con “actos anteriores, simultáneos o posteriores a la comisión del delito, que contribuyen significativamente a la consumación del hecho delictivo” (art. 44). En cambio, son cooperadores los que “cooperan con actos u omisiones que no contribuyen significativamente a la consumación del delito” (art. 45).

10 En este sentido, Cámara Nacional de Casación en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal, Sala III, *Traico Pablo y otros*, 29/08/2018 [10322/2014], voto del juez Mario Margariños.

no necesario a quien realiza una contribución que no es “indispensable” o “imprescindible” para que se cometa el delito o que no reviste el carácter de “esencialidad”.<sup>11</sup> En otra sentencia, se calificó como cómplice necesario a una persona que esperaba en el asiento del acompañante de un automóvil a otros tres hombres mientras estos cometían un robo con armas en una peluquería, pues, al permanecer en el vehículo y garantizar la huida, hizo un aporte “imprescindible” para la realización del hecho.<sup>12</sup> También en la doctrina pueden encontrarse afirmaciones en este mismo sentido que tienden a definir lo no necesario como aquello que no es indispensable o esencial (Bacigalupo, 2012, p. 531). El problema de estas fórmulas es que, en verdad, no aportan un parámetro para distinguir entre ambos tipos de complicidad, pues no proporcionan un criterio más preciso que permita valorar la distinta relevancia de los aportes de los intervenientes en el delito.

Asimismo, algunos tribunales emplean afirmaciones sumamente abstractas, por lo que no resulta claro cómo podrían servir para solucionar un caso particular, más allá de proporcionar una orientación muy general sobre la materia. A modo de ejemplo, a menudo se sostiene que es cómplice necesario el que contribuye a configurar lo “principal” del hecho o el delito en “su conjunto”; y cómplice no necesario, el que contribuiría solo a configurar lo accesorio.<sup>13</sup> Empero, si no se especifica la manera en la que puede determinarse qué es lo principal y qué es lo accesorio, tal distinción no aporta demasiado ni constituye un criterio de mayor utilidad que el sentido literal de la propia fórmula utilizada en el Código Penal.

En el mismo sentido, se afirma en algunas sentencias que la distinción entre los distintos grados de intervención en el hecho ilícito es cualitativa y, por consiguiente, “quienes hagan más serán autores y quienes hagan menos serán partícipes —y quienes hagan mucho menos serán cómplices o partícipes secundarios—”<sup>14</sup> Posteriormente, se sostiene: “Cuánto hace cada uno se valora según

11 Cámara Nacional de Casación en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal, Sala II, *Lagos Carlos Ariel y otros*, 30/08/2016 [61062/2013], voto del juez Luis Fernando Niño; Tribunal de Casación Penal de la provincia de Buenos Aires, Sala I, *Hernández Hanza Adrián*, 07/04/2016 [73986], voto del juez Daniel Carral.

12 Suprema Corte de Justicia de Mendoza, Sala II, *Rojas Zúñiga Horacio*, 03/03/2023 [13-06937908-1], voto del juez José Valerio.

13 Cámara Nacional de Casación en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal, Sala III, *Traico Pablo y otros*, 29/08/2018 [10322/2014], voto del juez Mario Margariños. Cámara Federal de Casación Penal, Sala IV, *Figueroa Susana*, 29/06/2017 [40066/2013], voto del juez Mariano Borinsky.

14 Suprema Corte de Justicia de Mendoza, Sala II, *Lacroux Carreño*, 14/08/2023 [2392], voto del juez Omar Palermo.

el peso social de la aportación, el haz de deberes que atraviesa la específica posición jurídica del interviniante y otros factores simbólico-comunicativos que dotan de una especial relevancia al comportamiento en particular...”.<sup>15</sup> Aunque todos estos criterios podrían ser relevantes para determinar quién hace más y quién hace menos, el problema es que constituyen estándares demasiado abstractos: ¿cómo debe determinarse el peso social del aporte de cada interviniante?, ¿cuáles los factores simbólico-comunicativos que brindan relevancia al comportamiento del agente? Si tales estándares no se traducen en indicadores más concretos que puedan brindar soluciones a casos particulares, existe el riesgo de que las decisiones judiciales en esta materia sean producto exclusivamente de la intuición del tribunal.

Además de la indeterminación de algunas fórmulas utilizadas por los tribunales, otra tendencia jurisprudencial se caracteriza por emplear criterios que resultan demasiado severos, ya que dan lugar a considerar como complicidad necesaria comportamientos que, en principio, no merecen esa calificación. A este respecto, en ciertas sentencias se fundamenta la calificación de complicidad necesaria sobre la base de circunstancias que a lo sumo permiten fundamentar el carácter de mero partícipe del interviniante. Así, por ejemplo, se ha sostenido que la presencia en el lugar de los hechos, aunque el agente no tome parte en la violencia ejercida para cometer el robo, configura complicidad necesaria porque refleja una “actitud de voluntad” que refuerza el “poder intimidante de los agresores” y disminuye “la posible resistencia de la víctima”.<sup>16</sup> El problema de este modo de argumentar consiste en que, para justificar la atribución de la calidad de cómplice necesario, no basta con el hecho de que el interviniante contribuya de algún modo a facilitar la comisión del delito, ya que ello caracteriza por definición el rol de *cualquier* partícipe; de otro modo, no hay siquiera participación punible. Es decir, lo que fundamenta la calificación de partícipe no puede ser al mismo tiempo lo que fundamenta la calificación de partícipe necesario.

Un modo de trazar la distinción bastante extendido en la doctrina y jurisprudencia de diferentes provincias se apoya en una interpretación literal del art. 45 del Código Penal. Conforme a esta idea, para determinar si un interviniante es cómplice necesario, se debe recurrir a un curso causal hipotético acerca de lo que habría sucedido si el interviniante no hubiera prestado la ayuda que efec-

15 Ídem.

16 Cámara de Apelaciones en lo Criminal y Correccional de la Plata, Sala I, *L. J.*, 23/02/1988 [71037], voto del juez Carlos Hortel.

tivamente prestó. Si en ese curso causal hipotético el delito no hubiera tenido lugar, entonces el interviniente que prestó esa ayuda es cómplice necesario, de lo contrario, si el delito hubiera ocurrido de todos modos, le correspondería la calificación de cómplice no necesario. Lo relevante, según la fórmula utilizada por parte de la doctrina y la jurisprudencia, no es si, suprimida mentalmente la ayuda prestada por el cómplice, el delito se habría cometido de cualquier forma. Por el contrario, se sostiene que habría que determinar si la ayuda del cómplice es condición necesaria del resultado en su modalidad concreta; esto es, si, suprimida mentalmente tal ayuda, el delito podría haberse cometido tal y como en realidad se cometió.<sup>17</sup>

Como es sabido, la utilización del método de la supresión mental hipotética ha recibido numerosas críticas, en particular en relación con el problema de la causalidad (Roxin, 1997, pp. 350-352).<sup>18</sup> De todos modos, respecto de la cuestión que se analiza aquí, la dificultad con el criterio de la necesidad en su modalidad concreta reside en que, si se lo toma verdaderamente en serio, prácticamente cualquier ayuda se convierte en complicidad necesaria (Silva Sánchez, 2025, p. 1253). Ello es así porque hasta el más mínimo detalle que sea suprimido mentalmente hará variar las particularidades del hecho tal como se cometió en realidad. A modo de ejemplo, el que se limita a trasladar al autor en automóvil al lugar donde se comete el robo, según este criterio, debería considerarse cómplice necesario, pues, sin esa ayuda, el autor del robo tendría que haber llegado a ese lugar por otro medio; esto es, el hecho habría sido distinto de cómo concretamente ocurrió.

De todos modos, cabe aclarar que, si bien diferentes tribunales a menudo

17 Paradigmáticamente, esta opinión defendía Ricardo Núñez (1999): “La fórmula legal se refiere, en realidad, a que el auxilio o cooperación es complicidad necesaria si la tarea propiamente ejecutiva del tipo delictivo, sin el concurso del aporte del cómplice no se hubiera realizado como se realizó en el caso concreto sin con otras modalidades” (p. 253). También Soler (1992, p. 336) defendía este criterio de distinción. En el mismo sentido, Creus y Basílico (2020, p. 415). Las sentencias judiciales que siguen este criterio son numerosas. Al respecto, pueden verse: Tribunal de Casación Penal de la provincia de Buenos Aires, Sala I, *Caroni Leonardo*, 02/06/2015 [325], voto del juez Daniel Carral; Tribunal de Casación Penal de la provincia de Buenos Aires, Sala I, *Hernández Hansa Adrián*, 07/04/2016 [73986], voto del juez Daniel Carral; Cámara Nacional de Casación en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal, Sala I, *Katz Sebastián*, 04/04/2023 [29152/2020], voto del juez Gustavo Bruzzone; Cámara Nacional de Casación en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal, Sala I, *Ferro Leonardo*, 11/04/2023 [448/2020], voto del juez Gustavo Bruzzone; Corte Suprema de Justicia de Tucumán, Sala Civil y Penal, S, 26/10/2016 [1350], voto de los jueces Antonio Gандur, Antonio Estofán y Oscar Posse; Tribunal de impugnación de la provincia de Neuquén, *Duble Mauricio*, 07/03/2016 [33783/2014], voto del juez Daniel Varessio.

18 Crítico sobre este modo de trazar la distinción es Rusconi (2005, pp. 100-101), quien reconoce, además, que no se ha desarrollado en la doctrina argentina un sistema preciso para resolver el problema.

citan como criterio de distinción la fórmula de la necesidad en su modalidad concreta, en realidad, no siempre aplican consistentemente tal método, pues suelen considerar como complicidad no necesaria conductas que, según dicho criterio, deberían resolverse como complicidad necesaria. Así, por ejemplo, respecto de un acusado que organizó y planificó el robo, consiguió las herramientas que utilizaron los autores para cometerlo y recibió parte de los objetos sustraídos a las víctimas, un tribunal lo calificó como cómplice secundario, pues “de no haber efectuado dicha contribución, el delito igualmente podría haber configurado de la manera que se hizo y conforme a la concreción del plan acordado”.<sup>19</sup> Pero resulta evidente que, sin esa planificación y sin las herramientas que les proporcionó a los autores dicho intervintente, el hecho habría sido diferente a como ocurrió en realidad: al menos, el plan habría sido distinto y los autores habrían utilizado otras herramientas para cometerlo. Lo que demuestra esta clase de razonamiento es que, en ocasiones, la fórmula de la necesidad en su modalidad concreta es invocada por los tribunales como fundamento de la atribución de la calidad del cómplice, pero sin constituir el criterio que verdaderamente funda la calidad asignada.

En la provincia de Córdoba, los tribunales emplean un criterio de distinción que consiste en calificar como cómplice necesario a todos aquellos que realizan un aporte que es aprovechado por el autor en la fase ejecutiva del hecho. Según esta idea, se entiende por aporte no solo los

vinculados con la modalidad típica de ejecución (v. gr., el suministro del arma utilizada en el robo), sino también otros que hacen a la modalidad fáctica de la ejecución (v. gr., el suministro de información relacionada a la ausencia de moradores de la vivienda en la que ingresan los autores del robo, conociendo la ausencia de riesgos).<sup>20</sup>

Se sostiene que son cómplices no necesarios, en cambio, los que realizan un aporte que no es aprovechado por el autor en la fase ejecutiva del hecho.<sup>21</sup> De acuerdo con esto, se calificó como cómplice necesario a una persona que llevó a otra en una motocicleta al lugar donde esta última cometió el robo y la esperó

19 Tribunal de Casación Penal de la provincia de Buenos Aires, Sala I, *Hernández Hansa Adrián*, 07/04/2016 [73986], voto del juez Daniel Carral.

20 Tribunal Superior de Justicia de Córdoba, Sala Penal, *Mendoza Emanuel*, 14/03/2016 [1052013], voto de la jueza Aída Tarditti.

21 Tribunal Superior de Justicia de Córdoba, Sala Penal, *Becerra Miguel*, 22/09/2005 [105], voto de la jueza Aída Tarditti.

para luego emprender la huida, ya que realizó un aporte que fue aprovechado por el autor en la ejecución del robo.<sup>22</sup>

El problema con este criterio es que, al igual que la fórmula de la necesidad en su modalidad concreta, si verdaderamente se lo toma en serio, da lugar a calificar como cómplices necesarios a intervenientes que realizan una contribución poco importante y que, por tanto, no merecen tal calificación. Repárese, por ejemplo, en una persona que acompaña a varios de sus amigos en una pelea en la que estos golpean a otro muchacho y que, sin intervenir en la golpiza, se limita a arengar a los agresores y a filmar todo lo que ocurre. En la medida en que se trata de un aporte que es aprovechado por los autores en la fase de ejecución del delito, debería considerarse a tal interveniente como cómplice necesario. Sin embargo, resulta claro que no se trata de un aporte que tenga la relevancia suficiente como para revestir esa calidad. De hecho, lo problemático de este criterio es que, salvo algún caso excepcional, da lugar a que prácticamente cualquier cómplice sea considerado como necesario, ya que la regla es que la ayuda que prestan los cómplices normalmente le brinde algún provecho al autor en la fase de ejecución del delito.<sup>23</sup>

En resumidas cuentas, un análisis de los criterios utilizados en la jurisprudencia argentina para distinguir entre complicidad necesaria y no necesaria revela que, por un lado, se emplean en ocasiones fórmulas con un alto grado de indeterminación, que no permiten orientar verdaderamente las decisiones de los tribunales. Por otro lado, a menudo se emplean criterios que no dejan prácticamente ningún ámbito de aplicación para la complicidad no necesaria. Ello es así porque tales parámetros fundan la complicidad necesaria sobre la base de que el aporte del cómplice influye de algún modo en la empresa del autor, lo cual a lo sumo constituye una condición necesaria para fundamentar cualquier forma de participación punible.

---

22 Tribunal Superior de Justicia de Córdoba, Sala Penal, *Mendoza Emanuel*, 14/03/2016 [1052013], voto de la jueza Aída Tarditti.

23 Un caso que los tribunales de Córdoba consideran como complicidad no necesaria es el de la persona que se limita a trasladar al autor al lugar donde este comete el delito; esto es, sin que el transportista espere al autor para ayudarlo en la huida posterior a la comisión del delito. De todos modos, no resulta tan claro que este sea un caso que, conforme al criterio del aprovechamiento en la fase ejecutiva, deba ser resuelto como complicidad no necesaria. De hecho, podría argumentarse que el transporte le permite al autor estar en un lugar determinado y en un momento específico para cometer el delito, esto es, que constituye también un aporte que es aprovechado en la fase de ejecución. Sobre un caso como este resuelto por los tribunales de Córdoba, véase Tribunal Superior de Justicia de Córdoba, Sala Penal, *Becerra Miguel*, 22/09/2005 [105], voto de la jueza Aída Tarditti.

### **3.2 Algunos lineamientos generales para distinguir entre complicidad necesaria y no necesaria**

Como se ha sostenido previamente, hay buenas razones para afirmar que el cómplice de un delito realiza un hecho ilícito *prima facie* menos grave que el del autor. En este sentido, la interpretación de las disposiciones de los artículos 45 y 46 del Código Penal argentino debería seguir la orientación contraria a la que adopta la jurisprudencia: la regla debe ser la complicidad no necesaria; y la excepción, la complicidad necesaria. Es decir, como sostiene Cerletti (2000 p. 20), solo cuando un cómplice realiza un aporte de extraordinaria importancia podría estar justificado excepcionalmente aplicarle la misma pena que al autor del delito. En todos los demás casos, debería calificarse la complicidad como no necesaria. En lo que sigue, se proponen algunos lineamientos que, sin abarcar todos los escenarios posibles, podrían servir de orientación a los tribunales para resolver distintos grupos de casos.

Un modo de distinguir entre ambas clases de complicidad, el cual está especialmente extendido en la doctrina y jurisprudencia españolas y que ha sido defendido en la doctrina argentina por Donna (2013, pp. 438-441), es la teoría de los bienes escasos.<sup>24</sup> Según esta perspectiva, desarrollada por el penalista español Gimbernat Ordeig (2012, p. 130), lo que importa para calificar la conducta del partícipe es la escasez o abundancia del bien con el que se ayuda al autor. Para establecer si una cosa es escasa, se deben formular primero un juicio general y, posteriormente, un juicio particular. En principio, son escasas las cosas que para una persona media en una sociedad determinada son difíciles de conseguir. Puede decirse, entonces, que en cualquier centro urbano actual son abundantes una suma moderada de dinero, un cuchillo o un celular. En cambio, cabe calificar como escasas a una suma importante de dinero o a un arma de fuego, pues, en general, se trata de cosas difíciles de conseguir. Este juicio de carácter general debe complementarse posteriormente con un análisis de las circunstancias particulares del que recibe la cosa (p. 131). Así, pues, aunque una pistola puede, en general, ser un bien escaso, no lo es si el que la recibe vive en un barrio donde cualquiera puede acceder fácilmente a tener armas de fuego.

El examen para determinar si una cosa es escasa se realiza *ex ante*, sin importar lo que habría ocurrido si el que aportó ese objeto no hubiera realizado

<sup>24</sup> Sobre la aplicación de la teoría de los bienes escasos en la jurisprudencia española, que constituye la teoría que han seguido con preferencia los tribunales de ese país, véase el capítulo 12 del *Memento práctico Francis Lefebvre penal 2025* (Molina Fernández, 2024).

dicha contribución. De acuerdo con esta perspectiva, si el cómplice le aporta al autor un bien escaso, su participación debe calificarse como complicidad necesaria; en cambio, si lo que aporta es un bien abundante, corresponde calificar su participación como complicidad no necesaria. El fundamento de este modo de trazar la distinción consiste en que, si el cómplice provee algo que es difícil de conseguir, puede inferirse que ha removido un obstáculo importante para la comisión del delito; esto es, que su contribución aumentó de modo significativo la probabilidad de que el autor tuviera éxito en su empresa delictiva. Si el cómplice aporta algo que es fácil de conseguir, puede inferirse, por el contrario, que no ha removido un obstáculo serio para la comisión del delito y, en consecuencia, que su contribución no aumentó significativamente la probabilidad de éxito del plan del autor.

Aunque la teoría de los bienes escasos constituye un indicador de la relevancia del aporte del cómplice en ciertos casos, presenta también algunas limitaciones. En primer lugar, la escasez de la cosa que el cómplice le aporta al autor no siempre implica que dicha contribución haya aumentado de modo significativo la probabilidad de consumación del delito. La razón de ello consiste en que, además de las circunstancias particulares del que recibe la cosa, debe valorarse, asimismo, la importancia de la contribución para el plan concreto del autor (Silva Sánchez, 2025, p. 1253). Si, como afirma Chiesa (2010, p. 1181), el cómplice le proporciona al autor un silenciador que permite disparar un arma de modo silencioso, aunque eventualmente dicho objeto pueda calificarse como escaso, no constituye una contribución muy relevante si el plan del autor es matar a la víctima en un lugar despoblado, donde resulta improbable que haya personas cerca. En tal caso, la contribución de una cosa escasa no ha implicado la remoción de un obstáculo importante para la consumación del delito, por lo cual habría que calificar al cómplice que realizó dicho aporte como no necesario.

En segundo lugar, si bien la teoría de los bienes escasos ofrece una solución para las situaciones en las que el aporte del cómplice consiste en darle una cosa al autor, más compleja resulta su aplicación en los casos en los que el cómplice contribuye con una actividad. Para Gimbernat Ordeig (2012, pp. 142-143), en tales situaciones, lo decisivo es analizar si el comportamiento del cómplice es *inequívocamente* criminal y que, por ello, una persona cuidadosa no estaría dispuesta a llevar a cabo. Conforme a esta idea, si la conducta del cómplice es claramente delictiva, constituye un servicio escaso y da lugar a complicidad necesaria, pues lo que abunda en la sociedad son personas honestas que no estarían dispuestas a comportarse de ese modo. En cambio, si la conducta del

cómplice no es claramente delictiva, ello quiere decir que la mayoría de las personas disponen de alguna forma de esa actividad y, al no ser un servicio escaso, da lugar a complicidad no necesaria. En este sentido, no es claramente delictiva la actividad de transportar en automóvil al autor al lugar donde cometerá el delito, ya que, si se ocultan las intenciones criminales, hay disponibles diferentes medios de transporte que pueden prestar ese servicio; en consecuencia, el transportista debe calificarse como cómplice no necesario (p. 143).

Ahora bien, como sostiene también Gimbernat Ordeig (2012, p. 1150), aunque cierta actividad sea calificada como escasa no implica necesariamente que dicho aporte haya removido un obstáculo importante para la comisión del delito. Es posible que las personas que se hallan inmersas en actividades ilegales tengan mucha más facilidad para conseguir ayudas que consistan en conductas inequívocamente delictivas. Pero, además, la afirmación de que las actividades inequívocamente delictivas son escasas, porque lo que abunda en la sociedad son supuestamente las personas honestas, puede esconder una simplificación excesiva. En efecto, con respecto a aquellas actividades cuya realización no exponen al cómplice a un riesgo elevado de ser detectado y capturado, aunque sean inequívocamente delictivas, es sensato suponer que no resulta tan difícil encontrar personas dispuestas a realizarlas. Así, por ejemplo, quien lleva a cabo tareas de inteligencia en la fase preparatoria, mediante el seguimiento de los movimientos del dueño de la casa que el autor se dispone a robar, no se expone a un riesgo elevado de ser capturado y, por lo tanto, es probable que haya más personas dispuestas a prestar dicha ayuda. Tales actividades, en principio, deberían ser calificadas como constitutivas de complicidad no necesaria.

Por otra parte, la teoría de los bienes escasos no ofrece orientación para resolver los casos en los que la ayuda que proporciona el cómplice consiste en dar apoyo moral al autor del delito. En tales situaciones, lo que ofrece el cómplice no es un bien o servicio que pueda ser calificado como abundante o escaso, sino la comunicación al autor de la aprobación de su conducta. A este respecto, para que quien brinda apoyo moral pueda ser considerado verdaderamente un cómplice, el autor ya debe estar decidido a cometer el delito, pues si él no estuviera todavía decidido a llevar a cabo el delito, la persona que brinda apoyo moral debería ser calificada como instigadora. Pero si el autor ya se ha decidido a ejecutar el delito, la aprobación del cómplice no puede ser una contribución tan relevante como atribuirle la misma responsabilidad que al autor (Chiesa, 2010, pp. 1182-1183). Por supuesto, ello no implica afirmar que la ayuda otorgada por el cómplice sea trivial. Así, cuando se sostiene que la persona que presen-

cia el hecho sin tomar parte en él brinda mayor seguridad y tranquilidad al autor del delito, se dice algo cierto; sin embargo, ello no alcanza para fundamentar una complicidad necesaria, ya que es característico de toda forma de complicidad que constituya alguna forma de ayuda o apoyo para el autor.<sup>25</sup> Esa forma de ayudar no supone la remoción de un obstáculo importante para el éxito de la empresa del autor, por lo cual debe calificarse como complicidad no necesaria.

Por último, hay otros aspectos vinculados a la ilicitud de la conducta del partícipe que no se relacionan necesariamente con la cuestión de si la ayuda del cómplice aumentó la probabilidad de que el delito se consumara. En particular, se debe tener en cuenta también los deberes que infringe cada uno de los intervenientes en el delito. Así pues, en los denominados “delitos especiales”, respecto de los cuales solo puede ser autor el que reúne la calidad exigida por tipo penal –i. e., el *intraneus*–, el intervintente que no posee dicha calidad –i. e., el *extranei*–, independientemente de lo que haga, solo puede ser partícipe. Piénsese, a modo de ejemplo, en el delito de peculado, previsto en el art. 261 del Código Penal. Supóngase que un funcionario de la Administración pública vende ilegalmente bienes muebles que tiene bajo su custodia a un particular, quien sabe de la ilegalidad de la operación. En este caso, el funcionario sería responsable como autor del delito de peculado, mientras que el particular que compra los bienes debería responder como cómplice de ese mismo delito. Si se considera que la intervención del *extranei* da lugar a complicidad necesaria, entonces la escala penal aplicable al particular que compra los bienes, en principio, sería la misma que corresponde al funcionario autor del delito de peculado.

Como es sabido, uno de los problemas que plantea la participación en ciertos delitos especiales es que el fundamento del delito consiste, precisamente, en la violación de los deberes que rigen para una profesión o rol social determinado. La particular ilicitud del delito peculado, que fundamenta la magnitud de la escala penal prevista para dicha figura, reside en la infracción de un deber especial del funcionario de resguardar los intereses de la Administración pública; solo quien detenta esa posición puede cometer la transgresión de la confianza pública que configura el especial disvalor de ese delito y, por tanto, solo él puede merecer la pena prevista para tal figura. El particular que, por carecer de la condición de funcionario, no ha asumido el deber especial de resguardar los intereses de la Administración pública no puede tampoco realizar el particular disvalor del delito de peculado ni merecer la pena prevista para dicha infrac-

---

25 Al respecto, véase Cerletti (2000), quien analiza críticamente este argumento en relación con un caso en el que se calificó al vigilante o “campana” como cómplice necesario.

ción.<sup>26</sup> De forma tal que la aplicación de la misma escala penal de un delito especial, como lo son los delitos de funcionarios públicos, al partícipe *extranei* da lugar a un problema de falta de merecimiento de pena.<sup>27</sup>

Para solucionar dicho problema, algunos autores proponen imputarle al *extranei* el delito común respectivo al que realiza el autor. En el ejemplo propuesto más arriba, conforme a este idea, mientras que el funcionario que vende los bienes muebles que se hallan bajo su custodia debería responder como autor del delito de peculado, al particular que los compra se le imputaría complicidad en el delito de hurto. La dificultad de esta perspectiva reside, en primer lugar, en resultar difícilmente compatible con la accesoriiedad de la participación, esto es, a grandes rasgos, la idea de que el hecho ilícito del partícipe sigue la suerte del hecho ilícito del autor. El particular que compra los bienes muebles que le vende el funcionario no colabora con la realización de una conducta de hurto, sino con una acción distinta: la sustracción de bienes de la Administración pública por parte de un funcionario, esto es, el delito de peculado. En este sentido, la propuesta de imputarles al autor y al cómplice delitos diferentes no solo es incompatible con la idea de accesoriiedad de la participación (Roxin, 2014, p. 327), sino que también distorsiona el sentido de lo que realmente hace el partícipe.<sup>28</sup> En segundo lugar, esta tesis tiene el problema de que da lugar a la impunidad del partícipe en los delitos especiales propios, ya que no existe en estos casos un delito base que imputarle al partícipe. Así, mientras podría argumentarse que el peculado es un hurto agravado por la condición de funcionario público y que el *extranei* puede, en consecuencia, responder como

26 Algunos autores sostienen que el *extranei* que interviene en un delito especial no podría ni siquiera ser partícipe, pues, de lo contrario, se le imputaría la infracción de una norma ajena. Sostiene esta opinión Robles Planas (2003, pp. 242 y ss.). Pero esta idea, que da lugar a la impunidad del partícipe *extranei*, resulta claramente contraintuitiva. De la norma que se dirige al *intraneus* se deriva, en función de las reglas de participación y del tipo penal respectivo de la parte especial, una norma que se dirige al *extranei*, y la infracción de esa norma derivada es la que permite fundamentar su punibilidad. En este sentido, Silva Sánchez (2025, pp. 1288-1289).

27 No respecto de todos los delitos especiales puede afirmarse que la calidad exigida en el tipo fundamentalmente la pena o el desvalor del delito, ya que a veces ese requisito de autoría responde al mero interés en delimitar los contornos del delito. Esta clase de delitos especiales, en los que el requisito de autoría no refleja la infracción de un deber extrapenal del sujeto que realiza la acción típica, ha recibido distintas denominaciones: delitos especiales de dominio, delitos de posición, delitos fácticamente calificados, entre otras. Respecto de esta especie de delitos especiales, la imputación al partícipe *extranei* del mismo tipo penal que realiza el autor no plantea ningún problema de falta de merecimiento de pena. Sobre este tema, véanse Roxin (2014, pp. 344-346), Robles Planas (2003, pp. 240-241), Sánchez-Vera Gómez-Trelles (2004, pp. 137 y ss.), Silva Sánchez (2025, pp. 1275-1276).

28 Sobre los fundamentos de esta tesis de la comunicabilidad limitada, que tiene relación con la asunción de la teoría de la accesoriiedad máxima en materia de participación, véase Olave (2024, pp. 109-101).

cómplice de hurto, no ocurriría lo mismo si, por ejemplo, se tratara de un particular que ayuda a un juez a prevaricar. Como no hay en ese caso una figura no calificada para imputarle al *extranei*, este debería quedar impune, lo cual resulta particularmente problemático.<sup>29</sup>

En el marco de una legislación como la argentina, la cual no prevé una cláusula de atenuación de la pena para el *extranei* que participa del delito especial,<sup>30</sup> un modo de solucionar el problema de su falta de merecimiento de pena, sin modificar el delito que se le imputa, consiste en considerarlo —salvo casos muy excepcionales— cómplice no necesario. En efecto, la relevancia de la intervención del partícipe en el delito no debería limitarse a la cuestión de si él ha removido un obstáculo importante para la consumación del delito, sino que debería tener en cuenta también si él infringe el deber que atañe al autor. Así, salvo cuando el *extranei* compense la ausencia del deber con un grado relevante de dominio del hecho —v. gr.: una persona que, pese a no ser funcionario público, se encarga de elaborar y redactar la sentencia contraria al derecho que el juez se limita solo a firmar—, en todos los demás casos, aun cuando él aporte un bien o servicio escaso, debería ser calificado como cómplice no necesario. En el ejemplo planteado previamente, aunque el particular que compra ilegalmente los bienes de la Administración pública cumpla un rol importante para la consumación del delito de peculado, ya que el aporte de una suma considerable de dinero constituye un bien escaso, su calificación como cómplice no necesario permitiría reflejar su menor merecimiento de pena al no infringir el deber que atañe solo a los funcionarios.<sup>31</sup>

#### 4. Conclusiones

Algunos autores afirman que la distinción entre complicidad necesaria y no necesaria debería eliminarse en una eventual reforma de la legislación, ya que resulta valorativamente inadecuada, pues el cómplice siempre merece, *ceteris paribus*, una pena menor que la del autor del delito.<sup>32</sup> Si bien existen buenas

29 Sobre este punto, véanse Roxin (2014, p. 327) y Silva Sánchez (2025, p. 1292).

30 Si bien el artículo 48 del Código Penal argentino establece una regla de comunicabilidad respecto de circunstancias que excluyen, agravan o atenúan la pena, tal norma no regula los elementos especiales que fundamentan la pena. En este sentido, Bacigalupo (1996, pp. 203-204), Zaffaroni et al. (2002, p. 801).

31 Una solución similar defiende Bacigalupo (1996, p. 205), quien propone que se le aplique al *extranei* la atenuación que el Código Penal prevé para la tentativa.

32 Al respecto, véase Donna (2013, p. 442).

razones, tanto de carácter teórico como desde un punto intuitivo, para afirmar que la responsabilidad del cómplice debe ser menor a la del autor, lo cierto es que, de acuerdo con el derecho vigente, la distinción entre complicidad necesaria y no necesaria deviene central, pues es la única categoría que da lugar a una diferencia de la escala penal aplicable a los distintos intervenientes en el delito. Por ello, resulta llamativo que tanto en la doctrina como en la jurisprudencia locales el problema de la distinción entre cómplices necesarios y no necesarios no haya recibido tanto atención como amerita. En efecto, la práctica de los tribunales demuestra que, frecuentemente, para calificar la contribución del cómplice, se recurre a fórmulas que no constituyen verdaderamente un criterio de distinción, pues o bien se limitan a repetir las palabras contenidas en la ley o bien utilizan términos que son sinónimos de necesario y no sirven para orientar las decisiones judiciales. Además, otros criterios que suelen emplear los tribunales son demasiado severos, pues conducen a calificar prácticamente a cualquier cómplice como necesario; ciertamente, así ocurre con el empleo tanto de la fórmula de la necesidad en su modalidad concreta como de la fórmula del aprovechamiento en la fase ejecutiva.

En líneas generales, se ha sostenido que el esfuerzo por trazar la distinción entre complicidad necesaria y no necesaria debería partir de la premisa contraria a cómo opera en general la jurisprudencia: la regla debería ser la complicidad no necesaria; y la excepción, la complicidad necesaria. Para ello, se propusieron algunos lineamientos que pueden servir de orientación para resolver distintos grupos de casos. En este sentido, se sostuvo que la teoría de los bienes escasos, desarrollada por Gimbernat Ordeig (2012), constituye, en general, un indicador de la relevancia del bien o servicio que aporte el cómplice. De todos modos, no siempre la escasez de la contribución del cómplice es determinante para calificar la complicidad como necesaria; se requiere, además, tener en cuenta si, por las particularidades del plan del autor, el bien o servicio aportado por el cómplice involucra la remoción de un obstáculo importante para la consumación del delito. Asimismo, la relevancia del aporte del partícipe debería tener en cuenta no solo si ha aumentado la probabilidad de que el delito se consumara, sino también si él ha infringido con su conducta deberes especiales que atañen a su posición. En relación con los delitos especiales, aunque el *extranei* contribuya con un bien o servicio escaso, salvo casos excepcionales, debería ser calificado como cómplice no necesario, ya que, de este modo, se puede reflejar su menor merecimiento de pena.

## Bibliografía

- Bacigalupo, E. (1996). *Manual de Derecho Penal*. Temis.
- Bacigalupo, E. (2012). *Derecho Penal. Parte General* (2<sup>a</sup> ed.). Hammurabi.
- Cerletti, M. (2000). La valoración de la intervención del denominado “campana”. Sobre la necesaria delimitación del concepto de partícipe necesario. *La Ley*, 2000-C, 14-21.
- Creus, C. y Basilico, R. (2020). *Derecho Penal. Parte General* (6<sup>a</sup> ed.). Astrea.
- Chiesa, L. (2010). Autores y cooperadores. *Revista Jurídica Universidad de Puerto Rico*, (79), 1163-1188.
- Chiesa, L. (2013). United States. En Reed, A. y Bohlander, M. (Eds.), *Participation in Crime. Domestic and Comparative Perspectives* (pp. 469-485). Routledge.
- Donna, E. (2013). *Derecho Penal. Parte General. Tomo V. El delito imprudente. Autoría y participación criminal*. Rubinzal-Culzoni.
- Dressler, J. (2008). Reforming Complicity Law: Trivial Assistance as a Lesser Offense? *Ohio State Journal of Criminal Law*, (5), 427-448.
- Du Bois-Pedain, A. (2020). Participation in Crime. En Ambos, K., Duff, A., Roberts, J. y Weigend, T. (Eds.), *Core Concepts in Criminal Law and Criminal Justice* (Vol. I, pp. 94-134). Cambridge.
- Gardner, J. (2012). *Ofensas y defensas. Ensayos selectos sobre filosofía del derecho penal* (Trad. M. Manrique y J. Peralta). Marcial Pons.
- Gimbernat Ordeig, E. (2012). *Autor y cómplice en derecho penal*. BdeF.
- Green, S. (2013). *Mentir, hacer trampas y apropiarse de lo ajeno. Una teoría moral de los delitos de cuello blanco* (Trad. J. R. Agustina Sanllehí, M. Amorós Bas e I. Ortiz de Urbina Gimeno). Marcial Pons.
- Matus Acuña, J. y Ramírez Guzmán, C. (2021). *Manual de Derecho Penal chileno. Parte General* (2<sup>a</sup> ed.). Tirant lo Blanch.
- Molina Fernández, F. (Coord.) (2024). *Memento práctico Francis Lefebvre Penal 2025*. Francis Lefebvre.
- Núñez, R. (1999). *Manual de Derecho Penal. Parte General* (4<sup>a</sup> ed.). Lerner.
- Olave, A. (2024). La accesорiedad de la participación frente a la discusión acerca de la comunicación en los mal llamados “delitos especiales impropios”. *Política Criminal*, 19(37), 99-128.
- Robinson, P. y Darley, J. (2018). *Justice, Liability and Blame. Community Views and the Criminal Law*. Routledge.
- Robles Planas, R. (2003). *La participación en el delito: fundamentos y límites*. Marcial Pons.
- Roxin, C. (1997) *Derecho Penal. Parte General. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito* (Trad. de la 2<sup>a</sup> ed. alemana de D. M. Luzón Peña, M. Díaz y García Conlledo y J. de Vicente Remesal). Civitas.
- Roxin, C. (2014). *Derecho Penal. Parte General. Tomo II. Especiales formas de aparición de delito* (Trad. de la 1<sup>a</sup> ed. alemana de D. Luzón Peña, J. M. Paredes Castañón, M. Díaz y García Conlledo y J. de Vicente Remesal). Civitas.
- Rusconi, M. (2025). Participación criminal. En De Langue, M. (Dir.) y Lerman, M. (Coord.), *Código Penal de la Nación Argentina. Análisis doctrinal y jurisprudencial. Tomo 2 – Artículos 42 - 78* (pp. 81-148). Hammurabi.
- Sancinetti, M. (1991). *Teoría del delito y disvalor de acción. Una investigación sobre las consecuencias prácticas de un concepto personal de ilícito circunscripto al disvalor de acción*. Hammurabi.

- Sánchez Vera-Gómez-Trelles, J. (2004). *El denominado “delito de propia mano”. Respuesta a una situación jurisprudencial*. Dykinson.
- Sánchez Vera-Gómez-Trelles, J. (2012). En los límites de la inducción. *InDret*, 2, 1-42.
- Silva Sánchez, J. (2025). *Derecho Penal. Parte General*. Civitas.
- Soler, S. (1992). *Derecho Penal argentino. Tomo II*. Tea.
- Tyler, T. (2006). *Why People Obey the Law*. Princeton University Press.
- Williams, B. (1973). A critique of utilitarianism. En Smart, C. y Williams, B., *Utilitarianism for and against* (pp. 77-150). Cambridge University Press.
- Zaffaroni, E., Alagia, A. y Slokar, A. (2002). *Derecho Penal. Parte General* (2<sup>a</sup> ed.). Ediar.

## Legislación citada

Accessories and Abettors Act 1861.

Código Penal argentino.

Código Penal chileno.

Código Penal español.

Código Penal peruano.

Código Penal puertorriqueño.

## Jurisprudencia citada

Cámara de Apelaciones en lo Criminal y Correccional de la Plata, Sala I, L. J., 23/02/1988 [71037].

Cámara Federal de Casación Penal, Sala IV, Figueroa Susana, 29/06/2017 [40066/2013].

Cámara Nacional de Casación en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal, Sala I, Ferro Leonardo, 11/04/2023 [448/2020].

Cámara Nacional de Casación en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal, Sala I, Katz Sebastián, 04/04/2023 [29152/2020].

Cámara Nacional de Casación en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal, Sala II, Lagos Carlos Ariel y otros, 30/08/2016 [61062/2013].

Cámara Nacional de Casación en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal, Sala III, Traico Pablo y otros, 29/08/2018 [10322/2014].

Corte Suprema de Justicia de Tucumán, Sala Civil y Penal, S, 26/10/2016 [1350].

Suprema Corte de Justicia de Mendoza, Sala II, Lacroux Carreño, 14/08/2023 [2392].

Suprema Corte de Justicia de Mendoza, Sala II, Rojas Zúñiga Horacio, 03/03/2023 [13-06937908-1].

Tribunal de Casación Penal de la provincia de Buenos Aires, Sala I, Caroni Leonardo, 02/06/2015 [325].

Tribunal de Casación Penal de la provincia de Buenos Aires, Sala I, Hernández Hanza Adrián, 07/04/2016 [73986].

Tribunal de impugnación de la provincia de Neuquén, Duble Mauricio, 7/03/2016 [33783/2014].

Tribunal Superior de Justicia de Córdoba, Sala Penal, Becerra Miguel, 22/09/2005 [105].

Tribunal Superior de Justicia de Córdoba, Sala Penal, Mendoza Emanuel, 14/03/2016 [1052013].

## **Roles de autoría y conflicto de intereses**

El autor manifiesta que cumplió todos los roles de autoría del presente artículo y declara no poseer conflicto de interés alguno.