



Revista Iberoamericana de Derecho, Cultura y Ambiente



Edición N°8 – Diciembre de 2025

Capítulo de Derecho Penal y Criminología

www.aidca.org/revista

LA PARTICIPACIÓN CRIMINAL EN EL PROYECTO DE REFORMA DEL CÓDIGO PENAL DE LA NACIÓN

Por Florencia Laura Ghio

En lo que atañe a la participación criminal en el proyecto de reforma del Código Penal de la Nación, por regla general se ha optado por incorporar a la legislación figuras que ya existían en la práctica por creación doctrinaria y/o jurisprudencial.

Si bien esto no va a provocar ningún cambio significativo en la praxis judicial, es evidente que su inserción en el Código Penal contribuirá a generar una mayor seguridad jurídica, como así también a evitar discusiones doctrinarias y planteos que ralentizan el funcionamiento del sistema penal.

Otras de las modificaciones que abundan son de tipo gramatical, pues se sustituyen verbos tales como “prestasen colaboración” y “tomasen parte”, propios del pretérito imperfecto del subjuntivo, por sus respectivas conjugaciones en futuro. En los ejemplos citados, la redacción quedaría así: “tomaren parte” y “prestaren colaboración”.

Podría cuestionarse el hecho de que las normas deben sancionar lo ya ocurrido y no lo que va a ocurrir; sin embargo, este tiempo verbal contempla hipótesis generales aún no realizadas, que se sancionarán con la pena prevista



por la norma en caso de que ocurran.

Por lo tanto, este recurso gramatical refuerza la idea de que la prohibición ya existía antes del hecho y, lejos de vulnerar el principio de legalidad, lo garantiza.

A continuación, se realizará un estudio de la redacción propuesta de cada artículo en particular, a fin de analizar las modificaciones introducidas y otras cuestiones relevantes vinculadas con el régimen de la participación penal.

La autoría en el artículo 45 del Código Penal argentino: evolución, recepción y propuestas de actualización

El actual artículo 45 del Código Penal argentino dispone: *“Los que tomasen parte en la ejecución del hecho o prestasen al autor o autores un auxilio o cooperación sin los cuales no habría podido cometerse, tendrán la pena establecida para el delito. En la misma pena incurrirán los que hubiesen determinado directamente a otro a cometerlo”*.

2. Proyecto de reforma:

ARTÍCULO 89: “AUTORÍA: A los que tomaren parte, por sí o por medio de otro, en la ejecución del hecho, se les impondrá la pena establecida para el delito.”

El art. 45 se refiere, aun sin decirlo expresamente, a los autores de un delito.

La propuesta de reforma incorporó el término “autoría” de manera explícita y amplió el alcance al prever la posibilidad de intervenir “por sí o por medio de otro”. De ese modo, introdujo en el texto legal la figura del *autor mediato*, antes reconocida únicamente por la doctrina y la jurisprudencia. Asimismo, dedicó un artículo exclusivo a cada grado y supuesto de participación.

La incorporación del autor mediato

La responsabilidad de esta clase de autor, como señala Jakobs, “predomina en virtud del superior dominio de la decisión” más que del control directo de la acción. Realizar el acto “por medio de otro” alude a los casos en que el sujeto utiliza a otra persona —mediante engaño, coacción o aprovechando su inimputabilidad— como instrumento para la comisión del delito.



También incluye supuestos en los que quien planea el hecho encomienda su ejecución a otro que, a diferencia de los casos anteriores, actúa voluntariamente. El ejemplo típico es quien contrata a un sicario para cometer un crimen. Supuestos como ese ingresan en lo que se denomina “autor mediato con instrumento doloso”.

Asimismo, esta configuración ha tenido una especial recepción en los casos de crímenes de Estado, donde la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en fallos paradigmáticos como *Arancibia Clavel, Enrique Lautaro s/ homicidio calificado y asociación ilícita* (Fallos: 327:3312) y *Simón, Julio Héctor y otros s/ privación ilegítima de la libertad, etc.* (Fallos: 328:2056), reconoció la responsabilidad penal de quienes no ejecutaron materialmente los delitos, pero ejercieron un dominio decisivo sobre su realización.

En *Arancibia Clavel*, el Máximo Tribunal sostuvo que: “la autoría mediata en los crímenes de Estado se configura cuando el sujeto posee el dominio de la organización y utiliza su estructura jerárquica como instrumento para la ejecución de los delitos”.

De modo concordante, en *Simón* reafirmó que: “*los altos mandos que idearon, planificaron y controlaron las acciones represivas, aun sin intervención física directa, son responsables como autores mediatos en virtud del dominio funcional del hecho*”.

Ambos precedentes consolidaron en el derecho penal argentino la doctrina de Claus Roxin, sobre el dominio de la voluntad en aparatos organizados de poder, legitimando la imputación penal de quienes se valen de estructuras jerárquicas para la comisión sistemática de delitos graves.

Por lo tanto, dada la importancia que reviste, demás está decir lo auspicioso que resultaría para el sistema penal argentino que pudiera plasmarse esta incorporación.

3. La redacción del artículo 89 en los modelos alemán y español

El proyecto de reforma del Código Penal Argentino, adopta la fórmula que el Código Penal Alemán aplica para la autoría mediata desde el año 1871.

En efecto, dicho cuerpo normativo, en su art. 25 establece:

“Es autor quien comete el hecho por sí o por medio de otro.”

Por su parte, el artículo 28 del Código Penal español dispone:



“Son autores quienes realizan el hecho por sí solos, conjuntamente o por medio de otro del que se sirven como instrumento.”

La diferencia entre ambos cuerpos normativos, en el sentido indicado, es significativa.

Ello en virtud de que, mientras la norma alemana no califica al ejecutor como “instrumento”, permitiendo incluir tanto a los casos de autoría mediata clásica (cuando el autor se vale de un inimputable, de un engañado o de alguien actuando bajo coacción) como a los de autoría mediata voluntaria y de aparatos organizados de poder, el código español, por ejemplo, sí escoge esa fórmula, por lo que restringe el concepto a quien utiliza a un ejecutor carente de dominio o culpabilidad.

Por ello, la opción germana, reproducida en el proyecto argentino, resulta más amplia y dogmáticamente adecuada, pues evita depender de interpretaciones doctrinarias para abarcar supuestos en los que hay un tercero que actúa con dolo, o incluso los más complejos como los crímenes de Estado o las estructuras jerárquicas de poder, ya referidos.

En virtud de lo expuesto, reafirmo que la redacción propuesta representa un avance en términos de precisión dogmática.

4. Coautoría funcional y convergencia de voluntades

Una cuestión que, en cambio, considero que habría sido conveniente explicitar legislativamente es la relativa a la necesidad —o no— de un acuerdo previo entre los intervinientes para determinar sus respectivos roles de autores o partícipes. En la práctica judicial, esta ambigüedad ha dado lugar a frecuentes planteos defensivos orientados a desvincular a los imputados con el argumento de que no existió acuerdo común o conocimiento recíproco entre ellos.

Frente a esta dificultad interpretativa, la doctrina y la jurisprudencia desarrollaron la teoría de la convergencia de voluntades, que amplía la noción de coautoría y participación más allá del acuerdo formal o previo.

Al respecto, como explica Romero Villanueva: *“No es conceptualmente necesaria la existencia del acuerdo previo entre los protagonistas, pues a tal efecto basta la convergencia intencional en la realización del hecho común.”*
“Consiste en una contribución personal, un propósito hacia el objetivo común,



una convergencia de las particulares intenciones hacia un mismo resultado, que puede tener su origen en un acuerdo previo, reflexivo o improvisado, o simplemente en la intención coincidente de contribuir al hecho común.”

Esta posición ha sido acogida por la Corte Suprema de Justicia de la Provincia de Buenos Aires¹, al sostener que: *“La falta de acuerdo previo y de individualización del autor o autores del hecho no afecta la caracterización de la participación primaria, bastando la convergencia intencional en la realización del hecho común.”*

De este modo, el criterio de convergencia de voluntades permite imputar penalmente a quienes actúan en forma coordinada o complementaria hacia un mismo fin, aun cuando no exista acuerdo explícito ni conocimiento recíproco entre ellos, siempre que sus conductas converjan de manera intencional y funcional en la producción del resultado delictivo²; sin embargo, la redacción propuesta solo contempla de manera tácita esta modalidad de intervención.

5. Recepción legislativa de la coautoría funcional

La expresión “por sí o por medio de otro” en la redacción propuesta en reemplazo del artículo 45 permite inferir, de manera implícita, la inclusión de los supuestos de dominio funcional del hecho desarrollados por Claus Roxin, atenuando —aunque no eliminando— la necesidad de recurrir a interpretaciones extensivas para abarcar la coautoría funcional.

Se trata de aquellos casos en los que no todos los intervinientes ejecutan materialmente el delito, pero comparten el control conjunto del suceso, de modo que el resultado depende de la actuación coordinada de todos.

Un ejemplo ilustrativo puede encontrarse en un esquema de contrabando organizado:

- “A” obtiene los permisos falsos y coordina el horario del paso fronterizo.
- “B”, empleado de aduana, manipula el sistema informático.
- “C” conduce el camión y entrega la mercadería.

Aunque solo “C” realiza la acción típica, los tres controlan funcionalmente el

¹ SCBA, “Ballesteros, Enrique Daniel y otro, JA1998-II-552, AP 981473, rta. 22/4/97

²Romero Villanueva, Luis, *Derecho Penal. Parte General*, Buenos Aires, Depalma, 1999, p. 408.



curso del delito y su cooperación resulta indispensable para su éxito. Si cualquiera de ellos se aparta del plan, el hecho fracasa.

Este tipo de situaciones refleja la dirección conjunta del hecho a través de una división de tareas esenciales, rasgo distintivo de la coautoría funcional moderna, que el proyecto permite inferir, aunque no la reconozca de manera expresa.

De haberse incorporado explícitamente esta modalidad de autoría, se habría contribuido a una mayor claridad sistemática y a evitar las interpretaciones extensivas que hoy continúan siendo necesarias para subsumir estos supuestos dentro del concepto de autor.

6. Propuesta de redacción

Como se ha analizado, la reforma propuesta del artículo 45 del Código Penal constituye un avance en tanto introduce expresamente la figura del autor mediato, aunque considero que no logra abarcar de manera explícita todas las modalidades de autoría reconocidas por la doctrina y la jurisprudencia contemporáneas.

En particular, considero que quedarían fuera de una regulación expresa dos figuras relevantes: la coautoría funcional y la convergencia de voluntades. Ambas continúan dependiendo de la elaboración doctrinaria y jurisprudencial para ser comprendidas dentro del concepto de autor.

Por tal motivo, entiendo que podría resultar conveniente que el legislador procediera a la positivización de estas categorías mediante una redacción clara, técnicamente rigurosa y accesible para los operadores del derecho y la ciudadanía.

En ese sentido, y con el propósito de reflejar expresamente las figuras de autoría mediata, coautoría funcional y convergencia de voluntades, se propone la siguiente redacción alternativa del artículo 45: *“Es autor quien cometiere o intentare cometer un delito por sí mismo, conjuntamente con otros o valiéndose de otro, sea que éste realizare el hecho sin capacidad o bajo coacción, o que lo hiciera voluntariamente pero subordinado a su dirección o dominio.*

También lo será quien, conociendo el propósito del delito, aportare una contribución esencial para su realización, aun sin ejecutarlo directamente ni conocer a los demás intervinientes.”

Esta formulación, a mi criterio, mantendría el rigor conceptual de la teoría del



dominio del hecho, con una redacción accesible y sistemáticamente inclusiva, capaz de ofrecer mayor coherencia interpretativa al sistema penal argentino.

ARTÍCULO 90.- PARTICIPACIÓN PRIMARIA. *“A quienes prestaren al autor o autores un auxilio o cooperación sin los cuales el hecho no hubiere podido cometerse se les impondrá la pena establecida para tal delito”.*

El artículo introduce de manera expresa la denominación de “partícipe primario”, también conocido en la práctica judicial como “necesario”, y sustituye el verbo “prestasen” por “prestaren”, en coherencia con el estilo adoptado en el resto del proyecto.

Fuera de esa adecuación terminológica, la disposición mantiene el criterio sustantivo vigente: la pena del delito se aplica a quienes brindan un auxilio o cooperación sin los cuales el hecho no habría podido cometerse. No obstante, al igual que en el artículo anterior, sería oportuno precisar en el texto legal que la existencia de un acuerdo previo o conocimiento recíproco entre los intervinientes no resulta indispensable, bastando la convergencia intencional en la realización del hecho común.

ARTÍCULO 91.- INSTIGACIÓN.

“A los que hubieren determinado directamente a otro a cometer el hecho delictivo se les impondrá la pena establecida para tal delito.”

Este supuesto figuraba originalmente en la frase final del artículo 45. Al igual que en los casos anteriores, el proyecto optó por nombrar expresamente esta forma de intervención con su denominación técnica —instigación—, término de uso consolidado en la praxis judicial, y sustituyó el verbo “hubiesen” por “hubieren”, en coherencia con el estilo uniforme del texto.

En la actualidad, esta categoría cobra renovado interés ante la proliferación de discursos públicos capaces de movilizar conductas colectivas o generar hostilidad hacia determinados grupos.

En ese contexto, el Juzgado Federal N° 3, en el caso “Biasi, Vanina s/ inf. ley 23.592” (resuelto el 7 de abril de 2025), sostuvo que: *“Combatir el discurso de odio no significa limitar ni prohibir la libertad de expresión. Se trata de impedir la escalada de dicha incitación al odio hacia algo más peligroso, en particular instigando a la discriminación, la hostilidad y la violencia, lo cual está prohibido*



según el derecho internacional.”

Este enfoque permite advertir cómo la figura de la instigación puede proyectarse al ámbito del discurso simbólico o social, donde la participación penal ya no se manifiesta únicamente mediante un estímulo individual directo, sino también a través de mensajes o acciones capaces de generar un clima propicio para la comisión de actos discriminatorios o violentos.

Desde esta perspectiva, la redacción propuesta para el artículo 91 —al mantener la fórmula “determinar directamente a otro a cometer el hecho delictivo”— conserva la exigencia de causalidad e intención propias de la instigación clásica, pero admite una interpretación sistemática que contemple estas formas contemporáneas de inducción indirecta. Así, la norma logra equilibrar la protección de la libertad de expresión con la responsabilidad penal de quien, mediante su discurso, incita al odio o la violencia, sin apartarse del principio de legalidad ni ampliar indebidamente el alcance del tipo penal.

ARTÍCULO 92.- PARTICIPACIÓN SECUNDARIA.

Los que cooperaren de cualquier otro modo en la ejecución del hecho y los que prestaren una ayuda posterior cumpliendo promesas anteriores serán reprimidos de conformidad con la pena del delito consumado reducida en la mitad del mínimo y en un tercio del máximo. Si la pena fuera de prisión perpetua, se impondrá prisión de QUINCE (15) a VEINTE (20) años.

Este artículo, además de nombrar expresamente la figura del partícipe secundario, introduce cambios de relevancia dogmática y técnica. En particular, se ocupa de precisar expresamente el modo en que debe efectuarse la reducción de la pena aplicable a quien haya cooperado de manera no esencial en la realización del hecho delictivo.

En primer lugar, al igual que lo hace el artículo 86 del proyecto,—referido a la tentativa—, establece que corresponderá la aplicación de la pena del delito consumado reducida en un tercio del máximo y en la mitad del mínimo, poniendo fin a la prolongada controversia doctrinaria y jurisprudencial en torno a este punto.

Desde una perspectiva de técnica legislativa, entiendo que podría resultar conveniente sustituir la expresión vaga “cooperar de cualquier otro modo” por



una fórmula que permita identificar con mayor precisión que se trata de un aporte no esencial para la concreción del tipo penal, en contraposición a la colaboración indispensable que caracteriza a los partícipes primarios regulados en el artículo anterior.

No obstante, la explicitación del criterio de reducción punitiva constituye un avance relevante, en tanto la fórmula adoptada coincide con la interpretación mayoritaria de la doctrina penal argentina y con la que, en la práctica, ha sido aplicada de manera uniforme por los tribunales.

Eliminación de la pena de reclusión

Asimismo, al igual que en el artículo 5, el proyecto elimina de esta norma la pena de reclusión, sustituyéndola por la denominación unificada de “pena privativa de la libertad”.

La subsistencia de la reclusión, pese a las sucesivas reformas experimentadas por el Código Penal, resultaba inexplicable.

Desde la sanción de la Ley 24.660 (1996), el sistema de ejecución penal prescindió de tal distinción, refiriéndose en todo momento a “penas privativas de la libertad” sin diferenciar entre prisión y reclusión. En todo su articulado, la Ley 24.660 no establece diferencia alguna entre ambas penas —ni en materia de progresividad ni respecto del acceso a beneficios penitenciarios—, lo que supuso una derogación tácita de la distinción original, cuya supresión expresa habría contravenido el texto del Código Penal.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación declaró la inconstitucionalidad de la pena de reclusión en “Gómez Dávalos, Andrés s/ recurso de hecho” (Fallos 319:1840, 1996), al considerarla cruel e inhumana, en violación del artículo 18 de la Constitución Nacional.

Posteriormente, en “Méndez, Nancy s/ incidente de ejecución de la pena” (Fallos 328:4343, 2005), el Tribunal reafirmó ese criterio, al sostener expresamente que la distinción entre prisión y reclusión había sido derogada por la Ley 24.660 y que, por lo tanto, no correspondía aplicar el cómputo diferenciado previsto en el artículo 24 del Código Penal.

Estos precedentes consolidaron la doctrina según la cual la reclusión carece hoy de operatividad práctica, lo que justifica su eliminación formal del texto legal.



Así, la reforma extirpa definitivamente este resabio nominal, adecuando la ley de fondo al régimen vigente de ejecución penal y a la jurisprudencia consolidada del Máximo Tribunal.

Cambio del monto de reducción de la pena en delitos con prisión perpetua

El cambio sustancial que introduce el proyecto se refiere al modo de reducción de la pena aplicable al partícipe secundario cuando el delito principal está sancionado con prisión perpetua.

Hasta ahora, el marco punitivo se fijaba entre diez y veinte años de prisión. La reforma propone elevar el mínimo a quince años, manteniendo el máximo, con el propósito de armonizar la proporcionalidad de la pena frente a la gravedad de los delitos con sanción máxima y dotar de mayor coherencia interna al sistema sancionatorio.

ARTÍCULO 93.- ALCANCE DE LA COOPERACIÓN.

Si de las circunstancias particulares de la causa resultare que el acusado de complicidad no quiso cooperar sino en un hecho menos grave que el cometido por el autor, la pena le será aplicada solamente por el hecho que prometió ejecutar. Si el hecho no se consumase, la pena del cómplice se determinará conforme a los preceptos previstos en este artículo y a los correspondientes a la tentativa en el Título VI de este Libro.

ARTÍCULO 94.-

“Las relaciones, circunstancias y calidades personales cuyo efecto sea disminuir o excluir la penalidad no tienen influencia sino respecto del autor o cómplice a quienes correspondan. Tampoco tienen influencia aquellas cuyo efecto sea agravar la penalidad, salvo el caso en que fueran conocidas por el partícipe”.

En este caso, el proyecto tampoco introduce modificaciones sustantivas, sino que ajusta la redacción del precepto mediante el uso del presente del indicativo (“tienen influencia”), en coherencia con el criterio ya descrito en la introducción. Esta formulación refuerza el carácter general e inmediato de la regla, afirmando su aplicación directa a los casos concretos y no a hipótesis futuras o eventuales.

ARTÍCULO 95.- EXCEPCIÓN A LAS REGLAS GENERALES DE PARTICIPACIÓN. No se considera partícipe de los delitos cometidos por cualquier medio de comunicación e información de prensa a la persona que



solamente prestara al autor de las expresiones la cooperación material necesaria para su publicación, difusión o venta, a excepción de que aquélla actúe de acuerdo a las reglas previstas para la autoría y participación.

Se trata de una norma cuya ubicación sistemática ha sido cuestionada por la doctrina, en tanto no existen delitos específicos dentro del Código Penal de la Nación que puedan ser cometidos por la prensa como para justificar, en principio, la inclusión de reglas particulares de participación en este ámbito.

En palabras de D'Alessio, *"...El fundamento de la norma es de naturaleza constitucional ya que se trata de evitar una forma de censura previa, estableciendo una garantía de libertad de prensa y de circulación de las ideas por escrito. Por ello, quienes prestaren al autor de un escrito o grabado la cooperación material necesaria para que lo publique, difunda o venda, quedan fuera de las reglas de la participación."*³

En un sentido concordante, otros autores, entre los que se alista Zaffaroni, sostienen que la norma posee un claro sentido político-criminal, orientado a evitar interferencias en la circulación de las ideas escritas, dejando que —en caso de que se cometa algún delito— la responsabilidad recaiga exclusivamente sobre el autor de la publicación, excluyendo a quienes hayan prestado una colaboración meramente material, como diseñadores gráficos o quienes realizan tareas de imprenta, entre otros.

Los tipos penales que suele cometer la prensa, en general, son los de calumnias e injurias, razón por la cual una parte relevante de la doctrina ha sostenido que esta excepción debería ubicarse en el capítulo correspondiente a los delitos contra el honor. Sin embargo, resulta claro que el legislador no ha querido limitar el alcance de la norma a dichos supuestos.

Por otro lado, un sector minoritario considera que estas reglas deberían incluirse en el artículo 77 del Código Penal, donde se encontraban en su redacción original. No obstante, dicha disposición cumple una función meramente definitoria, al precisar el alcance de términos como "funcionario público", "estupefacientes" o "militar", entre otros, sin regular supuestos de exclusión de responsabilidad penal, por lo que su ubicación en ese sector del Código resultaría aún más ajena a su finalidad.

³ D'Alessio, Tomo I, pág.552.



Por tales motivos, al regular dicha norma cuestiones atinentes a la participación penal, parece razonable la decisión legislativa de mantener el artículo en el capítulo en el que actualmente se encuentra.

Asimismo, es de destacar que la redacción original de la norma, al utilizar la palabra “prensa”, alude exclusivamente a los medios gráficos. La propuesta del proyecto de reforma es extender su alcance a todos los medios de comunicación e información se adecua a los cambios tecnológicos, incluyendo radio, televisión, redes sociales y plataformas digitales.

Este ensanchamiento del alcance normativo podría, en principio, suscitar objeciones vinculadas con el principio de legalidad.

Ahora bien, dado el carácter dinámico del desarrollo tecnológico, la utilización de una fórmula amplia evita que la norma quede rápidamente desactualizada y que sea necesario recurrir, como hasta ahora, a interpretaciones analógicas para incluir otros medios.

CONCLUSIONES:

El análisis del proyecto de reforma del Código Penal en materia de autoría y participación permite advertir un esfuerzo sistemático por modernizar el régimen vigente, ordenar categorías tradicionalmente dispersas y adecuar la terminología a un lenguaje jurídico uniforme y actual.

La incorporación expresa de conceptos que, hasta ahora, se encontraban sostenidos principalmente por la doctrina y la jurisprudencia —como la autoría mediata o la clasificación entre participación primaria y secundaria— constituye un aporte relevante para la claridad normativa y la seguridad jurídica.

Asimismo, la reforma introduce mejoras técnicas significativas. Entre ellas pueden mencionarse la eliminación definitiva de la pena de reclusión, la precisión del alcance de la reducción punitiva para los partícipes secundarios, la actualización de los tiempos verbales y la adecuación del artículo referido a los medios de comunicación e información, hoy necesariamente extendido a nuevas tecnologías y plataformas digitales. Estas decisiones normativas contribuyen a armonizar el texto legal con la práctica judicial contemporánea y con los estándares constitucionales vigentes.



En cuanto al régimen de autoría, la explicitación de la posibilidad de realizar el hecho “por sí o por medio de otro” consolida una línea interpretativa ampliamente aceptada en la jurisprudencia argentina y en el derecho comparado, brindando un marco más claro para casos complejos en los que la intervención se ejerce a través de estructuras organizadas o mediante delegación de funciones. Algo similar ocurre con la tipificación autónoma de la instigación y de la participación primaria, que ordena categorías tradicionales sin alterar sus requisitos sustantivos.

Sin perjuicio de estos avances, el propio dinamismo del derecho penal y de la práctica judicial plantea la posibilidad de continuar profundizando la precisión normativa en algunos aspectos específicos. En particular, la regulación de las distintas formas de convergencia subjetiva entre intervinientes y la delimitación entre aportes esenciales y no esenciales siguen siendo ámbitos en los que la doctrina y la jurisprudencia cumplen un rol central, lo que abre la puerta a eventuales desarrollos legislativos futuros.