



UNCUYO
UNIVERSIDAD
NACIONAL DE CUYO

TESIS DE MAESTRÍA

**APROXIMACIÓN
AL PRINCIPIO DE ACCESORIEDAD EN LA
PARTICIPACIÓN**

ALUMNO: ABOG. EZEQUIEL VACCHELLI
DIRECTOR: PROF. DR. OMAR PALERMO
MENDOZA, 2015.



UNCUYO
UNIVERSIDAD
NACIONAL DE CUYO

FACULTAD DE DERECHO

TESIS DE MAESTRÍA

**APROXIMACIÓN
AL PRINCIPIO DE ACCESORIEDAD EN LA
PARTICIPACIÓN**

MAESTRÍA EN DERECHO PENAL Y CIENCIAS PENALES
1º COHORTE

ALUMNO: ABOG. EZEQUIEL VACHELLI
DIRECTOR: PROF. DR. OMAR PALERMO
MENDOZA, 2015.

RESUMEN

El presente trabajo aborda el estudio del principio de accesoriidad en la participación delictiva, desde una perspectiva metodológica normativa y funcionalista. En este marco, se desarrollan inicialmente los diversos enfoques postulados por la doctrina para explicar el fundamento del injusto del partícipe. Asimismo, se analizan minuciosamente, en los distintos niveles de la teoría del delito, las consecuencias sistemáticas de las dimensiones interna y externa de la accesoriidad. El objetivo de este trabajo es doble: por un lado, relevar el estado actual de la discusión en torno a los supuestos de intervención de una pluralidad de agentes en un mismo contexto delictivo y, por otro lado, realizar una crítica a la concepción dominante en orden a los problemas diagnosticados en un grupo de casos adversos.

ZUSAMMENFASSUNG

Dieser Arbeit befasst sich mit der Untersuchung des Grundsatzes der Akzessorietät in der kriminellen Beteiligung, aus normative, methodischen und funktionalistischen Sicht. In diesem Rahmen entwickeln sich zunächst von der Lehre vorgeschlagene, verschiedene Artige Ansätze um die Grundlage des Unrecht des Teilnehmers zu erklären. In ähnlicher Weise werden die systematische Konsequenzen der internen und externen Dimensionen der Akzessorietät auf verschiedenen Ebenen der Theorie des Unrecht analysiert. Diese Arbeit hat zwei Ziele: auf den einen Seite, den aktuellen Stand der Diskussion um die Fälle der Beteiligung einer Vielzahl von Akteuren im gleichen kriminellen Kontext zu erleisten und auf der anderen Seite die dominante Vorstellung von Problemen die in einer Reihe von schweren Fällen festgestellt wurden, kritisieren.

ABSTRACT

This work deals with the study of the principle of accessoriness in criminal involvement, from a functionalist and normative perspective. In this context, are developed different approaches postulated by the doctrine to explain the basis for the punishment of the participant. Also, are thoroughly analyzed, at each level of the crime's theory, the systematic consequences of internal and external dimensions of accessoriness. The aim of this paper is twofold: first, knowing the current discussion about the hypothesis of involvement of various agents in the same criminal context, secondly, to critique the dominant conception in relation to the problems identified in a group of adverse cases.

ÍNDICE ANALÍTICO

INTRODUCCIÓN

CAPÍTULO I

CONCEPTOS PRELIMINARES: LA DISCUSIÓN SOBRE EL FUNDAMENTO DEL INJUSTO DEL PARTÍCIPE.

1. Conceptos de autor, 15.

- a. El concepto unitario, 15.
- b. El concepto extensivo, 19.
- c. Concepto restrictivo. *Desde N hasta η* , 20.

FIGURA I

2. El fundamento del injusto del partícipe, 23.

- a. Teorías: Sobre el criterio de clasificación propuesto, 25
- b. Responsabilidad del partícipe por favorecer un hecho ajeno, 26.
 - i. Teorías de la corrupción, 26.
 1. Teoría de la participación en la culpabilidad, 26.
 2. Teoría de la desintegración social, 27.
 - ii. Teorías de la participación en el injusto, 28.
 1. Teoría de la participación en el injusto en sentido propio, 29.
 2. Teoría del ataque accesorio al bien jurídico [ROXIN], 30.
 3. Teoría de la participación en el injusto [STRATENWERTH], 31.
- c. Teorías del hecho propio, 33.
 - i. Teorías puras de la causación, 33.
 1. Teoría radical de la causación [LÜDERSSEN], 34.
 2. El delito del partícipe [SCHMIDHÄUSER y HERZBERG], 36.
- d. Teorías convergentes: la intervención en el hecho común, 38.
 - i. El fundamento de la participación *à la* JAKOBS, 38.
 - ii. La propuesta de ROBLES PLANAS, 40.
- e. Una aproximación desde la Teoría de las normas [STEIN y MAÑALICH], 42.

3. Consideraciones críticas, 45.

CAPÍTULO II

EL PRINCIPIO DE ACCESORIEDAD Y SU DIMENSIÓN EXTERNA.

1. Accesoriedad: concepto, dimensiones y relaciones, 49.
2. La dimensión externa de la accesoriedad, 50.

FIGURA II

- a. *Pacta sunt servanda*, 53.
- b. La especial dinámica de la accesoriedad externa, 55.
 - i. El desplazamiento de H, 55.
 - ii. Aportes en la fase previa al comienzo de ejecución, 56.
 1. El comienzo de ejecución: el vector \overline{AE} , 56.
 2. El meollo de la discusión, 57.
 3. La retroactividad de \overline{AE} , 61.
 4. La apariencia *engañosa* de la accesoriedad externa, 63.
 - iii. Prohibición de regreso en el arco \overline{AE} , 64.
3. El diagnóstico: la incorrecta articulación entre los principios de autorresponsabilidad, lesividad y legalidad, 68.

FIGURA III

- a. El principio de legalidad [\overline{C}], 70.
- b. El principio de lesividad [\overline{B}], 72.
- c. El principio de autorresponsabilidad [\overline{A}], 75.
4. Consecuencias dogmáticas derivadas de las tensiones entre \overline{A} , \overline{B} y \overline{C} , 78.
 - a. Legalidad/Lesividad [x]: *La accesoriedad externa como síntesis ineludible*, 78.
 - b. Autorresponsabilidad/Lesividad [z]: *el bien objeto de ataque debe estar protegido frente al partícipe. Dolo propio de consumación*, 82.
 - c. Autorresponsabilidad/Legalidad [y]: *los requisitos del injusto a los que accede el partícipe. Accesoriedad interna*, 85.
5. Consideraciones finales: *¿Un Teorema de Pitágoras?* 87.

CAPÍTULO III

LA CRISIS DE LA ACCESORIEDAD LIMITADA.

1. Conceptos preliminares, 89.
2. La recepción de la accesoriedad interna en los ordenamientos positivos, 92.
3. El contenido de injusto de la participación: tres preguntas cruciales, 95.
 - a. Problemas en el ámbito de la tipicidad: *¿Participación en hechos típicos?* 96.
 - b. El aspecto objetivo del tipo de referencia en la participación, 97.
 - i. Delitos de infracción de deber, 97.
 1. Noción, origen, distinciones, 97.

2. Los delitos de infracción de deber para Jakobs, 99.
 3. La intervención en los delitos especiales y el principio de accesoriedad: cinco consecuencias sistemáticas, 102.
 4. Dos casos problemáticos, 105.
 - Instrumento doloso no cualificado, 105.
 - Instrumento cualificado que obra en error. Variantes, 106.
 5. Marcos regulatorios e interpretaciones de la doctrina, 108.
 - La cuestión en la dogmática alemana y española, 108.
 - FIGURA IV
 - La regulación en el Código Penal argentino, 114.
 - FIGURA V
 6. Horizontes en la discusión trabada en torno a los delitos de infracción de deber:
 - ¿*Extranei* autores e *intranei* partícipes? La participación en los delitos de propia mano, 116.
 - ii. La participación en los delitos de propia mano, 119.
 - iii. La participación en los delitos de omisión, 121.
 - c. Problemas en el plano subjetivo del tipo, 122.
 - i. ¿Participación punible en hechos no dolosos? 122.
 - ii. Participación en delitos imprudentes, 122.
 - iii. Combinaciones de dolo e imprudencia: delitos preterintencionales, 125.
 - iv. Reflexiones críticas, 126.
 - d. Problemas de la accesoriedad en el ámbito de la antijuridicidad: ¿Participación punible en hechos justificados? 127.
 - i. Hecho principal cometido bajo error sobre el tipo permisivo, 128.
 - ii. Dos casos de destrucción masiva, 130.
 - iii. Participación en casos de agente provocador, 131.
 - iv. Consideraciones críticas: un resto indivisible, 132.
 - e. Problemas de la accesoriedad en el plano de la culpabilidad: Una fuga hacia la accesoriedad máxima, 135.
 - f. *Excursus*: repercusiones procesales del modelo de la accesoriedad, 138.
4. ¿Una respuesta, varios injustos? 139.
 5. Apuntes finales: hacia un injusto plenamente objetivo, 141.

CAPÍTULO IV

CONCLUSIONES

BIBLIOGRAFÍA

INTRODUCCIÓN

La primer pregunta que plantea la teoría de la participación delictiva es una pregunta sobre sí misma: para abordar los problemas que plantean los casos en los que interviene una pluralidad de agentes en un hecho delictivo, preliminarmente deberemos responder si existe una necesidad fundada de operar con las categorías de autor y partícipe o si, por el contrario, tal distinción no tiene razón de ser.

Usualmente, los manuales, libros y artículos de doctrina que se aventuran en este tema, mueven sus piezas a partir de un lugar seguro: el de la autoría individual. Dicen que la teoría de la imputación penal es relativamente sencilla y, apenas puede producir discusiones teóricas cuando se trata de resolver un caso en el que interviene un solo agente. Esta apreciación puede ser compartida en su totalidad; tomando un ejemplo del cine, no plantearía mayores desafíos para el análisis la primer escena de la película *Mystic River*¹, en la que Dave, Jimmy y Sean, tres niños del barrio obrero de East Buckingham, se encuentran jugando en la calle, cuando uno de ellos (Dave) es secuestrado por un extraño que se hace pasar por policía. Aquí —dejando de lado lo que podría ser un eventual concurso de leyes penales— no tendríamos mayores dudas: el pederasta comete el hecho dolosamente, alcanza el resultado, no está justificado, es culpable y no hay causas de exclusión de la punibilidad.

Ahora, no podríamos decir lo mismo de la última escena de aquel largometraje, en la cual Dave, 25 años más tarde, vuelve a ser víctima de un hecho trágico. Jimmy, su amigo de la infancia devenido en mafioso, lo culpa de la muerte de su hija, por lo que trama un plan para vengarse. Los hermanos Savage —dos matones que trabajan para él— le ayudarán: recogerán a Dave, lo invitarán a tomar unos tragos y una vez ebrio lo llevarán engañado al lugar del hecho, donde Jimmy estará esperándolos. Así sucede, y cuando allí llegan Jimmy muestra sus cartas apuñalando brutalmente a Dave en el estómago. Los hermanos Savage al ver que no había muerto, le facilitan a Jimmy un arma de fuego para que remate finalmente a su viejo amigo. Bien, en este caso, a diferencia del representado al inicio de la película, la ejecución del hecho fue llevada a cabo con división de tareas (ahora son tres personas las que intervienen en un homicidio: Jimmy, que lo planifica, clava el puñal y ejecuta el disparo, y los hermanos

¹ Dir. EASTWOOD (2003).

Savage que buscan a Dave, lo trasladan engañado al lugar del hecho y le proporcionan a Jimmy el arma homicida). ¿Es Jimmy, quien planea y ejecuta de propia mano el homicidio, el autor del hecho y los hermanos Savage simples partícipes o, se podría pensar que a ellos el hecho también les pertenece en la misma medida que al ejecutor a pesar de no haber *matado*? ¿Si Jimmy no hubiese clavado el puñal en el vientre de Dave, hubiese quedado impune la conducta de favorecimiento de los matones o, por el contrario, deberían responder los partícipes —en el caso de que lo fueran— por su aporte independientemente de que existiera comienzo de ejecución de parte del autor? En suma, estas preguntas y otras que se le pueden ocurrir al lector en este momento hacen patente que la teoría de la imputación se complica notoriamente, cuando en aquellos casos inicialmente tan claros de homicidio, secuestro, abuso sexual, etc. participan varias personas.

Los problemas que plantean a la teoría de la imputación los supuestos de codelincuencia son variados, complejos y la mayoría de las veces ponen a prueba la coherencia de los enfoques dogmáticos que a ella subyacen. Distribuir responsabilidades entre los agentes que intervienen en un hecho delictivo plantea no sólo la pregunta sobre si debe distinguirse entre autores y partícipes, sino además, si esta distinción —en el caso de que procediera— debería aplicarse también a los delitos imprudentes, de omisión y de infracción de deber. Asimismo, si entendemos que existe una necesidad real de distinguir entre aquellas dos categorías, deberemos explicar si el fundamento del injusto de cada una de ellas es el mismo o es otro, y en esta última hipótesis de qué se trata. Por otra parte, en los casos de participación también surgen preguntas relativas al comienzo de ejecución del hecho típico: ¿Es único para todos los intervinientes o cada uno de ellos ingresa al plano delictivo individualmente? Y aquí ya nos acercamos al meollo de la discusión: ¿Debe ser la accesoriedad el criterio central de la teoría de la participación o, por el contrario, el injusto del partícipe debe ser autónomo frente al injusto del autor? Y aquí las preguntas se multiplican; si aceptamos el principio de accesoriedad como punto de partida ¿Cómo se resuelven los problemas que plantea la necesaria articulación de los principios de autorresponsabilidad, legalidad y lesividad? ¿Qué solución dar cuando una causa de justificación concurre solamente en la persona del autor pero no en la del partícipe? ¿Es éste un criterio que permite resolver la totalidad de los casos, o por el contrario, debe valerse de ortopedias de difícil fundamentación para suplir fallas

estructurales? En pocas palabras: ¿Está en crisis el principio de accesoriedad desde un punto de vista sistemático y funcional?

Al efecto de contestar esta pregunta, la línea argumental de la presente investigación se divide en tres partes. La primera de ellas, orientada al desarrollo de las teorías del fundamento del injusto del partícipe con el fin de posicionarnos críticamente frente a ellas y adoptar un punto de partida para abordar los problemas dogmáticos que plantea el principio de accesoriedad en la teoría del delito. En la segunda parte, se comienza a analizar desde una perspectiva normativa la especial dinámica del aspecto externo de la accesoriedad, prestando especial atención a la discusión trabada en torno a la punibilidad de los aportes realizados en la fase previa a la ejecución. Por último, en la tercera parte, se critica el concepto de injusto adoptado por la doctrina mayoritaria, a partir de los problemas diagnosticados en un grupo de casos, utilizados como criterios de demarcación científica en el ámbito de la accesoriedad limitada.

CAPÍTULO I

CONCEPTOS PRELIMINARES: LA DISCUSIÓN SOBRE EL FUNDAMENTO DEL INJUSTO DEL PARTICÍPE.

1. Conceptos de autor.

Como dijimos, cuando concurren varios agentes en un mismo hecho delictivo, la doctrina discute si debe o no distinguirse entre autores y partícipes. La disparidad de criterios permite identificar dos posiciones enfrentadas [a. y c.] y una intermedia [b.]. Lo que está aquí en juego, en el debate sobre si hay que distinguir entre los que toman parte y sobre si la distinción reporta algo más que una graduación, con arreglo a la cantidad del comportamiento delictivo, es la accesoriedad.²

a. El concepto unitario.

El concepto unitario de autor entiende que todo aquel que realice un aporte causal al resultado interviene en calidad de autor, ello, sin considerar la importancia o magnitud de su contribución para el hecho total, o las características delictivas del resto de los intervinientes.³ La respectiva importancia eventualmente diferente del aporte de cada uno de los intervinientes es ponderada —según este criterio— al momento de la determinación de la pena. Esta tesis al renunciar a la distinción entre autores y partícipes niega en absoluto la trascendencia de la accesoriedad. Es decir, prescinde de la idea de que el ilícito del instigador y del cómplice sean dependientes de la existencia de un hecho principal de ciertas características. De este modo, las lagunas de punibilidad que genera el principio de accesoriedad quedan colmadas por el hecho de que cada aporte está vinculado autónomamente al ilícito final.⁴

² Así, JAKOBS, *Derecho penal Parte general, Fundamentos y teoría de la imputación*, 21/4.

³ Ver por todos BACIGALUPO, *Derecho penal Parte general*, pág. 485 y ss.; FRISTER, *Derecho penal Parte general*, 2011, 25/5; JAKOBS, *Derecho penal Parte general, Fundamentos y teoría de la imputación*, 21/1 y ss.; JESCHECK, *Tratado de Derecho penal Parte general*, pág. 694 y ss.

⁴ JESCHECK, *Tratado de Derecho penal Parte general*, pág. 694 y ss.

«Todo aquel que toma parte ha de considerarse autor de un hecho antijurídico y culpable, sin tener en cuenta las cualidades delictivas de la contribución de los demás que toman parte (dolosa, imprudente, inevitable; culpable, inculpable) y sin más que un vínculo causal con el estado de desarrollo de las aportaciones de los otros (preparación, tentativa, consumación)». ⁵

La apuesta de la tesis de la responsabilidad indistinta de todos los intervinientes es la más elemental: todo aquel que coloque una condición causal para el delito, será autor. Y en contra de ella, la crítica de la doctrina ha sido tenaz, pero no por ello carente de contradicciones, principalmente cuando a menudo se observa este concepto solamente frente a los delitos dolosos, pero se adopta para los delitos imprudentes, asimismo que, tácitamente, para los delitos de omisión y de infracción de deber.⁶ Frente a esta propuesta existen obstáculos de Derecho positivo,⁷ sin embargo, más allá de ello,⁸ lo cierto es que la teoría del autor unitario yerra en un punto crucial: confunde causalidad con imputación. No todo aquel que causa un delito debe, sólo por ello, responder jurídico-penalmente, pues en este caso, se pasaría por alto la proyección del principio de lesividad, transformándose los actos preparatorios en tentativas y, ampliándose la punibilidad a todo el ámbito del fomento de un delito en definitiva no realizado, sin que se ponga en evidencia su necesidad político criminal.⁹

⁵ JAKOBS, *Derecho penal Parte general, Fundamentos y teoría de la imputación*, 21/5 y 21/7.

⁶ DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, "Autoría y participación" *Revista de Estudios de la Justicia*, Nº 10, pág. 14.

⁷ Ni el código penal argentino, ni el alemán o el español admiten el concepto unitario de autor —por lo menos podemos decirlo con seguridad para los delitos dolosos—. «Son pocos los Ordenamientos jurídicos extranjeros que aplican el concepto unitario de autor [...] El ejemplo principal de una regulación consecuente de autoría unitaria son los §§ 12 y 14 del StGB austríaco. De acuerdo con el § 14 I 1 de dicho texto los elementos personales especiales que afectan al injusto despliegan sus efectos a favor y en contra de todos los intervinientes, incluso aunque sólo concurren en uno de ellos. [...] El Código Penal italiano contiene en el art. 110 un concepto unitario de autor, de modo que no se plantea el problema de los criterios de delimitación ni el de la accesoriidad. De acuerdo con el art. 117 de dicho texto, incluso en los delitos especiales y de propia mano basta para la autoría cualquier cooperación con eficacia causal». JESCHECK, *Tratado de Derecho penal Parte general*, pág. 712 y ss.

⁸ Acertadamente, en relación con esta crítica SANCINETTI agrega que un cierto estado del derecho positivo nunca puede ser argumento contra una determinada concepción del ilícito, *Teoría del delito y disvalor de acción*, pág. 633. Según entiendo, esta opinión es correcta hasta cierto punto, pues una concepción alejada de un determinado ordenamiento positivo podrá ser legítima pero no válida (en relación con ello ver *infra* el delicado equilibrio entre el principio de autorresponsabilidad, legalidad y lesividad),

⁹ ROBLES PLANAS, *Garantes y cómplices. La intervención por omisión y en los delitos especiales*, pág. 119.

Como diagnostica JAKOBS, «la teoría del autor unitario llega cuantitativamente demasiado lejos. En el estadio de la preparación (antes de la cesura que señala el comienzo de la tentativa; p. ej. procurarse útiles para el robo), nadie considera la posibilidad de punir en general las acciones de preparación que han quedado aisladas en tanto que una sola persona debe ejecutar por sí sola todo lo necesario para el delito. Si se divide el trabajo (el primero que toma parte se ocupa de la preparación, el segundo de llevar el hecho a tentativa y a consumación), según el concepto unitario de autor, la acción preparatoria, sin embargo, se convierte en una aportación concluida al delito, que, sin exigencia de accesoriedad, tendría que ser punible como tentativa de delito, aun cuando después no ocurra nada más».¹⁰

Como veremos a continuación, la teoría de la participación está condicionada por la tipicidad. Si cualquier comportamiento constitutivo de una determinada modalidad de intervención delictiva por su sola relevancia causal para la realización del tipo estuviera alcanzado por la prohibición, el tipo objetivo del delito respectivo perdería todo límite preciso. La mera contribución naturalística a la producción del resultado típico no constituye un criterio de imputación suficiente. Es por ello que subsumir inmediatamente cualquier aporte causal bajo el contenido de la norma, constituye un error categorial. Ello significa que en el ámbito de los así llamados delitos de resultado, la autoría no depende de que alguien haya puesto una condición causalmente relevante para la explicación del resultado, sino de que a ese alguien pueda imputarse la producción causal del resultado.¹¹

Asimismo, el concepto unitario desconoce el mandato de determinación de los tipos en relación con su función primordial, en cuanto de aplicarse estrictamente, conduciría a una ampliación lingüísticamente forzada de los conceptos con que se describe la acción ejecutiva de la Parte Especial.¹² Tomando el ejemplo de JAKOBS: aconsejar a otro a que calumnie a un tercero no es por sí mismo afirmar o difundir hechos deshonrosos.¹³ De este modo, nos damos cuenta de que esta versión de la responsabilidad indiferenciada de la codelinuencia violentaría el uso normal del

¹⁰ JAKOBS, *Derecho penal Parte general, Fundamentos y teoría de la imputación*, 21/6.

¹¹ MAÑALICH, "La estructura de la autoría mediata" *Revista de Derecho*, núm. XXIV pág. 381.

¹² Sobre este punto, DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO agrega que el concepto unitario de autor al renunciar a la accesoriedad, permite una menor precisión o concreción de las fronteras de lo típico y supone que un olvido del legislador en la corrección de sus consecuencias indeseadas conduzca a un exceso de punición. En consecuencia el concepto unitario de autor se adapta peor que el restrictivo a los principios de Derecho penal de un Estado de Derecho. "Autoría y participación" *Revista de Estudios de la Justicia*, N° 10, pág. 14.

¹³ JAKOBS, *Derecho penal Parte general, Fundamentos y teoría de la imputación*, 21/5 y 21/7.

lenguaje, ello en cuanto, parece intuitivo que no mata alguien que entrega un arma para matar; por ende, su conducta no se subsume en el tipo que deriva de la prohibición del homicidio: matar a otro (art. 79, C.P.).¹⁴

Por otra parte, al prescindir de la distinción entre el *quantum* comparado del aporte de cada agente no consigue abarcar el verdadero significado del hecho delictivo en relación con cada uno de los intervinientes, atomizando lo que debería ser una unidad de sentido en múltiples causalidades “sin amarrar” que por sí solas no pueden explicar el comportamiento punible.¹⁵ Más problemas aparecen, claro está, cuando la tesis de la responsabilidad indistinta por la causación del resultado pretende explicar la dinámica de intervención de la pluralidad de agentes en un delito de infracción de deber propio, cuando alguno de ellos no ostenta la calidad exigida por el tipo penal —caso de la intervención no calificada que genera el comportamiento lesivo del funcionario público que actúa sin dolo—.

En síntesis, la concepción unitaria de autor no sólo tiene dificultades para resolver los casos complejos al mismo tiempo que choca con el principio de legalidad, sino que además es tramposa. Pues como anticipamos, propone realizar matices análogos a los de la distinción que quiere dejar de lado, dentro de la individualización de la pena. Y las categorías de autores y partícipes pretenden ser, precisamente, una herramienta apropiada para precisar la entidad de cada aporte en relación con el hecho típico, estableciendo de antemano una clasificación normativa, que cumple más adecuadamente el “mandato de certeza” del principio de legalidad.¹⁶ En la misma línea, puede afirmarse que este enfoque al convertir a todos en autores niega el concepto de participación y simultáneamente hace decaer el de autoría.¹⁷ Ello en tanto, como veremos, no sólo es condición esencial de la participación que al interviniente no le pertenezca el hecho en la misma medida que al autor —delimitación negativa—, sino que también, este último se define en relación con el partícipe como una categoría reflexiva.

¹⁴ SANCINETTI, *Teoría del delito y disvalor de acción*, pág. 633.

¹⁵ JAKOBS, *Derecho penal Parte general, Fundamentos y teoría de la imputación*, 21/6. En la misma línea, ROBLES PLANAS, *Garantes y cómplices. La intervención por omisión y en los delitos especiales*, pág. 17.

¹⁶ SANCINETTI, *Teoría del delito y disvalor de acción*, pág. 634. Asimismo, ampliamente sobre el principio de legalidad y el mandato de certeza de los tipos penales, SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, págs. 249 y ss.

¹⁷ ROBLES PLANAS, *Garantes y cómplices. La intervención por omisión y en los delitos especiales*, pág. 14.

b. El concepto extensivo.

Los problemas básicos del concepto unitario de autor también los presenta el concepto extensivo, forjado con su misma matriz. Ello en tanto, aquí también toda causación fundamenta la autoría, sólo que luego, se vale de las estructuras de Derecho positivo que limitan la pena, para reducirlas a participación. La propuesta es entender a los tipos de la Parte Especial del Código Penal como abarcativos de toda forma de intervención, mientras que la regulación de la participación en la Parte General constituiría una limitación de la responsabilidad. Dicho de otro modo: todo causante realiza el tipo penal, por lo tanto instigador y cómplice son, en sí, también autores, pero descriptos especialmente en otros preceptos de la parte general, que convierten su respectivo ilícito en específico.

Aquí, las reglas de participación, funcionan —como veremos a continuación— de manera inversa a como lo hacen para el concepto restrictivo de autor, en tanto según el concepto extensivo, las normas de la Parte General no son ampliaciones de la tipicidad y de la punibilidad a conductas que de otro modo serían atípicas e impunes, sino restricciones de la punibilidad de ciertas conductas que de otro modo deberían ser punibles igualmente, por constituir actos de verdadera autoría.¹⁸ En este entendimiento, asimismo, radica la principal diferencia con la teoría unitaria, no obstante, ambas parten de la misma premisa: todo interviniente en el hecho es autor. Y es este genotipo común el que las conduce a padecer un mismo rendimiento insuficiente frente a los problemas que plantean los supuestos de pluralidad de intervinientes.¹⁹

En suma, este intento de resolver los problemas de pluralidad de intervinientes en el delito sin recurrir a la accesoriedad, al igual que la versión unitaria, se enfrenta al desafío de explicar porqué los agentes que realizan aportes causales en el ámbito previo a la tentativa punible deben quedar impunes, o bien —en lo que sería una solución acorde a sus premisas iniciales—, definir como ilícito un comportamiento en el ámbito previo a la exteriorización.²⁰ Esta es la razón por la que muchos de sus partidarios, reflexionando a partir de las definiciones de Derecho

¹⁸ SANCINETTI, *Teoría del delito y disvalor de acción*, pág. 634.

¹⁹ Para una crítica en profundidad ver JESCHECK, *Tratado de Derecho penal Parte general*, pág. 699 y ss.

²⁰ JAKOBS, *Derecho penal Parte general, Fundamentos y teoría de la imputación*, 21/8a.

positivo hayan reconocido la necesidad de distinguir entre autoría y participación y, a menudo, hayan admitido el carácter accesorio de la participación, con lo que en buena medida han traicionado el punto de partida del concepto.²¹

c. El concepto restrictivo: desde N hasta η .

En sentido opuesto a las tesis de la responsabilidad indiferenciada, el concepto restrictivo de autor²², clasifica las formas de intervenir en un delito, articulando dos categorías de análisis fundamentales: autores y partícipes.²³ La participación es —en relación con la categoría de autor, la cual se erige en la figura central del suceso²⁴—, una estructura de imputación derivada.²⁵ A partir de aquí, articularé mi explicación con un gráfico de dos formas sucesivas, al desarrollarlo, no me limitaré a la última forma, la completa, porque la sucesión de las figuras no se puede reducir a un acabamiento gradual y lineal, sino que implica el cambio retroactivo de las formas precedentes por entendimientos ulteriores ya evolucionados. Por ejemplo, la última forma, la completa, que contiene la articulación del nivel superior del gráfico [el vector \overline{AE} atravesando $I-i$ desde A hasta p] sólo se puede entender si la leemos como una superación de la concepción tradicional en la cual el aporte del partícipe dependía de un hecho ajeno.

Empecemos entonces con la primer forma, que apunta a representar elementalmente la relación entre autor y partícipe y la norma que infringe cada uno de ellos, a la luz de la propuesta del concepto restrictivo de autor, para luego,

²¹ DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, "Autoría y participación" *Revista de Estudios de la Justicia*, Nº 10, pág. 14.

²² Ampliamente JESCHECK, *Tratado de Derecho penal Parte general*, págs. 697 y ss.

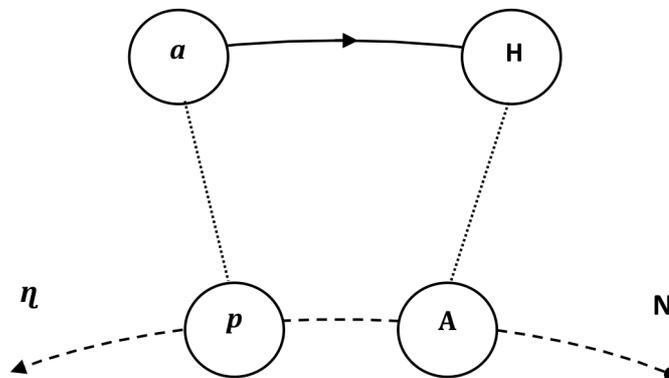
²³ A la vez, esta clasificación inicial se divide en diversas subcategorías. En lo que respecta a la autoría, el autor puede ser directo (en su propia persona realiza todos los elementos del tipo de la acción punible) o mediato, (utiliza a otra persona como instrumento); si son varias las personas que intervienen en el hecho delictivo, existe codominio del hecho, acuerdo común y división de tareas estamos frente a una coautoría; asimismo, se denomina coautoría colateral, accesorio o concomitante al supuesto en el cual un autor actúa desconociendo la acción del otro autor. Por su parte, en la participación se distinguen dos grandes subgrupos: el de los instigadores, quienes determinan dolosamente a otro a realizar el hecho típico, y el de los cómplices, quienes favorecen o colaboran dolosamente en el ilícito que ejecuta el autor. A su vez, los cómplices pueden ser cooperadores o partícipes primarios (necesarios) o secundarios (simples cómplices).

²⁴ ROXIN, *Autoría y dominio del hecho en Derecho penal*, pág. 42 y ss.

²⁵ En contra, ROBLES PLANAS, *Garantes y cómplices. La intervención por omisión y en los delitos especiales; La participación en el delito: fundamento y límites; "Los dos niveles del sistema de intervención en el delito (el ejemplo de la intervención por omisión)"*, *Indret*.

desarrollar las diferentes teorías que intentan explicar el fundamento del injusto de la participación.

FIGURA I



Frente a los déficits propios de la tesis de la responsabilidad indiferenciada, el concepto restrictivo de autor para explicar la dinámica de la intervención en el delito se vale de las categorías de autoría y participación: la primera de ellas, comprendida exclusivamente en los tipos de la Parte Especial y, la segunda de ellas, contenida en las cláusulas de la Parte General relativas a la participación. Estas últimas operan como una extensión de la tipicidad y por tanto de la responsabilidad, permitiendo castigar a personas distintas del autor. Siendo, la imputación de estos últimos accesoria a la del autor. En el homicidio, por ejemplo, sólo es autor [A] quien realiza un comportamiento que puede ser contenido en la descripción del tipo que consiste en matar a otro [N]. Por el contrario, el partícipe [p] no mata, siendo responsable porque ha realizado un aporte [a] para la comisión de ese hecho punible [H]. Así, la regulación de la participación en la Parte General del Código Penal [η] representa una extensión de responsabilidad, que es dependiente o derivada de la norma principal de autoría [N].

Para este enfoque, la conducta de p es accesoria porque entra en consideración sólo cuando existe imputación de la acción ejecutiva en A. Este concepto restrictivo de autoría, con la nota de la accesoriidad limitada de la participación es preferido por la doctrina mayoritaria frente a las tesis de la responsabilidad indiferenciada, sobre todo por permitir una mejor determinación de lo típico y adaptarse con ello en mayor

grado a los principios de legalidad y lesividad.²⁶ Para repartir la responsabilidad entre varios agentes que intervienen en la comisión de un mismo hecho delictivo, la doctrina opera —desde este punto de vista— del siguiente modo: primero, determina la autoría y, luego, determina quiénes han favorecido o determinado aquella conducta. Así, A es quien infringe N, el deber directamente originado por la prohibición típica, siendo H la infracción de un deber propio de conducta; mientras que *p* responde por infringir η la norma derivada que prohíbe cooperar o determinar el hecho típico ajeno.

Como veremos a continuación, el concepto restrictivo de autor no ha logrado explicar con éxito cuál es la razón —distinta a la del autor— por la que responde el partícipe. Con suerte, ha conseguido definir dos deberes distintos, sustentados en dos normas de conducta diferentes, a saber, N que vincula al autor (constitutiva o primaria) y η que afecta al partícipe (derivada o de flanqueo). Y así, es posible afirmar que las formas de intervención en el delito pueden traducirse como la infracción de un deber propio de comportamiento; conclusión preliminar que confirma que hemos tocado la primer fibra del fundamento del injusto del partícipe. En relación con ello, observa ROBLES PLANAS —con razón— que en realidad, con este planteamiento estamos de nuevo siempre ante autores: autor de la infracción de una norma principal [A/N] y autor de la infracción de una norma derivada [A/ η].²⁷

Aquí, estamos frente al concepto defendido mayoritariamente por la doctrina y jurisprudencia de tradición romano-germánica. No obstante ello, aun en el nivel de una lectura inmediata de sus rasgos fundamentales, es difícil eludir la sensación de que en esta posición hay algo que no encaja, o con mayor precisión, que la necesidad de que la participación dependa de la autoría fluye con demasiada facilidad.²⁸ Como desarrollaré a continuación, el tradicional principio de accesoriedad acuñado por el concepto restrictivo de autor conduce a consecuencias indeseables frente a numerosos grupos de casos y llega a senderos que no sólo se bifurcan, sino que, la mayoría de las veces prontamente se estrechan.

2. El fundamento del injusto del partícipe.

²⁶ DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, "Autoría y participación" *Revista de Estudios de la Justicia*, Nº 10, pág. 14.

²⁷ ROBLES PLANAS, *Garantes y cómplices. La intervención por omisión y en los delitos especiales*, págs. 14 y 15.

²⁸ Para una crítica minuciosa del concepto restrictivo de autor ver ROBLES PLANAS, *La participación en el delito: fundamento y límite*, pág. 265 y ss.

En el acápite anterior explicamos tres enfoques a partir de los cuales se entiende la autoría y también dijimos que las formas de participación son caracterizadas por la doctrina dominante como extensiones del tipo penal. Asimismo, aludimos brevemente a que el concepto restrictivo de autor concibe la conducta del partícipe como accesoria a la conducta del autor, lo que significa entender a la participación como un «concepto de referencia», con una arquitectura diseñada a partir del hecho punible ejecutado de propia mano por el autor. En suma, hasta aquí las descripciones de delitos de la Parte Especial comprenderían sólo la ejecución en concepto de autor de quien comete por sí mismo, funcionando el castigo de la participación como una ampliación de la punibilidad.²⁹ De este modo, condición esencial de la participación es que el interviniente no haya realizado la acción típica. Función negativa³⁰ de la acción típica que no debe entenderse en un sentido formal, sino material: es preciso que en caso de pluralidad de intervinientes, el partícipe no haya co-configurado el hecho en plano de igualdad con el autor o no haya estado obligado por el deber especial en los delitos de infracción de deber.

A seguir, podemos seguir valiéndonos de la FIGURA I, en la cual está representada la relación básica entre la infracción del deber directamente originado por la prohibición típica N —tipo de autoría— y la infracción del deber contenido en la norma derivada η —norma de participación—, funcionando la primera como condición lógica de la segunda.³¹ Ahora, si la tesis mayoritaria quiere presentar siempre al ilícito del partícipe como necesariamente ligado al hecho principal, la pregunta obligada tiene que ver con el fundamento de que la ley amenace con pena no sólo la acción adecuada al supuesto del hecho típico, sino también la inducción o favorecimiento al mismo. Dado que para el concepto restrictivo de autor el injusto del partícipe es distinto al del autor y la categoría de la participación constituye una

²⁹ Destaca JAKOBS, que también se han presentado como ampliaciones de la punibilidad la coautoría y la autoría mediata. Pero estas ampliaciones en concepto de autor vinculan la responsabilidad a la configuración de la concreta realización del tipo o a la decisión sobre si ésta se lleva a cabo. Por su parte, en la participación estamos frente a una relación estrecha entre el comportamiento de autor y la descripción del delito de la Parte Especial, *Derecho penal Parte general, Fundamentos y teoría de la imputación*, 22/6.

³⁰ Vale aclarar, que la acción típica —según el enfoque que se defiende en este trabajo— no sólo funciona como condición negativa de la participación (es partícipe quien no ejecuta el hecho), sino también como condición positiva (es partícipe quien interviene en un hecho que tiene comienzo de ejecución). Ampliamente, a continuación.

³¹ Específicamente, ver *infra*.

ampliación de la punibilidad en la Parte General respecto de la determinada por las figuras penales de la Parte Especial, debe definirse cuál es la razón de tal extensión.

La importancia práctica de responder a la pregunta sobre el fundamento de la participación tiene que ver inicialmente con desentrañar su dinámica y alcance, teniendo especialmente en cuenta que en la mayoría de los ordenamientos jurídicos ella tiene una escala penal distinta. De este modo, se deberá pensar con detenimiento en la razón por la cual responde el partícipe, actividad reflexiva que nos impondrá adentrarnos en conceptos medulares del Derecho penal tales como los principios de lesividad, legalidad y autorresponsabilidad. Sin embargo, el problema que surge a la hora de encontrar respuestas a por qué, cómo y cuánto responde el partícipe —me animo a decir— tiene que ver con una estructura de razonamiento heredada y asimilada por la doctrina dominante que se desprende de lo que es una visión “tipocéntrica” de la codelinquencia.³² Según ella y sus diversas manifestaciones, pareciera que mientras el injusto de la autoría se fundamenta automáticamente en la existencia de una acción típica, el castigo a los partícipes que orbitan alrededor de los tipos de la Parte Especial, padece, *ab initio*, de un déficit de legitimación. Este inconveniente “ptolemaico” —que como veremos a continuación está siempre latente en las teorías de los primeros dos grupos—, ha impedido alcanzar una solución satisfactoria a las dificultades que plantea la búsqueda del fundamento del injusto del partícipe.

a. Teorías: Sobre el criterio de clasificación propuesto.

La necesidad de fundamentar el injusto de la participación es un tema que ha generado gran debate. Tradicionalmente, fueron dos los enfoques a través de los cuales se encaró el problema: la teoría de la causación y la teoría de la participación en la culpabilidad. Hoy este binomio se encuentra ampliamente superado³³ y, tal

³² En esta línea, ROBLES PLANAS observa que «al operar así la doctrina dominante parte del supuesto básico de la autoría directa unipersonal, esto es, de aquel agente de la realización típica que obra en solitario. Si el en ese caso es inequívocamente autor, entonces se afirma, en general, que autoría equivale a realización típica [...] Ello es así también para el caso en que, junto al autor, aparezcan en escena otros sujetos relacionados con el mismo hecho delictivo». *Garantes y cómplices. La intervención por omisión y en los delitos especiales*, pág. 13.

³³ De hecho, tal como lo observa LÜDERSEN, las exposiciones completas de la Parte General del Derecho Penal pasan por alto desde hace mucho tiempo clasificaciones diferenciadoras más precisas, “La figura del tipo del partícipe” *Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia penal*, N° 7, pág. 145.

como sucede en cualquier debate de dogmática penal, sobre el fundamento del injusto del partícipe, se han formulado infinidad de teorías, las cuales no han producido un avance que haya generado un quiebre con las concepciones tradicionales, existiendo en la materia gran diversidad de propuestas. Sin embargo, un punto de contacto entre ellas es que la participación para ser merecedora de pena tiene que referirse a un hecho. Si esto es así, tal vez podamos valernos de esta plataforma común para agrupar *grosso modo* las tradicionales teorías que se ocupan del fundamento del injusto del partícipe en tres grandes categorías, teniendo en cuenta principalmente la lectura que hacen de este “hecho” para diseñar el ilícito del partícipe.

En primer lugar, están aquellas que entienden que el fundamento de la participación sólo puede ser hallado en que tanto instigador como cómplice *contribuyen a la realización del hecho típico que comete el autor*. En esta categoría podemos ubicar, por un lado, las denominadas “teorías de la corrupción”, según las cuales el partícipe responde por un hecho ajeno —causado mediatamente—, a través del efecto —inmediato— que produce sobre la integridad del autor. En el otro extremo, pero también dentro de este grupo, es posible ubicar a la teoría de la participación en el ilícito y sus diferentes versiones. Luego, se puede pensar que la participación constituye una forma autónoma de lesión, en la cual cada uno de los agentes responde por *su propio hecho delictivo*. En este segundo grupo se posiciona la teoría pura de la causación: cada partícipe responde por causar un resultado penalmente relevante, que muestra su contenido de ilícito directamente a partir de la lesión del bien jurídico que se favorece u origina. Es aquí indiferente qué haga o deje de hacer el autor. Finalmente, existe la posibilidad de concebir la participación como el *reparto del trabajo* en una organización común, en una obra única que es el delito concebido como totalidad. En esta tercer categoría, se ubican los autores que entienden que el hecho delictivo es común a la suma de agentes que interviene en él: el delito pertenece a todo el colectivo que lo hace posible.

b. Responsabilidad del partícipe por favorecer un hecho ajeno.

i. Teorías de la corrupción.

Este grupo de teorías, ven la razón de la punibilidad del partícipe en el efecto que produce sobre el autor y pueden considerarse hoy superadas. Aquí, el injusto de la participación se construye a partir de lo que sucede con el autor. Para la teoría de la participación en la culpabilidad el partícipe origina al autor culpable y, mediatamente, al hecho típico. La más reciente versión de la teoría de la corrupción, intenta cuadrarse con el requisito de la accesoriedad limitada, proponiendo que en los casos de autores que obran sin culpabilidad el partícipe los determina a la desintegración social o, al menos, los conduce al peligro de desintegración.

Estas teorías tuvieron su génesis en concepciones religiosas provenientes de los comentaristas italianos de la Edad Media, donde la conducta del partícipe —la serpiente del libro del Génesis— era considerada como un verdadero ataque a la moralidad del alma y su relación individual con Dios.³⁴ Por esta razón, encontraba su castigo, por haber conducido a la culpabilidad del autor y a la pena, presentándose al inductor como un seductor que persuadía suavemente al mal.³⁵

1. Teoría de la participación en la culpabilidad.

Su principal exponente fue H. MAYER, quien proponía que el fundamento de la pena del partícipe residía en que, por un lado, provocaba el hecho delictivo seduciendo al autor (corrompiéndolo hasta conducirlo al delito) y, por otro, en que anudaba su voluntad a la culpabilidad del autor.³⁶

«En virtud de la accesoriedad estricta vigente hasta 1943 en Alemania, la participación fue entendida, en parte de la doctrina más antigua, como un delito contra el autor. El ilícito de la participación residía en hacer incurrir al autor en culpabilidad y pena. A esta teoría de la participación en la culpabilidad se le ha

³⁴ Cf. FIERRO, *Teoría de la participación criminal*, pág. 31.; asimismo CASTRO, “La participación como un tipo autónomo. Hacia un concepto no accesorio en la participación criminal”, *Revista de Derecho penal*, pág. 281.

³⁵ «Entre los animales salvajes que Dios Creó, no había otro más astuto que la serpiente [...]

Dios se dirigió entonces a la mujer, y le dijo:

— ¿Qué has hecho?

Y la mujer respondió:

— La serpiente me tendió una trampa. Por eso comí del fruto».

Génesis, Cap. 3, vers. 1 y 13.

³⁶ ROBLES PLANAS, *La participación en el delito: fundamento y límites*, pág. 120.

sustraído su fundamento con la derogación del requisito de un hecho principal culpable».³⁷

Aquí FRISTER destaca sucintamente la primera gran debilidad de esta teoría: no es compatible con sistemas legales que establecen expresamente que cada interviniente en un hecho será penado según su culpabilidad sin considerar la culpabilidad del otro.³⁸ En los códigos penales modernos la medida de la culpabilidad del partícipe es independiente de la existencia y medida de la culpabilidad del autor.³⁹ No obstante ello, el mayor déficit de esta teoría es que no explica aquello que pretende explicar, es decir, el injusto de la participación; y es que el partícipe ciertamente suele determinar la corrupción del autor con dominio del hecho: El partícipe hace posible un delito del autor, y habría que fundamentar por qué el partícipe debe responder de que el autor aproveche la oportunidad.⁴⁰

De cualquier modo, lo atractivo de esta teoría, según creo, es aquel resto retórico que subyace a su propuesta: ¿puede el autor también ser víctima? LÜDERSSEN, observa este punto y replica acertadamente «que alguien, como autor, pueda ser a la vez víctima es una idea corriente en la Criminología. Pero en el catálogo de lesiones al bien jurídico que contienen el Código Penal o las leyes penales accesorias, este fenómeno no ha sido considerado».⁴¹ Sin embargo, pareciera que aquella retórica podría llegar a tener alguna repercusión en problemas de culpabilidad y merecimiento de pena. Mayores consideraciones sobre este punto, nos apartaría demasiado del objeto de este trabajo.

2. Teoría de la desintegración social.

De manera más reciente, es esporádicamente defendida la concepción de que por lo menos la inducción, debería interpretarse como un delito contra el autor. El ilícito del partícipe residiría en que si bien no hace incurrir al autor en culpabilidad y

³⁷ FRISTER, *Derecho penal Parte general*, pág. 544.

³⁸ Ello, tiene mucho que ver con el origen religioso que subyace a esta teoría; en el pecado no rige el principio de culpabilidad ni el de autorresponsabilidad del mismo modo que en el Derecho penal de un estado Liberal.

³⁹ En esta línea, BACIGALUPO, *Derecho penal Parte general*, pág. 518; JAKOBS, *Derecho penal Parte general, Fundamentos y teoría de la imputación*, 22/2; JESCHECK, *Tratado de Derecho penal Parte general*, pág. 737; STRATENWERTH, *Derecho penal Parte general I, el hecho punible*, pág. 414.

⁴⁰ JAKOBS, *Derecho penal Parte general, Fundamentos y teoría de la imputación*, 22/2.

⁴¹ LÜDERSSEN, "La figura del tipo del partícipe" *Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia penal*, N° 7, pág. 146.

pena, por la comisión de un hecho antijurídico doloso se lo desintegra socialmente. Esta variante de la teoría de la participación en la culpabilidad busca evitar la contradicción con el principio de la accesoriadad limitada, sin embargo, sólo al precio de una construcción artificial y para nada convincente.⁴² FRISTER aclara esto con un ejemplo, «aquél que instiga a un asesino profesional que actúa por encargo, a cometer un nuevo hecho de asesinato, no es penado con pena privativa de libertad perpetua por la desintegración social que le produce a aquél, sino por la muerte de la víctima, de la que él es responsable».⁴³ Como revela este ejemplo, lo determinante para la pena del instigador es la gravedad del hecho, y no —solamente— la cuestión de si, y en qué medida, el autor estaba “integrado” socialmente con antelación y en qué medida el instigador ha influido negativamente en él.⁴⁴ En suma, este enfoque no puede explicar aquellos casos en los que el partícipe contribuye a un hecho de un autor ya decidido y que no puede ser “desintegrable”.

Asimismo, como puede diagnosticarse rápidamente, existiría un doble contenido de injusto, por una parte el del propio injusto que se comete, y por otro, el ataque a la persona que se instiga, que se transformaría en un bien jurídico autónomo, de ahí que no se sepa si el instigador pone en peligro o afecta el mismo bien que el autor. De este modo, esta versión en su modo de operar, finalmente, acaba confrontándose, al igual que la teoría de la participación en la culpabilidad con el sentido de la regulación del Derecho positivo. En suma, no se puede confundir el pecado con el delito, ni explicar el fundamento de la participación a partir de un esquema de atribución de responsabilidad, diseñado con base en preceptos que no se articulan desde su inicio con la concepción propia de un Estado liberal.

ii. Teorías de la participación en el injusto.

Existe una gran confusión terminológica en relación con el diferente contenido que se le asigna a la “teoría de la participación en el ilícito”. Como veremos a continuación, la doctrina y la jurisprudencia se inclina de manera mayoritaria por este enfoque. No obstante, ello no dice mucho, puesto que, son variados los

⁴² FRISTER, *Derecho penal Parte general*, pág. 544 y 545.

⁴³ FRISTER, *Derecho penal Parte general*, pág. 544 y 545

⁴⁴ STRATENWERTH, *Derecho penal Parte general I, el hecho punible*, pág. 414.

contenidos que le asignan los autores a esta teoría, matizándola en muchos casos hasta llegar a nuevas versiones.⁴⁵ ROXIN denomina a su enfoque teoría del ataque accesorio al bien jurídico; STRATENWERTH, por su parte, se posiciona como partidario de la teoría de la participación en el injusto; mientras que JAKOBS habla de teoría de la participación en el injusto orientada al resultado.⁴⁶ Veamos ahora cada una de ellas, no sin antes, hacer una breve referencia a su ADN común: la *primera* teoría de la participación en el injusto. En relación con la postura de JAKOBS, entiendo que las particularidades de su tesis lo sitúan inaugurando una especial categoría: la de las teorías de la intervención en el hecho común; lo que justificará otorgarle un tratamiento individual.

1. Teoría de la participación en el injusto en sentido propio.

Aquí, el fundamento de la participación es que el partícipe hace posible el injusto del autor, es decir, infringe la prohibición de impulsar o apoyar otro hecho prohibido. Tal prohibición está contenida en las disposiciones de la Parte General y no en los tipos de la Parte Especial. Para la teoría de la participación en el injusto en sentido propio, el partícipe lesiona el mismo bien jurídico que el autor.⁴⁷ La idea de la participación en el injusto, se basa en que el agente no afecta directamente el bien jurídico, sino que participa mediatamente en el ataque que a aquél realiza el autor.

«Bajo esta denominación se engloban a todas aquellas propuestas que sostienen que el fundamento del castigo al partícipe reside en que éste co-causa el hecho principal mediante la obtención de la decisión del autor o mediante el favorecimiento de la realización del hecho del autor. Consecuentemente, según esta teoría, el injusto del partícipe es completamente dependiente y está totalmente derivado del injusto del autor. La accesoriedad constituye la esencia de la participación: participar es contribuir a la realización de un injusto ajeno, el injusto del autor».⁴⁸

⁴⁵ ROBLES PLANAS, describe esta confusión terminológica y opina que este escenario pone de manifiesto la inseguridad y la falta de unanimidad existente con la que se mueve la doctrina en este punto. *La participación en el delito: fundamento y límites*, pág. 122.

⁴⁶ Por su parte, JESCHECK, se refiere a la teoría del favorecimiento (o de la causación) que se orienta a la accesoriedad, *Tratado de Derecho penal Parte general*, pág. 737.

⁴⁷ Cf. BACIGALUPO, *Derecho penal Parte general*, pág. 519; JAKOBS, *Derecho penal Parte general, Fundamentos y teoría de la imputación*, 22/3.

⁴⁸ ROBLES PLANAS, *La participación en el delito: fundamento y límites*, págs. 122 y 123.

La crítica a la tradicional teoría de la participación en el injusto ha sido intensa, acertada y generalmente compartida. Siguiendo a LÜDERSSEN⁴⁹, es posible coincidir con él, en que esta teoría se halla frente a problemas de difícil solución. Si la valoración del hecho principal como típico, antijurídico y doloso, sin más, fuera constitutiva de la responsabilidad del partícipe, no podría explicarse, por ejemplo, la impunidad del partícipe necesario.⁵⁰ Asimismo, injusto pleno serían los casos de intervención de un *agent provocateur*, o aquellos en los cuales participa (por error) el titular del bien jurídico al que lesiona el autor principal,⁵¹ pues en estas dos hipótesis existe una intervención en la realización de un tipo doloso antijurídico.⁵² Dicho de otro modo, en todos estos casos se hace posible un hecho ajeno.⁵³ En suma, nuevamente estamos frente al mismo problema: la dependencia jurídico-positiva del injusto de la participación con respecto al injusto del hecho principal no cabe explicarlo bien con este fundamento de punición.⁵⁴

Veamos ahora, las principales versiones que intentan superar la matriz original.

2. Teoría del ataque accesorio al bien jurídico [ROXIN]

Como anticipamos, ROXIN diseña su teoría con base en la teoría de la participación en el injusto. Impronta de este autor —y no sólo en lo que respecta al ámbito de la participación delictiva— es su temperamento ecléctico en relación con las soluciones que propone para los diversos grupos de problemas que plantea la

⁴⁹ LÜDERSSEN las denomina teorías de la causación orientadas a la accesoriedad, “La figura del tipo del partícipe” *Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia penal*, N° 7, pág. 147.

⁵⁰ La expresión “partícipe necesario” [*notwendige Teilnahme*] no tiene, en la dogmática alemana, el significado del “cooperador necesario” del art. 45 del Código Penal argentino, punible con la misma escala penal del autor. Bajo aquella denominación la doctrina germana se refiere a los tipos penales que implican la intervención de un sujeto —la víctima por ejemplo— que no está alcanzado por la amenaza penal. Esta aclaración la hace SANCINETTI como Nota del Traductor al artículo “Der Typus des Teilnehmertatbestandes” de LÜDERSSEN en *Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia penal*, N° 7, poniendo como ejemplos los casos de facilitación o instigación a la prostitución y corrupción de menores. Asimismo, piénsese en los supuestos de instigación al suicidio o de estafa.

⁵¹ LÜDERSSEN, “La figura del tipo del partícipe” *Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia penal*, N° 7, pág. 147.

⁵² LÜDERSSEN, “La figura del tipo del partícipe” *Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia penal*, N° 7, pág. 147.

⁵³ Agrega JAKOBS en su manual que esta teoría tampoco aporta herramientas conceptuales que ayuden a explicar por qué podría llegar a responder el *extraneus* en los delitos especiales y que «aún más delicada sería la situación en la coautoría: Todo coautor hace posible, con su contribución, el injusto de los otros; junto a la autoría tendría que aparecer en concurso la participación; el delito se “duplicaría”». *Derecho penal Parte general, Fundamentos y teoría de la imputación*, 22/3.

⁵⁴ Cfr. JAKOBS, *Derecho penal Parte general, Fundamentos y teoría de la imputación*, 22/3.

teoría del delito: desde su teoría dialéctica de la unión en los fines de la pena hasta su teoría del fundamento dualista de la legítima defensa. Más allá de las objeciones metodológicas y sistemáticas que amerite este procedimiento,⁵⁵ lo cierto es, que su teoría sobre el fundamento del injusto del partícipe no es una excepción. FRISTER lo explica claramente:

«La opinión dominante, parte, con razón, de que también el ilícito de la participación se deriva de la lesión o puesta en peligro del bien jurídico protegido por el respectivo tipo penal. Así como a los coautores le son imputables los aportes al hecho de sus codelincuentes, así también a los instigadores y cómplices les es imputable la acción del autor, y por ello se los hace responsables de la lesión o puesta en peligro realizada por medio de esa acción. Desde el punto de vista de las consecuencias, la cuestión de si se designa a esta concepción como teoría de la causación orientada a la accesoriedad, como teoría del ataque accesorio al bien jurídico o, asimismo –algo confusamente–, como teoría de la participación en el ilícito, carece de importancia. El partícipe es penado porque él contribuye a la lesión o puesta en peligro del bien jurídico típicamente protegido [...] El bien jurídico lesionado tiene que estar jurídicamente protegido frente al partícipe y éste tiene que tener por sí mismo el dolo de su lesión».⁵⁶

Para parte de la doctrina, esta teoría no difiere sustancialmente de su matriz, sin embargo, es innegable que es superadora, ello en tanto «si bien es cierto que en la teoría del ataque accesorio al bien jurídico la participación también se define esencialmente a través del injusto del hecho principal, sus partidarios consideran indispensable, a diferencia de lo que sucede en la teoría de la participación en el injusto, poner en relación el bien jurídico lesionado con la propia conducta del partícipe».⁵⁷ Dicho brevemente, para ROXIN el bien jurídico que lesiona el autor también debe estar protegido frente al partícipe para que su intervención sea punible como injusto pleno. La teoría tradicional de la participación en el injusto, al no alcanzar esta conclusión —como explicamos— se encuentra en una posición incómoda, pues debe admitir el castigo del *agent provocateur* y del partícipe

⁵⁵ Para una crítica detallada al modelo de la fundamentación dualista en relación con legítima defensa, cfr. PALERMO, *La legítima defensa: una revisión normativista*, págs. 151 y ss.

⁵⁶ FRISTER, *Derecho penal Parte general*, pág. 544 y 546.

⁵⁷ ROBLES PLANAS, *La participación en el delito: fundamento y límites*, pág. 123.

necesario (entre otros casos problemáticos), quienes también intervienen en una conducta típica, dolosa y antijurídica.

La paradoja aquí es que el principio de accesoriedad en “bruto”, adoptado a partir del genotipo de la teoría de la participación en el injusto, no tiene capacidad de rendimiento para explicar el fundamento del injusto del partícipe en otros casos difíciles —ver *infra*—, salvo que se comience a emparchar el punto de partida inicial. Y si no le prestamos la debida atención a esta paradoja, podemos caer en el error de edificar nuestra casa sobre la arena. Aunque todavía no es este el lugar oportuno para hacer una valoración a fondo del principio de accesoriedad, tarea que justificará un análisis más detenido, lo cierto es que la tesis roxiniana intenta conscientemente deshacerse de un defecto congénito de la teoría de la participación en el injusto que, sin embargo, reproduce inconscientemente. Si la participación es un concepto secundario necesariamente subordinado al de autoría, pero no exclusivamente derivado de éste, lo que aquí queda abierto es cómo se explica ese resto de participación que no se resuelve mediante la accesoriedad, entendida exclusivamente como dependencia del injusto principal.

3. Teoría de la participación en el injusto [STRATENWERTH]

Ahora, es STRATENWERTH quien nos proporciona su particular visión del fundamento de la participación, ubicándose a sí mismo como partidario de la teoría de la participación en el injusto.

«El fundamento penal de la participación sólo puede ser hallado, en principio, en el hecho de que el instigador y el cómplice contribuyen a la realización del ilícito que comete el autor [...] El partícipe no cumple por sí mismo los tipos penales descritos en la parte especial del Código Penal, sino que infringe la prohibición derivada, codificada en los §§ 26 y 27, de inducir a otro a realizar la conducta adecuada a esos tipos o de apoyarlo en dicha conducta. Por ello, el contenido de ilícito de la participación se determina primariamente por el ilícito del hecho al que ella se presta».⁵⁸

⁵⁸ STRATENWERTH, *Derecho penal Parte general I, el hecho punible*, pág. 414 y 415.

Observa ROBLES PLANAS, con razón, que a STRATENWERTH se lo sitúa como representante de diversas teorías.⁵⁹ Si bien este autor en la 4ta. versión de su manual se enrola detrás de la tradicional teoría de la participación en el injusto, lo cierto es, que la dota de un contenido que lo coloca en un lugar más cercano a la versión de la teoría del ataque accesorio al bien jurídico (ROXIN). Ello en tanto, sostiene que «esta idea no impone la conclusión contraria de que la inducción o favorecimiento de un hecho que se presenta en la persona del autor como un ilícito penalmente relevante, siempre tenga que serlo también en la persona del partícipe».⁶⁰ Dicho de otro modo, debe el bien jurídico estar protegido también frente al partícipe y no sólo frente al autor.⁶¹ Para entender esto, STRATENWERTH pone el ejemplo de la tentativa de homicidio a petición (§ 216 StGB): «dado que la vida del individuo no está protegida jurídicamente contra él mismo, la “instigación” cometida por la víctima sobreviviente no configura un ilícito».⁶² Este ejemplo, deja en claro —sustancialmente— de qué lado está parado este autor.

c. Teorías del hecho propio.

i. Teorías puras de la causación.

Frente a las objeciones formuladas a partir de aquellos grupos de casos que no podían ser resueltos satisfactoriamente por la teoría de la participación en el ilícito se intenta aquí encontrar el ilícito independiente de la valoración del hecho del autor principal.⁶³ De este modo, a contramano de las tesis vistas en el punto anterior, se propone una vía de solución que renuncia a la exigencia de una calificación del hecho principal de autor; no es el injusto del autor lo que se le imputa al partícipe, sino su propia causación del resultado, su propio hecho. No hay aquí —inicialmente— lugar para la accesoriedad.

El punto de partida de esta teoría es la incidencia causal del agente en la realización del hecho típico. Lo esencial es la causalidad del aporte, desapareciendo el

⁵⁹ ROBLES PLANAS, *La participación en el delito: fundamento y límites*, pág. 122.

⁶⁰ STRATENWERTH, *Derecho penal Parte general I, el hecho punible*, pág. 415.

⁶¹ Cf. ROBLES PLANAS, *La participación en el delito: fundamento y límites*, nota 23, pág. 122.

⁶² STRATENWERTH, *Derecho penal Parte general I, el hecho punible*, pág. 415.

⁶³ LÜDERSSEN, “La figura del tipo del partícipe” *Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia penal*, N° 7, pág. 147.

injusto del autor como requisito lógico y, por tanto, dejando la accesoriedad de tener un efecto de bloqueo en relación con el injusto de los demás intervinientes; la participación se convierte entonces en un delito autónomo. La menor punibilidad del partícipe,⁶⁴ se explica a través de la circunstancia de que éste actúa a distancia y mediatamente —a través del autor— teniendo una relación fáctica con el bien jurídico lesionado más débil y por lo tanto orbitando a una mayor distancia respecto del resultado.⁶⁵ Al igual que en la teoría de la participación en el injusto se mengua la relación del partícipe con el resultado del hecho principal, aquí también se mengua la mediación con el resultado por un autor que actúa injustamente.⁶⁶

Entre las principales versiones que se integran dentro de la teoría pura de la causación se destacan las de LÜDERSSEN, SCHMIDHÄUSER y HERZBERG. En estos enfoques el injusto realizado en la persona del autor carece de significación para el partícipe, no obstante ello, para el segundo, el resultado opera como condición objetiva de punibilidad en relación con la intervención del resto de los agentes en el hecho delictivo.

1. Teoría radical de la causación [LÜDERSSEN].

Para LÜDERSSEN los tipos están contruidos fragmentariamente en dos carriles, en relación con la ampliación de la protección de bienes jurídicos y la alcanzabilidad del objeto de la acción, según que esté referido el autor o el partícipe.⁶⁷ De este modo, la accesoriedad pierde su poder de fascinación en cuanto se pueda afirmar que el bien jurídico también está *directamente* protegido frente a los ataques del partícipe. Esta es la razón de que el único extremo de comprobación necesaria para la punibilidad del partícipe sea la causalidad entre la aportación del partícipe y la lesión del bien jurídico.⁶⁸

⁶⁴ Aunque esto no sucede en todos los códigos penales, por ej. en el argentino, en el cual la escala penal del partícipe primario es la misma que la del autor.

⁶⁵ Por ello es que este autor habla de “tipos de participación” para referirse a las normas que regulan la participación. Cf. LÜDERSSEN, “La figura del tipo del partícipe” *Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia penal*, N° 7, pág. 149; BACIGALUPO, *Derecho penal Parte general*, pág. 518.

⁶⁶ JAKOBS, *Derecho penal Parte general, Fundamentos y teoría de la imputación*, 22/4.

⁶⁷ LÜDERSSEN, “La figura del tipo del partícipe” *Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia penal*, N° 7, pág. 148.

⁶⁸ A pesar de que en los manuales de Derecho penal suele repetirse para este punto de vista basta con comprobar una relación de causalidad entre la conducta del partícipe y la lesión al bien jurídico protegido, lo

Este enfoque defiende el carácter completamente autónomo del injusto del partícipe, a quien no se le imputa «lo que haga o deje de hacer el autor», sino su propio ataque indirecto o mediato al bien jurídico. Es decir, renuncia por completo a la accesoriedad: la participación como estructura de imputación opera como forma autónoma de lesión de bienes jurídicos. La relación con el hecho principal es de índole puramente fáctica; JAKOBS explica esto utilizando como ejemplo la participación en los delitos especiales en donde la mediación por parte del obligado especialmente cabe interpretarla —según esta versión de la teoría pura de la causación— como una mera condición para alcanzar el resultado, siendo entonces evidente la responsabilidad del partícipe no obligado especialmente.⁶⁹

La esencia problemática de las teorías de la causación, es que pasan por alto la exigencia legal del hecho típico, derivado de los principios de legalidad y de lesividad. La tesis de LÜDERSSEN acaba conduciendo al concepto extensivo de autor y así, como queda en claro en la solución que propone para el caso de la participación en un delito especial, deshaciendo la taxatividad del tipo penal, pues la mediación del autor entendida como de «naturaleza meramente fáctica» no consigue explicar satisfactoriamente —poniendo un caso patente— la responsabilidad del agente que interviene en un delito especial sin la correspondiente calidad exigida por el tipo penal (es que, pareciera que, aunque el *extraneus* contribuye naturalísticamente a la lesión del bien jurídico, no cuestiona del mismo modo que el *intraneus* la especial relación protegida).

Asimismo, no consiguen convencer los esfuerzos de LÜDERSSEN por explicar aquellos casos en los cuales el agente interviene a distancia y mediatamente a través del autor en una relación —sea normativamente, sea fácticamente— con el bien jurídico lesionado más fuerte o excluyente en relación con el autor. Estos son los casos, por ejemplo, en los que el agente induce o colabora en el suicidio de otro que actúa como autor, o aquellos en los cuales quien se encuentra en posición de garantía contribuye en forma de partícipe a la omisión de auxilio de quien no tiene deber de garante. Estos casos le son enrostrados a los partidarios de la teoría pura de la causación, con el argumento de que no pueden ser resueltos satisfactoriamente con

cierto es, que los partidarios de la autonomía del injusto de la participación no son tan ingenuos y en rigor requieren que le sea imputable la infracción a la norma como una creación de riesgo desaprobado.

⁶⁹ Cfr. JAKOBS, *Derecho penal Parte general, Fundamentos y teoría de la imputación*, 22/4.

base en el fundamento de la responsabilidad del partícipe que propone. Dicho de otro modo, aquí sería innegable el sentido de la restricción normativa de la responsabilidad del partícipe mediante su regulación accesoria.

LÜDERSSEN reconoce que ésta es una objeción peligrosa, sin embargo, redobra la apuesta y abre fuego contra sus críticos, argumentando que aquellos grupos de casos tampoco pueden ser resueltos con base en el principio de accesoriidad, ya que postular una solución simétrica «el hecho principal accesorio grava en todo caso y su ausencia desgrava en todo caso» conduciría a las viejas fórmulas de la problemática teoría de la participación en el ilícito. No obstante ello, este autor construye su respuesta a los reparos contra la impunidad a la que conduciría la aplicación de su tesis en estos grupos de casos con base en el principio de autorresponsabilidad, el cual volcaría la solución a favor de la asimetría cuando el *partícipe necesario* fuera impune o en aquellos casos comparables. Lo que aquí debe contestarse —piensa LÜDERSSEN— es qué medida de libertad desea asegurársele al tercero (propriadamente un segundo) dejando intacta la relevancia básica de la libertad tanto del titular del bien jurídico, como de aquel que no debe estar abarcado por un precepto penal.⁷⁰

2. El delito del partícipe [SCHMIDHÄUSER y HERZBERG].

Comencemos con SCHMIDHÄUSER, quien intenta encontrarle un lugar al principio de accesoriidad proponiendo que el hecho principal sería, por su calificación exigida en la ley una condición objetiva de punibilidad.⁷¹ No obstante ello, para él también el partícipe lesiona por sí mismo el bien jurídico, no dependiendo del injusto del autor. De ahí que el injusto de la participación surja de la autonomía del tipo de injusto del delito del partícipe: este autor utiliza el término “delito del partícipe” [*Teilnehmerdelikt*] y no de “participación en el delito”. Para SCHMIDHÄUSER la accesoriidad opera como una condición objetiva de punibilidad fundada en razones de merecimiento de pena, cuya importancia es similar a la que tiene la producción del resultado para el delito del autor.⁷² En suma el hecho principal no fundamenta el injusto de la participación sino que es sólo un presupuesto de su

⁷⁰ LÜDERSSEN, “La figura del tipo del partícipe” *Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia penal*, N° 7, pág. 150

⁷¹ LÜDERSSEN, “La figura del tipo del partícipe” *Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia penal*, N° 7, pág. 153 y ss.

⁷² ROBLES PLANAS, *La participación en el delito: fundamento y límites*, pág. 120 y 121.

punibilidad. En este sentido, la accesoriedad, únicamente cumple una función limitadora de pena.⁷³ El matiz que introduce SCHMIDHÄUSER en el que la mediación cabe entenderla como algo que no concierne al partícipe, dado que importa solamente su propia relación con el resultado, repercute en la solución de los casos de intervención en delitos especiales.⁷⁴ Por tanto, la responsabilidad del partícipe no obligado especialmente en el delito aparecería como “inadecuada”, tolerándose a lo sumo como forma de intervención propia, “heterogénea” con respecto a la participación.⁷⁵

LÜDERSEN le critica que apenas ofrezca razones para la aplicación de esta condición objetiva de punibilidad, observando que su tesis estaría definida por la carencia de fundamentación. Las condiciones objetivas de punibilidad no integran la materia de la prohibición y si ellas afectan el marco de la conducta punible tendrían que haber razones que se hallen más allá del ilícito y la culpabilidad.

«Es necesario decir algo sobre la cuestión, al menos si la invocación a una condición objetiva de punibilidad es una construcción auxiliar. Sobreocupación de las prisiones, problemas de costos de ejecución penal —en su estructura completamente comparables— serían otro punto a explicar sólo por razones de oportunidad. Seguramente, SCHMIDHÄUSER no quiere desplazar su condición objetiva de punibilidad a este plano».⁷⁶

A esta versión de la teoría de la causación, al igual que la representada por LÜDERSEN, al centrarse en la relación partícipe-resultado también se le objeta el no ser compatible con la ley. A pesar de que SCHMIDHÄUSER en los delitos de infracción de deber mantiene como no extensivos los deberes especiales, en el resto de los casos no termina respetando el principio de tipicidad. Es su propia causación del resultado lo que se le imputa al partícipe, sin revertir las consecuencias de tal postulado el lugar que se le atribuye a la accesoriedad como condición objetiva de punibilidad, puesto que tal efecto de bloqueo opera fuera de la materia de la prohibición del tipo del partícipe.⁷⁷

⁷³ ROBLES PLANAS, *La participación en el delito: fundamento y límites*, pág. 120 y 121.

⁷⁴ La mediación pierde aquí su función fáctica, *contrario sensu* a lo que entiende LÜDERSEN.

⁷⁵ JAKOBS, *Derecho penal Parte general, Fundamentos y teoría de la imputación*, 22/4.

⁷⁶ LÜDERSEN, “La figura del tipo del partícipe” *Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia penal*, N° 7, pág. 153.

⁷⁷ LÜDERSEN, “La figura del tipo del partícipe” *Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia penal*, N° 7, pág. 153.

Finalmente, en lo que respecta a aquellos enfoques que hablan de la existencia de un delito de participación, corresponde hacer referencia a la particular propuesta de HERZBERG, para quien la participación tendría la estructura de un delito de peligro abstracto. Aquí, aunque el bien jurídico protegido frente al autor es el mismo del partícipe, no lo es la forma de ataque, lo que configura la diferencia fundamental entre el tipo de autor y el tipo de partícipe. En suma, para este autor, por un lado, se reprime al autor por el ataque directo al bien y, por otro, se reprime al partícipe por elevar el riesgo de afectación con la contribución que realiza.⁷⁸

d. Teorías convergentes: la intervención en el hecho común.

Hasta ahora viajamos rápidamente por dos grupos de teorías. Uno que reúne aquellas propuestas que postulan que la responsabilidad del partícipe se basa en que favorece o provoca el hecho típico del autor; como pusimos en relieve, aquí hay problemas con el principio de responsabilidad y con el mismo rendimiento dogmático del principio de accesoriedad. En el segundo grupo, están las teorías puras de la causación, aquí el partícipe interviene en su propio hecho, algo que como explicamos parece prohibido e imposible al mismo tiempo. Ahora, entraremos en la tercer y más novedosa categoría de teorías que se proponen explicar el fundamento del injusto del partícipe, aquella en la cual los agentes no intervienen en un hecho propio o ajeno, sino en uno común.

i. El fundamento de la participación à la JAKOBS

Este autor en su Manual de Derecho penal denomina a su punto de vista sobre el fundamento del injusto del partícipe “teoría de la participación en el injusto referida al resultado”. Generalmente, es ubicado dentro del primer grupo que he desarrollado, el de las hijuelas de la teoría de la participación en el injusto,⁷⁹ no obstante ello, entiendo que la misma presenta particularidades que ameritan un

⁷⁸ CASTRO, “La participación como un tipo autónomo. Hacia un concepto no accesorio en la participación criminal”, *Revista de Derecho penal*, pág. 289.

⁷⁹ Por ejemplo, JESCHECK, *Tratado de Derecho penal Parte general*, pág. 737.

tratamiento individual.⁸⁰ JAKOBS integra su tesis en el marco del concepto restrictivo de autor y le otorga un lugar preponderante a la accesoriedad como principio rector del binomio categorial autor/partícipe. Ahora bien, esto como veremos, lo hace de un modo particular, por lo que es difícil objetarle que aún cargue consigo el ADN de la teoría de la participación en el injusto; mas bien, aquí ha habido un salto evolutivo que merece una especial atención.

JAKOBS, al igual que la doctrina mayoritaria, entiende que las descripciones de delitos de la Parte Especial comprenden sólo la ejecución en concepto de autor de quien comete por sí mismo, mientras que, el castigo de la participación supone, una ampliación de la punibilidad (concepto restrictivo de autor). A diferencia de la coautoría⁸¹ y la autoría mediata que también son ampliaciones de la punibilidad, en la participación la relación entre el interviniente y la configuración de la concreta realización del tipo o la decisión sobre si ésta se lleva a cabo es más laxa: el partícipe no configura el hecho en igual medida que el autor, ni tampoco decide sobre éste como aquel. Y aquí, ya podemos leer la ruptura fundamental del Profesor de Bonn con las teorías que denominamos “tipocentristas”: el hecho típico no es obra del partícipe en la misma medida en que lo es del autor, pero desde luego, al partícipe le pertenece una parte del hecho, sólo que reducida cuantitativamente. Y es por ello que la ejecución del hecho principal no es sólo ejecución para el interviniente en concepto de autor sino también para el partícipe.⁸² El partícipe deja de orbitar alrededor de algo que le es ajeno, para pasar a intervenir en un único hecho, el suyo, pero que también es a la vez el hecho del autor; es un hecho común a ambos que, sin embargo, les pertenece en distinta medida.⁸³ El comportamiento de intervención es el motivo

⁸⁰ Cfr. ROBLES PLANAS, *La participación en el delito: fundamento y límites*, pág. 129.

⁸¹ La coautoría es una forma impropia o imperfecta de participación, pues si bien le son aplicables todos los demás principios comunes que estamos estudiando no le comprende el de la accesoriedad, ya que la responsabilidad al coautor no es detonada por el mismo (no hay clausula de cierre). A la inversa, se piensa que la participación, para las teorías convergentes, es una forma imperfecta de coautoría.

⁸² JAKOBS, *Derecho penal Parte general, Fundamentos y teoría de la imputación*, 22/6 y ss; *La imputación objetiva en Derecho penal*, págs. 74 y ss.

⁸³ En este sentido, se pronunciaba ya —casi intuitivamente— la jurisprudencia argentina en precedentes de larga data, al afirmar que para apreciar la participación de un individuo en un delito es menester considerar las circunstancias del hecho llevado a cabo en su totalidad, pues la participación lo es en un delito y no en la acción de otro, Corte Suprema de Tucumán, 18/9/45, “LL”, 42-481, citado por FIERRO, *Teoría de la participación criminal*, págs. 544 y ss.

por el que se le imputa al partícipe la ejecución del hecho principal como obra suya.⁸⁴

Leamos este giro copernicano en palabras de JAKOBS:

«El partícipe no responde porque llevar a cabo un hecho principal constituya injusto para el autor principal, sino porque la ejecución de éste también se le puede imputar a él como partícipe: La ejecución es también obra suya, debido a la causa común que él lleva a cabo con el autor principal. Por eso, él mismo debe pretender la consumación del hecho principal».⁸⁵

Claro que esto significa que si la participación ha de consumarse, tiene que afectar a un bien jurídico que también esté protegido frente al partícipe. Ello en tanto, el partícipe ataca de forma propia un bien, pero no directamente, sino a través del autor, perteneciendo el hecho típico resultante a ambos. Dicho en términos jakobsianos: «El injusto de la participación consiste, pues, en el ataque propio —pero no en concepto de autor— a un bien por medio de la causación imputable de un hecho de autor con dolo propio de consumación». De este modo, el aporte doloso al hecho del autor,⁸⁶ convierte al hecho principal en un hecho que puede imputarse también al partícipe como obra suya, transformándolo en la obra común de todos los intervinientes.

ii. La propuesta de ROBLES PLANAS

En línea con el planteamiento jakobsiano, el Profesor español contempla el fenómeno de la intervención en el delito desde un punto de vista inverso al que propone la doctrina dominante y piensa que debe abandonarse el concepto de autor

⁸⁴ Esto, puede verse a su vez confirmado por la normativa propia del sistema de responsabilidad civil; ello en tanto, es posible atribuirle al partícipe el delito como obra común, al efecto de que proceda a la reparación del daño causado a la víctima. Ampliamente en CLARIÁ OLMEDO, *Tratado*, T. II, pág. 504.

⁸⁵ Piénsese aquí, en el caso de ataque por error a los propios bienes. JAKOBS da el ejemplo del heredero verdadero que no sospecha serlo y que interviene auxiliando en un hurto contra los supuestos herederos. «Con independencia de la consumación del hecho por parte del autor principal, sólo comete a lo sumo participación en el hurto intentado. Se trata, como mucho, de participación en la tentativa, ya que él no puede atacar en grado de consumación su propia propiedad, pero también como mínimo de participación en la tentativa (y no sólo de participación intentada), ya que el hecho principal representa una tentativa de ataque a la propiedad supuestamente ajena para todos. Si el autor principal conoce la situación verdadera, el partícipe no ha conseguido favorecer un hecho que al menos constituye agresión intentada a propiedad ajena para todos; no pasa de ser participación intentada», *Derecho penal Parte general, Fundamentos y teoría de la imputación*, 22/8.

⁸⁶ En relación con la posibilidad de admitir una participación imprudente, ver *infra*, Capítulo II.

como figura central a partir de la cual se diseña la arquitectura de las formas de participación delictiva.⁸⁷ El concepto de “autor” —sostiene ROBLES PLANAS— es un subconcepto, secundario y posterior respecto del más amplio y primario de interviniente en el delito.⁸⁸ Este cambio de perspectiva frente a lo que más arriba denominamos “tipocentrismo” toma como base el postulado de la intervención en un hecho colectivo, el cual permite responder a la pregunta sobre la clase de relación que vincula un hecho injusto con un sujeto. Este autor en su libro sobre el fundamento y límites de la participación en el delito, desmenuza el principio de autorresponsabilidad, lo normativiza y concluye al igual que JAKOBS que el hecho no puede pertenecer en exclusiva al autor, simplemente, porque haya ejecutado por sí mismo los elementos del tipo,⁸⁹ pues de este modo, no podría explicarse por qué razón debería castigársele también a otra persona distinta cuya voluntad no se manifiesta en el hecho y, por consiguiente, no le pertenece.

«La ejecución del hecho que lleva a cabo el autor no puede ser algo ajeno al partícipe, sino que, en alguna medida, éste debe estar vinculado a ella. Se trata, efectivamente, de una vinculación de carácter normativo, es decir, de una relación de sentido en virtud de la que se establece que quien interviene de una determinada forma en un hecho, ya sea antes o después del inicio de la ejecución, no puede renunciar a las consecuencias de su actuar».⁹⁰

El hecho, por consiguiente, forma parte de las consecuencias a las que queda vinculado el partícipe con su intervención. Asimismo, en la composición de ROBLES PLANAS influye, ciertamente, la tesis de PEÑARANDA RAMOS, la cual también puede ser ubicada dentro del grupo de teorías que proponen la intervención en un hecho común. Este último autor, en su conocido libro sobre la participación en el delito y el principio de accesoriedad ya expresaba que «el propio desvalor del hecho del partícipe sólo puede ser captado adecuadamente si se lo contempla en su relación con el comportamiento de otros sujetos. Una consideración global y no aislada de su

⁸⁷ Tal cual lo propone ROXIN, *Autoría y dominio del hecho en Derecho penal*, pág. 42 y ss.

⁸⁸ Ver ampliamente, ROBLES PLANAS, *Garantes y cómplices. La intervención por omisión y en los delitos especiales*, pág. 15.

⁸⁹ Sería esta, una capitulación naturalista.

⁹⁰ ROBLES PLANAS, *Garantes y cómplices. La intervención por omisión y en los delitos especiales*, pág. 16.

conducta dentro del conjunto del acontecimiento es aquí también imprescindible».⁹¹ Nadie, afirma PEÑARANDA RAMOS, puede ser responsabilizado por el injusto de otro, solamente la conexión de la acción del partícipe con la de otros intervinientes consigue explicar que se pueda hacer responsable a quien por sí solo no puede cometerlo.

e. Una aproximación desde la Teoría de las normas [STEIN y MAÑALICH]

Así como sucede con el horizonte que abre JAKOBS a partir de su teoría de la participación en el injusto orientada al resultado, también aquí, la particular taxonomía de la explicación del fundamento del ilícito del partícipe de la teoría de las normas impone un tratamiento específico. Abordar la cuestión relativa al trasfondo de la teoría de las normas y el fundamento del injusto del partícipe desbordaría las posibilidades de este texto,⁹² no obstante ello, caracterizaremos *grosso modo* a los partidarios de la teoría de las normas como aquellos que parten de la base de que autoría y participación son dos formas distintas de conducta, definidas a su vez, por distintas normas. Es decir, existirían normas de conducta propias de autoría y normas de conducta propias de participación. La distinción entre autoría y participación no se halla, por consiguiente en la nota del dominio o en la mayor o menor configuración del hecho que se le imputa al agente, sino en distintas normas que abarcan cada forma de intervención. Hasta aquí, no hay gran diferencia con la doctrina dominante y su adhesión al concepto restrictivo de autor, el cual como explicamos postula que los tipos penales de la Parte Especial sólo abarcan conductas de autor y las figuras de la participación en la Parte General amplían la punibilidad a las conductas de

⁹¹ PEÑARANDA RAMOS, *La participación en el delito y el principio de accesoriedad*, (1990), pág. 336 citado en la nota al pie nº 5 por ROBLES PLANAS en *Garantes y cómplices. La intervención por omisión y en los delitos especiales*, pág. 16.

⁹² El estado de la discusión acerca de la teoría de las normas en Derecho penal es, por demás, complejo. Para SILVA SÁNCHEZ, actualmente la doctrina utiliza, al menos, cuatro conceptos distintos de norma: i) un concepto de norma, procedente de la filosofía analítica del lenguaje, entendido como prohibición de causación de una lesión o mandato de evitación de ésta (KINDHÄUSER; MAÑALICH); ii) un concepto de norma como baremo de valoración (la norma de valoración o norma de derecho, procedente del neokantismo); iii) un concepto de norma como directiva de conducta para inimputable e imputables (la norma de determinación como norma de conducta *à la* KAUFMANN); y iv) un concepto de norma como directiva de conducta (la norma de determinación, norma de deber o, de modo más sencillo, el deber) dirigida sólo a imputables, los únicos que podrían infringirla (RENZIKOWSKI, JAKOBS, LESCH). En SILVA SÁNCHEZ ¿Adiós a un concepto unitario de injusto en la teoría del delito? *InDret*, pág. 5 y s..

participación. Esto es, en efecto, lo que ya hemos representado en la FIGURA I con N y η ; no obstante ello, la teoría de las normas ilumina tal distinción desde otro ángulo.

En la teoría de las normas, el hecho punible es definido inicialmente como contradicción con una norma jurídico-penal de comportamiento⁹³ y, si bien la norma de participación contiene una prohibición distinta a la norma dirigida al autor, aquélla obtiene su legitimación a partir de ésta. Entre los autores modernos que se orientan con las coordenadas de la teoría de las normas encontramos a STEIN quien postula que la conducta de autoría es aquella que más directamente se enfrenta a la prohibición o mandato contenido en la norma penal típica [hablamos aquí de N], es decir, la que la ley tenga una necesidad más perentoria, una urgencia mayor en impedir, la que de modo directo lesione o ponga en el peligro descrito por el tipo el bien jurídico protegido por el mismo; esta conducta es la de quien, realiza la acción típica nuclear. Las diferentes clases de normas de conductas que abarcan las intervenciones de los agentes en un mismo contexto delictivo se caracterizan por su diferente grado de perentoriedad o urgencia [*Dringlichkeit*]: la norma de autoría es la más urgente, mientras que la norma de participación es menos urgente.⁹⁴ Ello se explica, en tanto la presencia del autor constituye una barrera para el partícipe, quien no puede lesionar el bien jurídico sin estar a expensas de la infracción del deber impuesto al autor de impedir que se produzcan tales lesiones.

La menor peligrosidad de lesión al bien jurídico en la conducta de *p*, se explica además debido a que su proceso de motivación no está tan avanzado en la dirección de la infracción del deber y su conducta contraria al deber no es todavía inminente, dicho de otro modo, el deber tiene aún probabilidad de desplegar su eficacia determinadora en A, el agente que actúa delante.⁹⁵ Este criterio delimitador puede dejarse en claro con un sencillo ejemplo: quien sujeta a la víctima hace que la posibilidad de impedir la infracción de la norma contenida en el tipo de lesiones

⁹³ Cfr. MAÑALICH "Norma e imputación como categorías del hecho punible", *Revista de Estudios de la Justicia*, N^o 12, 2010, pág. 171.

⁹⁴ En rigor, para STEIN existe una diferencia entre la conducta de complicidad y la de inducción en sentido estricto, en tanto la norma de conducta dirigida al inductor se mueve en el mismo nivel de urgencia que la del autor, puesto que el inductor al reducir la motivación del autor de comportarse de forma lícita "perfora" directamente la "barrera" que protege al bien jurídico, *Die strafrechliche Beteiligungsformenlehre*, pág. 244, citado en ROBLES PLANAS, *La participación en el delito: fundamento y límites*, pág. 125.

⁹⁵ STEIN, *Die strafrechliche Beteiligungsformenlehre* citado en DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, "Coautoría alternativa y coautoría aditiva: ¿autoría o participación? Reflexiones sobre el concepto de coautoría" *Política criminal y nuevo derecho penal: libro homenaje a Claus Roxin*, pág. 319.

disminuya peligrosamente, pero quien apuñala hace imposible la evitación de la infracción. Por tanto, la ley tendrá mayor interés o urgencia en evitar la conducta de apuñalar [N] que la de sujetar [η], fin que repercute en la autonomía de la amenaza de pena para la conducta de A y dependencia de la misma para la conducta de p.⁹⁶

Por su parte, adoptando los postulados fundamentales de la teoría de las normas, pero con una orientación analítica, MAÑALICH considera que el camino para definir tanto el injusto del autor como el injusto del partícipe se encuentra en la distinción entre el deber que infringe cada uno con su conducta. “Autoría” será el resultado de la imputación de una realización típica como hecho propio en virtud de la infracción de un deber primario [nuevamente hablamos de N] y “participación”, en cambio, el resultado de la infracción de un deber secundario, esto es, de un deber de no posibilitar o favorecer la infracción de deber primario por parte del autor [aquí entonces, η].⁹⁷

«Como autor sólo puede venir en consideración quien está situacionalmente en posición de evitar la respectiva realización del tipo de modo conforme a deber, para lo cual un “dominio” fáctico del suceso tiene que resultar estrictamente irrelevante, en tanto aquí se trata siempre de una pregunta por la imputación del respectivo comportamiento. Frente a esto, la contribución de un partícipe sólo puede ser entendida como lo expresa el principio de accesoriedad de la participación, como una infracción de deber secundaria, constituida por la ejecución u omisión de una acción auxiliar, que posibilita o facilita la realización del tipo delictivo a través de la correspondiente ejecución u omisión de una acción principal del autor (o los coautores)».⁹⁸

Dicho en pocas palabras, para el autor chileno, la clave para responder a la pregunta sobre el fundamento del injusto del partícipe es la demarcación dogmática de una competencia primaria [N] y una competencia secundaria [η] por la evitación de la realización de H. En suma, no tienen lugar aquí, criterios fácticos como el dominio del hecho, siendo relevante únicamente la relación del interviniente con el deber y la norma.

⁹⁶ DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, “Coautoría alternativa y coautoría aditiva: ¿autoría o participación? Reflexiones sobre el concepto de coautoría” *Política criminal y nuevo derecho penal: libro homenaje a Claus Roxin*, 1997, pág. 319 y ss.

⁹⁷ MAÑALICH, “La estructura de la autoría mediata”, *Revista de Derecho*, núm. XXIV pág. 387.

⁹⁸ MAÑALICH, “La estructura de la autoría mediata” *Revista de Derecho*, núm. XXIV pág. 389.

3. Consideraciones críticas

En el rápido repaso hecho a las principales teorías que intentan explicar el fundamento del injusto del partícipe, en relación con la discusión planteada al inicio de este capítulo, una verdadera satisfacción no puede alcanzarse. No obstante, rescatemos un punto de contacto entre los diferentes enfoques desarrollados, el cual consiste en el entendimiento de que el partícipe no puede ser castigado por la lesión de bienes jurídicos que no están protegidos frente a él. Esto, como destaca LÜDERSEN, se puede considerar el resultado seguro del debate de los últimos treinta años. Las réplicas a un principio de accesoriedad no diseñado conforme aquel criterio, sino libremente oscilante y vacío de contenido han sido aceptadas por todos los que ven el fundamento penal de la participación en la causación de una lesión al bien jurídico descrita en un tipo de la Parte Especial del Código Penal. De este modo, fácilmente podemos descartar las teorías de la corrupción. Sin embargo, hasta aquí llegan los consensos alcanzados en el marco del debate sobre el fundamento del injusto del partícipe.

El concepto restrictivo de autor al que adhiere la doctrina y jurisprudencia mayoritaria, es la base a partir de la cual se construyen las posteriores teorías que explican el fundamento del injusto del partícipe. Estas tesis operan pensando en el supuesto básico de la autoría unipersonal, es decir, en la realización típica de un agente que obra en solitario. De este modo, frente a una pluralidad de agentes que intervienen en un mismo hecho delictivo, el reparto de la responsabilidad entre ellos se articula a partir de la determinación lógica de dos categorías: en primer lugar, la autoría, en segundo lugar, la participación. El resultado de este razonamiento es autoría = a realización típica, por lo tanto, en casos de pluralidad de intervinientes, quienes realicen el tipo serán autores accesorios o coautores y, el resto de los sujetos que aparezcan en la misma escena y favorezcan o determinen el injusto del autor, partícipes. Es la representación básica del Gráfico I en los segmentos trazados \overline{AH} y \overline{pa} .

El traslado directo de la lógica con la que se resuelven los casos de autor único a los casos de pluralidad de agentes, genera un efecto perturbador en la teoría de la participación delictiva. Identificar, como lo hace ROXIN, el hecho típico solamente con

el autor, deja a los partícipes en una situación dogmática difícil de sostener a la luz del principio de autorresponsabilidad. Las insuficiencias sistemáticas que presenta el modelo de la teoría de la participación en el injusto con su dependencia fatal del injusto del autor ya han sido referidas. Y en relación con sus modernas reversiones, observamos que al fin de cuentas no hacen más que ocultar las deficiencias congénitas propias de la matriz con la que fueron concebidas; los problemas de la clásica teoría de la participación en el injusto siguen latentes. Estas tesis no sólo continúan padeciendo un bajo rendimiento en orden a la resolución sistemática de los casos complejos de intervención delictiva —no terminan de convencer sus respuestas para los casos de participación necesaria, *agent provocateur*, lesión de un bien propio en error, delitos de infracción de deber, etc. —, sino que además no dejan de ser objetables desde el punto de vista metodológico, ello en tanto, conciben el principio de accesoriedad de un modo incompatible con el principio de autorresponsabilidad. De esta manera, ya en esta temprana etapa de este trabajo, no podemos conformarnos con las fórmulas de compensación y compromiso de ROXIN, JESCHECK y STRATENWERTH, según las cuales las debilidades del principio de accesoriedad son amortiguadas con elementos tomados de las teorías que proponen la autonomía del injusto del partícipe. En esta ecuación falta un principio supraordenador, que produzca una armonización entre los principios de autorresponsabilidad, lesividad y legalidad, un criterio que alcance la estabilidad del sistema de la participación y supere el abanico de propuestas que, como es posible intuir, no pasa de ser un catálogo de salidas de emergencia.

Por su parte, la teoría pura de la causación frente a los déficits de las teorías de la participación en el injusto, reacciona y postula la autonomía del injusto del partícipe, diciendo básicamente dos cosas: la primera, que la accesoriedad externa no tiene importancia al igual que la interna tampoco la tiene; la segunda, que el concepto central de la teoría de la participación delictiva es exclusivamente personal, no importando aquí lo que haga o deje de hacer el autor. Si bien estas ideas son atractivas y colocan —en apariencia— al principio de autorresponsabilidad como criterio fundamental de la teoría de la participación, tampoco terminan de convencer, debido al lugar al que son desplazados el hecho típico y la regulación positiva. En efecto, es difícil aceptar que un acuerdo colectivo sin que exista comienzo de ejecución deba ser castigado. Este «contrato» sin manifestación exterior alguna, a la

luz del principio de lesividad debería estar libre de pena en un Estado liberal —y de hecho, lo está—. El precio que pagan LÜDERSSEN, e incluso HERZBERG y SCHMIDHÄUSER al renunciar a la accesoriedad es muy alto, pues acaban caracterizando como perturbación social el favorecimiento del delito psíquica o activamente, avanzando así sobre el principio de lesividad.

Entonces, en este momento se nos impone la pregunta de si el injusto del partícipe es derivado o autónomo frente al injusto del autor. Ambas opciones se hallan ante una serie de problemas de difícil solución. Esta cuadratura del círculo se debe principalmente a un enfoque equivocado, a partir del cual las teorías sobre el fundamento del injusto de la participación que imperan en la actualidad han encarado el problema: esto es, entender el injusto del partícipe dissociado del injusto del autor. Y aquí, es donde adquieren relevancia las propuestas que hemos agrupado bajo el rótulo de “teorías convergentes”, en las cuales el partícipe interviene en un único hecho, el suyo, pero que también es a la vez el hecho del autor, es decir, un hecho común a ambos que, sin embargo, les pertenece en distinta medida.

A primera vista JAKOBS parece proponer una tesitura conciliadora entre la teoría de la causación y la teoría de la participación en el injusto, no obstante ello, aquí tendríamos que seguir el mismo consejo que con “el amor a primera vista”: una segunda mirada. Si así lo hacemos, e indagamos un poco más sobre el verdadero alcance de su tesis, pronto queda en claro que poco tiene que ver con las hijuelas de la teoría de la participación en el injusto y que no debemos preocuparnos por el riesgo de estancarnos en una tesis con elementos contradictorios. El valor —hasta donde alcanzo a ver— de la idea de la intervención en un hecho colectivo⁹⁹ no es su pretendido eclecticismo, sino el horizonte que abre para la articulación los principios de legalidad, lesividad y autorresponsabilidad en la construcción del fundamento del

⁹⁹ Es curioso, cómo consideraciones de un tenor similar, se encuentran ya en el pensamiento de algunos de los partidarios de la llamada teoría egológica, que allá por 1940 cobró auge en nuestro derecho y que tuvo en LANDANBURU a uno de sus más lúcidos exponentes en lo relacionado con los temas penales. Dicho autor señalaba que la doctrina dominante incurría en el error de separar al delito de la conducta desplegada por sus autores y partícipes, no tomando en consideración la autonomía de la conducta de cada individuo que ponía en la participación una nota de pluralidad: «El sustrato del objeto “participación” es múltiple y se halla constituido por el conjunto de los haceres de todos los delincuentes». Sobre la teoría egológica en relación con la participación criminal ver FIERRO, *Teoría de la participación criminal*, págs. 284 y s.

injusto del partícipe. En el desarrollo de estos principios nos meteremos de lleno en el próximo capítulo, donde explicaremos la especial ingeniería a partir de la cual funciona la accesoriadad externa.

CAPÍTULO II

EL PRINCIPIO DE ACCESORIEDAD Y SU DIMENSIÓN EXTERNA

1. Accesoriadad: concepto, dimensiones y relaciones.

Sin duda, el pensamiento que domina a la doctrina mayoritaria es que la participación es accesoria, refiriéndose con ello a que depende de la existencia de un hecho principal. En este sentido, se postula que la complicidad y la instigación presuponen conceptualmente “algo” a lo cual se prestan. En palabras de BOCKELMANN, en su clásica obra sobre las relaciones entre autoría y participación, esa accesoriadad no es “producto de la ley”, sino que ella se encuentra en la naturaleza misma de la cosa.¹⁰⁰ Esta dependencia de un hecho principal, se desprende en lo esencial del fundamento de la participación para el cual el injusto del partícipe está totalmente derivado del injusto del autor.¹⁰¹ Por lo tanto, a medida que avancemos en el tema, será necesario no perder de foco el punto de partida, en función del cual, cada perspectiva resuelve los problemas que plantea la accesoriadad en la participación.

Cuando se habla del principio de accesoriadad deben reconocerse dos dimensiones que no pueden ser confundidas: la accesoriadad externa o cuantitativa, por un lado, y la accesoriadad interna o cualitativa, por otro. La primer dimensión, se refiere al grado de realización que debe haber alcanzado el hecho principal; en este sentido, la participación punible presupone que por lo menos exista comienzo de tentativa, es decir, principio de ejecución del hecho principal.¹⁰² La segunda dimensión, se vincula con las características del hecho punible que deben concurrir para la punibilidad del partícipe, a saber: las exigencias distintas que pueden derivarse de que se requiera un hecho principal típico (accesoriadad minima), típico y antijurídico (accesoriadad limitada), típico, antijurídico y culpable (accesoriadad

¹⁰⁰ BOCKELMANN, *Relaciones entre autoría y participación*, pág. 7.

¹⁰¹ En esta línea MIR PUIG pone de manifiesto que «el fundamento del castigo de la participación conduce, como se ve, al *principio supremo* de la teoría de la participación: el principio de la accesoriadad limitada de la participación» (la cursiva me pertenece). *Derecho Penal Parte general*, pág. 425.

¹⁰² BACIGALUPO, *Derecho penal Parte general*, pág. 519.

máxima o extrema) o, además punible (hiperaccesoriedad).¹⁰³ Aquí, a diferencia del aspecto cuantitativo de la accesoriad, se trata de la dependencia de los elementos del hecho punible.¹⁰⁴

Cuán avanzado debe estar el hecho principal al que accede el partícipe y *cómo debe ser* aquel son las dos preguntas que definen los contornos del principio de accesoriad en la participación. Mientras que el aspecto externo de la accesoriad como estructura dogmática supone que el ilícito del partícipe sólo es posible si al menos existe comienzo de ejecución de un tipo penal de la Parte Especial, el aspecto interno, hace referencia a las cualidades que el hecho principal debe presentar para constituir un punto de contacto adecuado con la responsabilidad del partícipe.¹⁰⁵ Si bien estas dos dimensiones de la accesoriad se relacionan, no se identifican ni funcionan necesariamente articuladas. Como pone en relieve SANCINETTI, por un lado, se podría aceptar un principio de accesoriad interna —exigir, por tanto, el dolo del autor principal— y renunciar a una accesoriad externa. Por otro lado, a la inversa, bien se podría renunciar a la accesoriad interna, y exigir la accesoriad externa, como por ejemplo, no prestarle atención al dolo personal del ejecutor para penar al partícipe pero sí esperar al acto externo de ese autor principal.¹⁰⁶ De este modo, trataremos ambos grupos de problemas por separado, ocupándonos ahora de la accesoriad externa y dejando el desarrollo del aspecto interno para el siguiente capítulo. Asimismo, repensaremos este tratamiento mayoritario de la accesoriad en dos bloques separados y nos propondremos encontrar un punto de contacto entre las dimensiones externa e interna de la accesoriad.

2. La dimensión externa de la accesoriad.

La noción de accesoriad externa es tradicionalmente entendida como una manifestación específica del principio de lesividad, que en el marco del concepto restrictivo de autor, vincula el hecho típico que ejecuta el autor con el aporte que realiza el partícipe. De este modo, en su función externa o cuantitativa, la

¹⁰³ Tanto el StGB en los § 26 y 27, como el Código Penal argentino en los arts. 45 y 46 condicionan la punición de la participación al comienzo de ejecución de un hecho principal, imponiendo la accesoriad externa. Aunque, como veremos a continuación, no existe una única interpretación en relación con su dinámica.

¹⁰⁴ BACIGALUPO, *Derecho penal Parte general*, pág. 520.

¹⁰⁵ JESCHECK, *Tratado de Derecho penal Parte general*, pág. 705.

¹⁰⁶ SANCINETTI, *Ilícito personal y participación*, pág. 57.

accesoriedad se erige como una regla dogmática de clausura que sólo permite afirmar la responsabilidad del partícipe, una vez que el autor haya comenzado la ejecución de la acción típica. Para la doctrina mayoritaria, el principio de accesoriedad de la participación hace depender necesariamente el castigo de todo partícipe al hecho principal que ejecuta el autor: para que exista p debe *antes* existir A , regla de prelación que, como veremos, no es temporal sino lógica-material.¹⁰⁷ En contraste con ello, y como una consecuencia de lo explicado, ninguna forma de autoría se encuentra afectada por una dependencia interna o externa. La autoría es autónoma porque el autor no depende de otro ejecutor: él se vincula directamente con los tipos de la parte especial, da comienzo a la ejecución del hecho y lo inserta en la red de significado jurídico-penal. Si bien este es un puerto seguro, esto sólo es posible afirmarlo en los supuestos fáciles, que como ya dijimos al comienzo de este trabajo, son los de autor único y directo. Ahora bien, esto no está tan claro en las hipótesis de coautoría o autoría mediata.¹⁰⁸

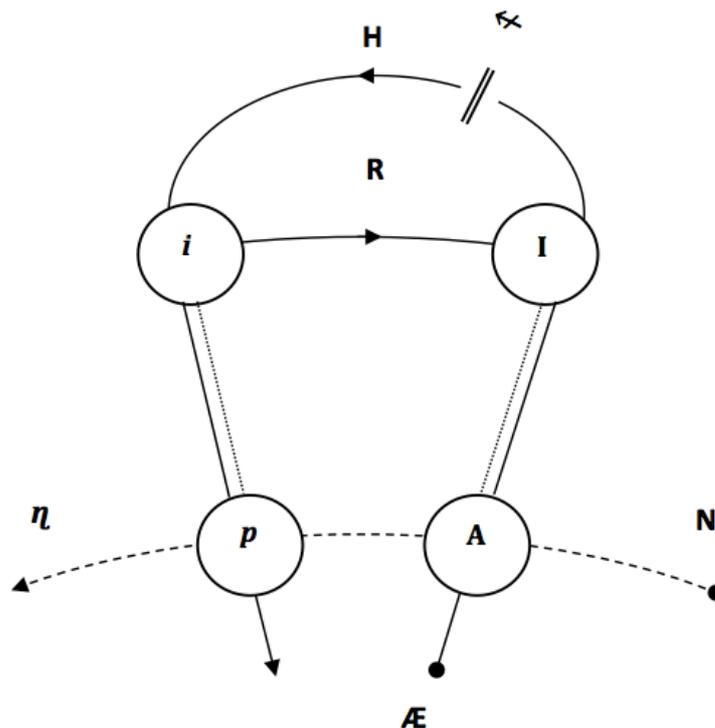
Uno de los presupuestos metodológicos que subyacen a este trabajo es el entendimiento de que la realidad recortada que le interesa al Derecho penal está siempre simbolizada y el modo en que ella sirve a los fines de la dogmática está mediado, a su vez, por diferentes modos de simbolización. Específicamente en la participación, el principio de ejecución le agrega a aquella compleja codificación una unidad a través de una “totalización del significado”, siendo una estructura legal que permite atribuirle objetivamente sentido delictivo a la conducta de los agentes que intervienen en el hecho típico. Por tanto, a esta altura, ya es necesario avanzar hacia la segunda forma del gráfico de la participación, donde representaremos las funciones del principio de accesoriedad. Mientras que en la FIGURA I explicamos la relación elemental entre norma principal y norma derivada $[\overline{\eta N}]$ respecto al autor y al partícipe, aquí agregamos dos nuevos vectores: por un lado, \overline{AE} que representa el arco trazado por el comienzo de ejecución común que vincula las intervenciones de los distintos agentes y, por otro, \overline{R} que simboliza la dimensión interna de la accesoriedad.

¹⁰⁷ No solamente estamos ante una regla de contenido lógico que funciona como presupuesto necesario para la imputación al partícipe —consecuencia del principio de lesividad— sino además que tiene implicancias materiales, al requerírsele al hecho principal que presente determinadas características (accesoriedad interna).

¹⁰⁸ SANCINETTI, *Teoría del delito y disvalor de acción*, pág. 654.

Es importante destacar que, en esta figura, se supera la perspectiva según la cual el inicio de ejecución del hecho delictivo es lo que otorga a la conducta del agente el carácter de autoría o participación (cfr. FIGURA I). Para las teorías tradicionales, el inicio de ejecución determina que se califique a la conducta como de autoría o de participación: quien ejecuta será autor, quien no ejecuta y colabora o induce, participe. Por ello, mientras que en la primer forma se conectaba al autor con el hecho típico [A—H] y al partícipe con el aporte accesorio a aquel [$p—a$], ahora se produce el desplazamiento de H a la parte superior de la figura, representándose las intervenciones del partícipe y el autor con i e I respectivamente. Ello en tanto, según la perspectiva convergente a la que adherimos (ver *supra*, CAPÍTULO II), el paso de lo interno a lo externo no siempre lo decide el autor; también un partícipe puede detonar el inicio de ejecución [vector \overline{AE}]. De este modo, la diferencia entre autoría y participación no será meramente formal, sino por el contrario, se graduará en función de la mayor o menor importancia de la contribución al hecho delictivo como una unidad de sentido, lo que generalmente coincidirá con el comienzo de ejecución, pero no siempre.

FIGURA II



a. *Pacta sunt servanda.*

Ya adelantamos que no se pueden analizar seriamente los problemas que plantea la accesoriidad en la participación en sus dos facetas, sin antes definir donde estamos parados en lo que respecta a las teorías del fundamento del injusto del partícipe. En el corto viaje realizado a través de las diversas respuestas formuladas por la doctrina a la pregunta de por qué se castiga al partícipe, hicimos escala en aquellas tesis que denominamos “convergentes” y que postulan que los actos de organización de distintas personas se unen en un mismo hecho colectivo, es decir, los que toman parte responden porque les pertenece el mismo hecho, aunque por distintas “cuotas”. Con esto dimos un paso decisivo hacia delante, puesto que si el hecho por el que responden los intervinientes es común, ello conducirá a una dependencia recíproca tanto de las fases del hecho ya realizadas como de las aún por realizar (accesoriidad externa).

Que el hecho es único y se prepara, intenta y consuma para todos los intervinientes, es explicado por JAKOBS con el ejemplo del socio, quien «responde también por aquellos negocios de una sociedad que no es él en persona quien los acuerda».¹⁰⁹ Y tal vez, no sea solamente pedagógica la utilización de esta analogía, ello en tanto, como es sabido, en materia contractual rigen dos principios básicos: el de la autonomía de la voluntad y el *pacta sunt servanda* (lo pactado obliga). Ambas nociones, podríamos pensar, también rigen en la participación delictiva: el hecho en el cual intervienen autores y cómplices, tiene su base en que cada uno de ellos libremente ha orientado su conducta en relación con un proyecto delictivo común, frente al cual lo pactado obliga y hace que el hecho se convierta en propio, tanto externamente —inicio de tentativa y consumación— como internamente —cada uno es responsable por el injusto total—.¹¹⁰

Tal cual ocurre en un contrato, el mero acuerdo de voluntades entre los socios no basta para que se produzcan efectos entre las partes o en relación con terceros: es necesario que se pase del plano de la ideación y de la preparación al de la ejecución. Así pues, en los casos de pluralidad de agentes en un mismo contexto delictivo, sin el hecho principal no se lleva a cabo el injusto material de la participación. La ejecución

¹⁰⁹ JAKOBS, *La imputación objetiva en el Derecho penal*, pág. 77.

¹¹⁰ En latín podríamos formularlo más o menos así “*Pacta servanda sunt etiam in criminalibus implicationem*”.

del hecho principal cose las intervenciones de autores y partícipes en un mismo hecho común, vínculo que —como desarrollaremos a continuación— debe entenderse de manera estrictamente normativa. Por ello, tal como sucede en el mundo de los negocios con los socios que celebran un contrato, el *pacta sunt servanda* opera también aquí y forja una relación de sentido normativo, en virtud de la cual se establece que quien interviene en un hecho típico, ya sea antes o después del inicio de la ejecución, no puede renunciar a las consecuencias de su actuar.¹¹¹

Estas consideraciones son válidas inicialmente sólo para las constelaciones de casos de *competencia por organización*, donde el hecho delictivo no sea una obra individual, sino una organización conjunta con otros. En este trabajo se adopta como punto de partida la idea de que la responsabilidad jurídico-penal siempre tiene como fundamento el quebrantamiento de un rol. Entre los roles cuya infracción aquí se aborda se pueden diferenciar fácilmente dos clases: por un lado, los denominados roles especiales, según los cuales la persona debe configurar junto con otras personas un mundo en común —situación de los padres, cónyuges, tutores, etc.—.¹¹² Los titulares de roles de esta índole al quebrantarlos generalmente responden a título de autores —aunque no siempre, como veremos en el próximo capítulo—, ya que están obligados de manera directa frente a la víctima a mantener un ámbito común. En este plano nos encontramos frente a delitos consistentes en la infracción de un deber, por lo que, en principio, sólo puede haber responsabilidad a título de participación cuando quien se halla obligado por el deber específico carece de un elemento especial de la autoría. Por otra parte, nos encontramos frente a la competencia por organización o también denominada rol común, donde de lo que se trata es del quebrantamiento del principal papel que existe una sociedad: el de comportarse como una persona en Derecho, es decir, el de respetar los derechos de los demás como contrapartida al ejercicio de los derechos propios.¹¹³ Aquí interesa más el lado negativo, es decir, el deber de no lesionar a otros; este deber no está dirigido hacia la configuración de un mundo en común, sino que simplemente su finalidad es una separación de las distintas esferas de organización: no mates, no lesiones, no robos, etc.; el “no”

¹¹¹ Ampliamente, ROBLES PLANAS, *Garantes y cómplices. La intervención por omisión y en los delitos especiales*, 2006, pág. 16.

¹¹² JAKOBS, *La imputación objetiva en el Derecho penal*, 1996, pág. 71.

¹¹³ JAKOBS, *La imputación objetiva en el Derecho penal*, pág. 72.

respectivo resalta el lado negativo del rol.¹¹⁴ De este modo, ahora nos ubicaremos en el ámbito de este deber negativo del agente, el de no dañar, dejando el desarrollo particular de los delitos de infracción de deber para el capítulo siguiente.

b. La especial dinámica de la accesoriedad externa.

i. El desplazamiento de H.

Con base en lo dicho hasta aquí, el lector atento ya podrá suponer que una de las características cruciales en esta segunda forma del gráfico es el desplazamiento de H, representado inicialmente vinculado con A, ya que para las teorías de la participación en el injusto el hecho típico era propiedad exclusiva del autor $[\overline{AH}]$. En contra de este enfoque, vimos que la ejecución del hecho típico de propia mano que lleva a cabo el autor, si no quería vaciarse el principio de autorresponsabilidad no podía ser algo ajeno al partícipe. Por esta razón, la perspectiva en esta segunda parte del trabajo cambia radicalmente y H se representa como el resultado de una obra común producto del reparto del trabajo de A y p. Este cambio de punto de vista tiene que ver con que hemos alcanzado una primer comprobación al advertir que en el ámbito de los roles comunes, cuando una pluralidad de agentes interviene de manera coordinada, organizan conjuntamente algo que les es común y les pertenece a todos: el delito.¹¹⁵ La participación en el ámbito delictivo al igual que lo que sucede en el ámbito de las obras buenas (la interpretación de una pieza musical, la edificación de una casa, etc.) consiste exactamente en un reparto de trabajo, el cual para lograr una obra única, se divide entre varias personas, cada una de las cuales realiza su parte.¹¹⁶

Lo dicho hasta aquí, como ya hemos destacado, vale tanto para la coautoría como para la participación, la diferencia entre ambas es sólo cuantitativa: si los actos organizativos de los agentes son de la misma importancia, los intervinientes serán coautores¹¹⁷; si su organización presenta grados distintos, los que contribuyen con menor importancia serán partícipes (inductores o cómplices). En efecto, al no haber

¹¹⁴ JAKOBS, *La imputación objetiva en el Derecho penal*, pág. 73 y ss.

¹¹⁵ En lo que respecta a los delitos de infracción de deber la situación es distinta: cada uno de los obligados especiales responde personalmente por la infracción de su deber (ver ampliamente *infra*, Capítulo III).

¹¹⁶ JAKOBS, *La imputación objetiva en el Derecho penal*, pág. 75 y ss.

¹¹⁷ Claro está, siempre que se den el resto de los requisitos exigidos por esta forma de intervención en el delito.

una diferencia cualitativa entre autoría y participación, si la participación en un hecho ajeno aumenta suficientemente, el hecho se convertirá en propio sólo sobre la base de ese aumento.¹¹⁸ De nuevo, aquí a diferencia de lo sostenido por la doctrina mayoritaria, la ejecución de H no se encuentra en una relación exclusiva con A, sino que también es producto de la intervención de *p*. La ejecución del hecho principal no es sólo obra del autor sino también del partícipe. De esta manera, es posible afirmar que los actos de organización de A y *p* se unen en un solo injusto que es al mismo tiempo colectivo (los que toman parte responden del mismo modo en relación con lo que sucede con H) e individual (en relación con la magnitud de *i*).

Si lo dicho hasta aquí es correcto, y si el destinatario de la imputación no es sólo el ejecutor de propia mano, sino el colectivo al que pertenece el delito, ello significará, por un lado, que todos los que toman parte serán responsables por el injusto total, y por otro, que existirá una dependencia recíproca de las fases del hecho ya realizadas y de las aún por realizar. Ese hecho que se le imputa al colectivo «sólo pasa una vez —y no por separado para cada uno de los intervinientes— del estadio de la preparación al estadio del comienzo de la tentativa, como también lo hace al estadio de la tentativa acabada; y es que se trata de un solo injusto, aunque sea propio de varias personas». Con esto último, nos colocamos ya en la antesala de lo que es uno de los problemas capitales de la teoría de la participación delictiva: me refiero a las aportaciones realizadas en la fase previa al inicio de la tentativa, las cuales son —en sí mismas consideradas— penalmente irrelevantes y, sin embargo, con el inicio de la ejecución por parte del autor pasan a tener un significado distinto.

ii. Aportes en la fase previa al comienzo de ejecución.

1. El comienzo de ejecución: el vector \overline{AE} .

Lo crucial del comienzo de ejecución es que mediante el mismo la conducta de los agentes pasa de estar permitida a estar prohibida. En nuestro gráfico, \overline{AE} representa el comienzo de ejecución del hecho típico y genera un efecto de cesura en

¹¹⁸ Asimismo, otra diferencia importante entre coautoría y participación es que, dado el carácter no accesorio del coautor, éste no necesita esperar el comienzo de ejecución de otro interviniente para ingresar en el terreno de la prohibición.

relación con la impunidad de los actos preparatorios de todos los intervinientes: en el estadio de la preparación, a consecuencia del principio de lesividad, la accesoriedad externa impide punir las acciones de preparación que han quedado aisladas o flotando antes de que opere \overline{A} . El comienzo de la tentativa que funciona como cierre en la hipótesis de que el agente ejecuta por sí solo todo lo necesario para el delito, debe operar igualmente en los casos en los cuales se divide el trabajo. No sólo cuando se trata de la ideación del plan y la preparación de parte de un autor único, el hecho delictivo germina con la ejecución, sino que este principio también opera cuando la organización corresponde a una pluralidad de intervinientes. Esta dinámica, como pusimos de manifiesto al comienzo de este capítulo está plasmada en la regulación positiva de los códigos penales argentino, español y alemán.

Al cómplice, al inductor —y también al coautor (!)— que no realizan actos ejecutivos, sólo se les castiga cuando el hecho principal entra en un estadio punible. Esta es una consecuencia dogmática ineludible de entender el hecho delictivo como un colectivo en el que son varios los que toman parte y a los que le pertenece el resultado. Por ello, es posible afirmar que la ejecución es algo propio de cada uno de los intervinientes, pero a la vez compartido con todo el colectivo que interviene en el delito. En un hecho, con independencia de que sea preparado y efectuado por varios agentes, la tentativa comienza uniformemente para todos los intervinientes cuando uno de ellos detona inmediatamente la realización del tipo. Esto es consecuencia del reparto del trabajo. Asimismo, como consecuencia necesaria de lo dicho hasta aquí la posibilidad de participación está totalmente fuera de discusión cuando el hecho principal para el cual ella se presta está consumado. La participación puede contribuir al ilícito del hecho, en tanto este ilícito aun no esté realizado completamente. Por ello, el hecho, al momento de la participación, como regla general aún tendrá que estar sin consumarse.¹¹⁹

2. El meollo de la discusión.

¹¹⁹ Sin embargo, observa STRATENWERTH que no es infrecuente que la realización del ilícito vaya más allá de la consumación (formal) del delito; siendo la participación posible hasta la total conclusión del acontecer que cumple el tipo, es decir, hasta su consumación material (o “agotamiento”). A tal respecto, deben ser distinguidas diversas constelaciones. La más sencilla es la de los llamados delitos permanentes (por ej. la privación de libertad). El agotamiento se produce recién con la supresión de la situación antijurídica (la liberación del afectado) o la interrupción de la conducta prohibida y, hasta ese momento también pueden contribuir aún, al resultado del ilícito, acciones de complicidad, *Derecho penal Parte general I, el hecho punible*, pág. 415 y ss.

El debate acerca del castigo o impunidad de los aportes realizados antes del comienzo de la tentativa es medular para la teoría de la participación delictiva y, por ello, ha sido largamente discutido en la doctrina. Este problema fundamental pone al desnudo la verdadera capacidad de rendimiento de las teorías del fundamento del injusto del partícipe, no sólo en relación con sí mismas y las soluciones que postulan para los casos difíciles, sino también en relación con el resto de la teoría del delito y sus principios rectores. Por ello, en este tema deberemos volver brevemente a las primeras páginas de esta investigación y retomar la discusión relativa a la razón por la que se castigan los comportamientos de participación. La situación, en principio, es incómoda: si se postula que el injusto del partícipe depende exclusivamente del autor, será difícil explicar por qué se castigan actos de intervinientes anteriores a un comienzo de ejecución ajeno, o por lo menos, no será fácil contestar objeciones basadas en el principio de autorresponsabilidad; por otro lado, si se adhiere a la teoría pura de la causación y su propuesta de un injusto del partícipe independiente de lo que haga o deje de hacer el autor, tendremos problemas para encontrarle un lugar al principio del hecho y correremos el riesgo de un adelantamiento exagerado de la barrera de punición.

Recordemos brevemente algunos de los postulados elementales de la teoría pura de la causación. Sin lugar a dudas, la autonomía del injusto del partícipe que postulan LÜDERSSEN, SCHMIDHÄUSER, HERZBERG y SANCINETTI, entre otros, genera una fisura, una hendidura en la teoría de la participación en el ilícito y sus variantes, que sólo podemos aceptar y a la vez tratar en la medida de lo posible de remendar. Sin embargo, como veremos, esto no significa sin más aceptar la existencia de un *Teilnehmerdelikt*, relegando el comienzo de ejecución —en el mejor de los casos— a una condición objetiva de punibilidad. Pero tampoco podremos refugiarnos, como pretenden los defensores de la teoría de la participación en el injusto, en el entendimiento de que el injusto del partícipe es un desprendimiento exclusivamente derivado del injusto del autor. He aquí el meollo de la discusión.

Los partidarios de la autonomía del injusto rechazan esta dinámica argumentando que el castigo del partícipe no puede depender de lo que haga o deje de hacer el autor, pues si así fuese, se estaría atentando contra el principio de autorresponsabilidad. El partícipe realiza su aporte y debe esperar en la “sala de

imputación” hasta tanto el autor inicie la ejecución para así, poder insertarse en la imputación. En palabras de SANCINETTI, «esta consecuencia es injusta para juzgar el ilícito del partícipe puesto que ya ha hecho todo lo que tenía que hacer y, sin embargo, hay que esperar a ver si su mandatario (autor o coautor) da efectivamente comienzo a la ejecución igual que en un contrato del Derecho civil». ¹²⁰ Si el principio de ejecución del autor incrimina el comportamiento previo del partícipe quedaría fracturado el principio de autorresponsabilidad según el cual cada uno debe responder por su propio injusto. El autor que con su comienzo de ejecución, tiene la facultad de incriminar a los partícipes, constituiría en verdad, un extraño “mandatario” en materia penal, él representaría “como gestor criminal” a su instigador y su cómplice. ¹²¹ Este es a grandes rasgos el razonamiento de los causacionistas puros, lo que los lleva a poner en cuestión —cuando no, a negar rotundamente— el llamado lado externo de la accesoriedad.

El problema básico de estas tesis —ya lo hemos notado— es que avanzan sobre comportamientos que a la luz del principio del hecho serían atípicos, en tanto se ven obligadas a definir como ilícito un comportamiento en el ámbito previo a la exteriorización del tipo, a la vez que, en su construcción de un tipo de participación fuerzan la letra de la ley. Los defensores de la autonomía del injusto del partícipe postulan infracciones a la norma que están muy alejadas de la afectación del objeto de bien jurídico. Es decir, η prohibiría algo que no está próximo al quebrantamiento de la norma del hecho típico N. En efecto, es difícil sostener la autonomía del injusto del partícipe o, en palabras de SCHMIDHÄUSER, la existencia de un «delito de participación», ya que el comportamiento de un agente sin posterior comienzo de ejecución y sin exteriorización alguna no puede ser castigado sin problemas de argumentación en un Estado de Derecho. Renunciar a la accesoriedad —de cualquier modo, esta afirmación tendrá algo de apresurada, pues no hemos precisado qué tipo de relación accesoría debe darse entre el injusto del interviniente y el hecho típico— obliga a caracterizar como perturbación social el acuerdo de cometer un delito o el favorecimiento del delito psíquica o activamente, o inclusive comportamientos internos antes de que exista comienzo de ejecución; todo ello, en franca oposición al principio de lesividad.

¹²⁰ SANCINETTI, *Teoría del delito y disvalor de acción*, pág. 674.

¹²¹ SANCINETTI, *Teoría del delito y disvalor de acción*, pág. 655.

Hasta aquí hemos dado razones políticas de por qué creemos que está fuera de duda que los comportamientos previos a la ejecución del hecho típico son impunes. ROBLES PLANAS, agrega argumentos dogmáticos y positivos que son de especial interés. El primero, es por demás conocido y tiene que ver con que resultaría difícil de explicar por qué los aportes del partícipe a un delito posterior están prohibidos mientras que esas mismas conductas si las realiza un autor individual están jurídicopenalmente permitidas.¹²² En segundo lugar, destaca este autor que si la aportación en la fase previa creara un riesgo no permitido para un bien jurídico, entonces sería posible reaccionar frente a ella en legítima defensa, y además debería admitirse la participación en la misma —participación en la participación—. Finalmente, como argumentos de derecho positivo agrega que la tentativa de participación es impune y que el desistimiento de la ejecución para los partícipes según el Código Penal, debe ser siempre de una ejecución ya iniciada.¹²³

Sin embargo, las objeciones a la teoría pura de la causación no pueden llevarnos a aceptar sin más las propuestas formuladas desde la otra rivera; no se puede admitir el carácter constitutivo del comienzo de ejecución del autor principal para definir el ilícito del partícipe, puesto que ello, como dijimos, atentaría contra el principio de autorresponsabilidad. Ahora bien, la situación cambia si se normativiza el problema y se reconoce que en el hecho delictivo en el que intervienen varios agentes, existe un sentido que trasciende el aporte individualmente considerado. El comportamiento en el ámbito pretípico aisladamente considerado, no constituye entonces injusto, hasta que no se lo inserta en una totalidad que permite imputar en común el comportamiento típico ejecutivo. Por ello, la formulación usual de que quien no ejecuta por sí mismo participa en el injusto ajeno es en sí una apariencia, pues en rigor el comportamiento ejecutivo es el injusto de todos y cada uno de los intervinientes, inclusive del que no ejecuta de propia mano.¹²⁴ En esta salida hacia la normativización del problema venimos insistiendo como única solución posible a la discusión *injusto derivado vs. injusto autónomo*: debe insertarse el aporte del partícipe en una red estructurada de significado.

¹²² SANCINETTI contesta a esta crítica argumentando que el partícipe cuando deja en manos de otro agente el destino de su aporte pierde el control de la interrupción de todo el proceso lesivo, lo que no sucede cuando es un mismo autor el que lleva adelante todo el *iter criminis*. Ampliamente en, *Teoría del delito y disvalor de acción*, pág. 627 y ss.

¹²³ ROBLES PLANAS, *La participación en el delito: fundamento y límites*, págs. 151 y ss.

¹²⁴ JAKOBS, *Derecho penal Parte general, Fundamentos y teoría de la imputación*, 21/8a.

Lo crucial del vector \overline{AE} es que permite involucrar al resto de los agentes que se encontraban con sus aportes en el plano pretípico y los introduce en el plano de la imputación, otorgándole a estos un determinado sentido delictivo según un tipo penal de la Parte Especial. Este desplazamiento no podría ser posible para los causacionistas puros, en tanto al entender la intervención en el hecho de un modo marcadamente naturalista —el partícipe responde sólo por lo que él hace o deja de hacer de propia mano— desconocen la totalización de significado que imponen los casos de pluralidad de intervinientes en los que existe división del trabajo. En lugar de referir i/I en función de \overline{AE} , y abarcar con H el injusto colectivo de la participación, atomizan las causalidades que por sí solas aún no adquieren el sentido delictivo que les otorga el comienzo de la tentativa. De este modo, la teoría del injusto autónomo, al igual que lo que sucede con las teorías del injusto derivado, yerran en el mismo punto: no conocen una intervención común (normativa), sino sólo aislada (y por tanto, indudablemente naturalista). El injusto es común para autor y partícipe y les pertenece porque ambos lo hacen posible. Por ello, deben responder según la magnitud de sus aportes [i] y, como en cualquier empresa colectiva, también deben dar cuentas del resultado final: H.

3. La retroactividad de \overline{AE} .

Ya le hemos dado un lugar al comienzo de ejecución en la teoría de la participación delictiva y hemos destacado su importancia en orden a los aportes delictivos de la fase previa; ahora, ampliaremos un poco más su particular dinámica de atribución de sentido delictivo a partir de lo graficado en la FIGURA II. Si el carácter pretípico de i por sí mismo no puede poner en tela de juicio la norma penal, requerirá de algún modo estructurarse en un campo unificado mediante un punto nodal que le otorgue sentido y fije su significado, el cual no podrá ser otro que el hecho típico como manifestación del principio de lesividad. El espacio en el cual se encuentran las intervenciones sin ligar, sin amarrar, “significantes flotantes”, cuyo sentido está abierto, depende de su articulación en una cadena con otro elemento [I] que le otorgue significado delictivo a través del arco \overline{AE} . Para dejar claro esto, tomemos el ejemplo de quien le entrega un navaja a un tercero: la conexión de esta conducta

objetiva con otros elementos típicos no está determinada de antemano: se puede entregar la navaja para ser utilizada como cubierto en un almuerzo (si es *luego* colocado sobre una mesa), puede ser usada para ir de pesca (si *posteriormente* se utiliza para esta actividad deportiva) y así sucesivamente. En efecto, nada podemos decir de la conducta pretípica, impune o preparatoria de entregar una navaja, si no la insertamos en una red de significado posterior. A esto le llamaremos «acolchamiento».

En el ámbito del Derecho penal, el «acolchamiento» se realiza mediante la imputación objetiva del comportamiento, la cual detiene esta «libre flotación» de los significantes pretípicos y produce la totalización de los mismos a través de su inserción en una red de significado jurídico-penal. No obstante, ello no es posible antes de que se exteriorice el hecho típico mediante el comienzo de ejecución, pues, en caso contrario ¿qué será lo que se le impute objetivamente al partícipe? Es decir, para poder proceder a «acolchar» las intervenciones pretípicas en una red objetiva de significado —entrega el cuchillo, para que *luego* un tercero mate, conducta atrapada por el tipo del art. 79 del Código Penal Argentino— deberemos antes tener por lo menos una tentativa [vector \overline{AE}]. Esta operación permite explicar sistemáticamente los casos de los que hemos venido hablando, en los cuales un agente realiza aportes temporalmente anteriores al comienzo de ejecución y por ende atípicos hasta que se produce «retroactivamente» desde A hacia p un efecto de definición representado en el arco trazado por \overline{AE} :

RELEVANCIA DEL COMPORTAMIENTO EN FASE PREVIA AL HECHO PRINCIPAL

$$\begin{array}{ccccc} \text{ACOLCHAMIENTO} & = & \text{HECHO PRINCIPAL} & + & \text{IMPUTACIÓN} \\ \text{[RETROACTIVO]} & & \text{[ACC. EXTERNA]} & & \text{OBJETIVA} \end{array}$$

Esta es la característica crucial en este nivel de la explicación: el vector \overline{AE} permite el acolchamiento de *i* hacia atrás, en dirección reactiva al atravesarlo en un punto que precede temporalmente a I. Sin embargo, el vector \overline{AE} no determina todavía, el significado final del aporte, puesto que I para fijar el estado de la intervención previa *i* cuya significación no ha sido aún determinada debe ser

objetivamente imputable a *p*. Entonces, en un determinado punto —precisamente cuando \overline{AE} perfora la intervención del agente que se encontraba sin amarrar— se fija retroactivamente el significado de la cadena, «cosiéndose» la intervención del partícipe *i* a la ejecución del autor I y permitiendo la formulación de una pregunta sobre la imputación objetiva del comportamiento del partícipe en relación con H. En casos de pluralidad de intervenciones anteriores al comienzo de ejecución, es decir, antes de que exista un hecho típico al cual puedan acceder, se acentúa precisamente este carácter retroactivo del efecto de significación con respecto a las intervenciones que aun están objetivamente flotando —¿almuerzo, pesca, homicidio?—¹²⁵ permitiéndose el efecto de sentido hacia atrás.

4. La apariencia *engañosa* de la accesoriedad externa.

En este nivel elemental, podemos ya localizar la lógica *engañosa* de la accesoriedad externa, un mecanismo que inicialmente produce la apariencia de que la punibilidad de *p* depende de un hecho ajeno; pero que, en efecto, es el anverso de que los significantes permanezcan detrás del flujo de significado jurídico-penal de H detonado a partir del comienzo de ejecución de A. Esta faceta de la accesoriedad sumada a la imputación objetiva del comportamiento al partícipe consiste en la ilusión de que el sentido delictivo de un determinado aporte —que quedó retroactivamente fijado— estaba presente en él desde el comienzo como su esencia inmanente (la navaja desde un comienzo *fue* entregada para matar, inclusive antes de que existiese el comienzo de la acción de matar). Es relevante la conducta del partícipe cuando nos parece que el sentido delictivo del aporte era desde un principio, inclusive desde antes del comienzo de ejecución “su naturaleza delictiva”.

La paradoja reside, por supuesto, en que esta ilusión de la accesoriedad es necesaria, en la medida misma del éxito de la división de tareas a la luz del principio del hecho e igualmente, en la medida en que tengamos la intención de operar con

¹²⁵ Objetivamente flotando, en cuanto, la teoría de la participación se ubica sistemáticamente en el plano del tipo objetivo. Antes del comienzo de ejecución no podemos formularnos la pregunta sobre qué es lo que conocía o quería el interviniente —es decir, sobre si había alguna intención en el plano subjetivo que amarrara esa conducta pretípica—, pues todavía se encuentra en el plano pretípico amparado por el principio de legalidad, e incluso, luego del comienzo de ejecución es posible que tampoco pueda insertarse su aporte en la red de significado jurídico penal debido a ser socialmente adecuado, estereotipado o inocuo (prohibición de regreso). Ver *infra*.

categorías normativas. En el ejemplo de la entrega de la navaja tenemos una articulación de sentidos (para la gastronomía, para la pesca, etc.), ninguno de los cuales pretende ser el último significado de la función de la navaja. Ahora bien, desde el punto de vista de la estructura de significado del Derecho penal solamente la entrega de un cuchillo de p a A tendrá sentido cuando exista la posibilidad de la articulación retroactiva de aquella conducta a través del arco \overline{AE} como manifestación del principio de lesividad. Y sólo luego de esta operación será posible preguntarnos sobre la imputación objetiva de la conducta de participación.

Con la apariencia de la accesoriedad externa el partícipe se transforma —en función del principio de autorresponsabilidad— en lo que siempre debió ser: autor de su propio aporte al hecho común e infractor de la norma que lo vincula personalmente [η]. Aquí hemos llegado por fin a la identificación de p con A en relación con el hecho común, donde ambos ahora son intervinientes, cuya diferencia es sólo cuantitativa [la magnitud de i e I].¹²⁶ El “efecto de retroversión” se basa precisamente en este nivel aparente respaldado por la lógica de la accesoriedad y la imputación objetiva, en la cual el partícipe acaba siendo un agente autónomo presente desde el origen de sus actos, pero que, paradójicamente no puede constituirse como tal sin que otro interviniente detone hacia atrás el comienzo de ejecución.¹²⁷ Esta operación dogmática se articula no sólo intrasistemáticamente con los principios rectores de legalidad, lesividad y autorresponsabilidad, sino asimismo con la autoexperiencia del partícipe en la cual éste se reconoce ya desde antes del comienzo de ejecución como parte del hecho delictivo.

iii. Prohibición de regreso en el arco \overline{AE} .

¹²⁶ Sin embargo, esta afirmación sólo es correcta en relación con los delitos de competencia por organización.

¹²⁷ Con cuidado aquí; puesto que esta función sólo es válida para los delitos comisibles por cualquiera, en donde aplica la solución global en relación con el comienzo de la tentativa. Distinto es el caso de los agentes que se encuentran directamente obligados frente al bien afectado (delitos especiales) en donde, el comienzo de la tentativa sólo cabe determinarlo en función de su propio comportamiento (solución individual). Esta opción tendrá especial trascendencia para la intervención de garantes, cuya posición se debe a relación conyugal, paterno-filial, etc., en delitos de comisión. Aquí, la aportación del garante sin dominio del hecho puede ya constituir una tentativa en concepto de autor, incluso si no se produce el comienzo de ejecución del «hecho principal». Esto se explica, porque su *aporte* no se encuentra sin amarrar, sino que ya trae consigo el cuestionamiento al delicado lazo que lo une al bien jurídico, no requiriéndose, de este modo, un significante externo que le permita construir su significado. Ver detalladamente *infra*.

Hasta aquí hemos dicho que la atribución objetiva de sentido delictivo a los aportes sin amarrar anteriores al comienzo de ejecución sólo puede llevarse a cabo luego de que opere el efecto de acolchamiento del vector \overline{AE} . Dicho de otro modo, sólo luego de que nazca H podremos preguntarnos si existe imputación al tipo objetivo de la conducta de participación al agente que intervino en primer lugar. Entonces, como notará el lector, es fácil deducir que habrán casos en los que podrá darse el hecho principal y sin embargo, no conseguir el vector \overline{AE} coser los aportes realizados por el agente en la fase previa; esto debido, no al límite impuesto por el principio de lesividad (porque al hecho principal de referencia ya lo tenemos), sino a que su aporte se ve interrumpido por la imposibilidad de retroceder en la imputación. Es decir, porque existe una prohibición de regreso.

Si estamos en lo correcto y la pregunta sobre el sentido del comportamiento del partícipe sólo puede formularse luego de que existe un hecho típico al cual referirla y, si no siempre que exista un hecho principal necesariamente el comienzo de ejecución operará retroactivamente hacia p ; entonces puede ser que a pesar de existir un hecho típico, se interrumpa [\leftarrow] el arco trazado por el vector \overline{AE} . Dicho de otro modo, a pesar de que el autor incardina su proyecto delictivo a la intervención de un agente que actúa con anterioridad, no es posible insertar este comportamiento en la red estructurada de significado necesaria para afirmar la existencia de participación punible. El comportamiento del partícipe, incluso en el supuesto de que sea evitable, no bastará para atribuirle una organización un sentido delictivo. Como vimos al principio de este capítulo, existe la obligación de evitar cuando forma parte del rol de quien actúa en primer lugar el velar por el comportamiento de quien actúa a continuación.¹²⁸ Por el contrario, las conductas normales, cotidianas, habituales, etc. no forman parte de la explicación social del delito. Este queda suficiente y completamente explicado con la actuación arbitraria del autor que desvía hacia lo delictivo una parte de la realidad social que tiene sentido por sí misma.¹²⁹

La prohibición de regreso es el anverso de la accesoriedad y se erige como un principio medular tanto de la imputación objetiva como de la teoría de la participación. Aquí nos encontramos frente a constelaciones de casos en las que no

¹²⁸ JAKOBS, *La imputación objetiva en el Derecho penal*, pág. 81.

¹²⁹ ROBLES PLANAS, *La participación en el delito: fundamento y límites*, pág. 49.

obstante existir un hecho delictivo frente al que el agente ha realizado un aporte (en sentido naturalístico) no se le imputará aquel en tanto no es posible retroceder en la imputación cuando se ha comportado de acuerdo con su rol, es decir, se ha mantenido dentro del riesgo permitido. La responsabilidad de *p* quedará excluida en dos supuestos a pesar de que exista comienzo de ejecución: por un lado, cuando no hay nada en común entre A y el agente que actúa en primer lugar: el autor anuda su actuar un comportamiento cotidiano de otra persona y desvía dicho comportamiento hacia lo delictivo, en este caso sólo él responde por la totalidad del hecho típico. Aquí estamos frente a comportamientos cotidianos e inocuos que no adquieren significado delictivo aun cuando el autor los haya incluido en sus planes, puesto que como dijimos al principio, la responsabilidad penal se basa en la infracción de un determinado rol (común o especial) y el agente aquí se ha mantenido dentro del marco de su rol inocuo. La ejecución no le es propia, y por tanto no hay razón para imputarle injusto alguno.¹³⁰ Por otro lado, también quedará excluida la responsabilidad del agente que actúa en primer término cuando entre ambos sí existe algo en común, pero lo que hay de común se limita a una prestación que puede obtenerse en cualquier lado, y que no entraña riesgo especial alguno, no obstante lo cual el autor hace uso precisamente de esta prestación para cometer un delito. Lo que de común hay carece de todo significado delictivo: de ahí que aquí tampoco el agente haya quebrantado rol alguno.¹³¹

Para JAKOBS en este último caso se encuentra el ámbito principal de aplicación de la prohibición de regreso, esto es, de la prohibición de recurrir, en el marco de la imputación a personas que si bien física y psíquicamente podrían haber evitado el curso lesivo, a pesar de la no evitación no han quebrantado su rol de ciudadanos que se comportan legalmente. Como venimos sosteniendo, el reparto de tareas como fundamento de la responsabilidad del partícipe que realiza un aporte en la fase previa al hecho, debe interpretarse inserto en una red de significado determinada. Ello nos permitirá explicar no sólo los casos de intervención punible (accesoriedad) sino, también su anverso, la prohibición de regreso. En una sociedad organizada en régimen de reparto de tareas, con un intercambio de información y de bienes extremadamente complejo, ha de diferenciarse de manera rigurosa lo que es el

¹³⁰ JAKOBS, *La imputación objetiva en el Derecho penal*, pág. 82.

¹³¹ JAKOBS, *La imputación objetiva en el Derecho penal*, pág. 82.

sentido objetivo de un contacto social. Con carácter general, únicamente se debe tener en cuenta el sentido objetivo; éste es el sentido socialmente válido del contacto. Por tanto, en aquellos casos en los cuales sea solamente A el sujeto competente por enlazar una organización delictiva a un comportamiento inocuo o estereotipado, no será posible volver hacia p , a pesar de que exista un hecho típico vinculado de manera aparente (o causal) con su intervención. En los dos grupos de casos referidos, no le alcanza al primer agente una responsabilidad específica simplemente porque A haya asumido la prestación como suya y derivado a partir de ella consecuencias delictivas.¹³² Esta es la ruptura en el vector $\overline{\mathcal{A}E}$ que hemos representado con \leftarrow .

Debe agregarse, que las intenciones y los conocimientos de quien realiza esta clase de aportes son a estos efectos irrelevantes. Quien realiza algo estereotipado o adecuado socialmente no responde por H, y ello con independencia de lo que piense o conozca. No obstante el carácter objetivo del comportamiento, puede que concurra una razón adicional por la que haya de generarse responsabilidad inclusive en los casos en los cuales el agente realiza una prestación inicialmente estereotipada: esa razón la conforma la preexistencia de una posición de garantía independiente de la conducta, posición de garantía que sirve precisamente para evitar daños que amenacen al bien en cuestión.¹³³ Aquí el primer agente, responderá generalmente como autor, por estar inmediatamente vinculado al deber de impedir lesiones al bien jurídico frente al cual se encuentra obligado de manera especial, sin embargo, existen constelaciones de casos en los cuales también podrá responder como partícipe.¹³⁴

Ahora, si bien en los casos que tocan la prohibición de regreso no se retrocede en la imputación hacia el agente que interviene en primer lugar, ello no significa que no pueda responder eventualmente por omisión de socorro. A pesar de no encontrarse el agente vinculado por la norma derivada de la participación $[\eta]$, puede ser que exista N' [N prima], una norma que le imponga no denegar a la víctima la ayuda necesaria en casos de extrema necesidad. Con otras palabras, cuando el rol de ciudadano atribuye de manera excepcional deberes de auxilio $[N']$, éstos mantienen su plena vigencia aunque no exista η por interrumpirse el arco de $\overline{\mathcal{A}E}$ al concurrir un supuesto de prohibición de regreso $[\leftarrow]$.

¹³² JAKOBS, *La imputación objetiva en el Derecho penal*, pág. 84.

¹³³ JAKOBS, *La imputación objetiva en el Derecho penal*, pág. 85.

¹³⁴ Ver ampliamente el desarrollo de la participación en los delitos especiales en el próximo capítulo.

En suma, la prohibición de regreso funciona como una manifestación concreta del principio de autorresponsabilidad. No se le puede hacer parte a quien interviene sólo en apariencia en un hecho delictivo, pues este suceso, normativamente nada tiene que ver con él —excepcionalmente, se podrá hacer responsable al partícipe cuando se haya adaptado al plan del autor, se haya salido de su rol o haya violado una norma orientada específicamente a impedir la desviación delictiva de aportes peligrosos de parte de terceros—. ¹³⁵ No es posible fijar el aporte del agente al hecho delictivo y por tanto no se lo puede hacer parte del suceso delictivo; el principio de autorresponsabilidad por el propio injusto impide amarrar al hecho principal a quien objetivamente se comporta conforme con su rol y se relaciona con el resultado delictivo sólo por exclusiva decisión del autor. A continuación, entraremos a desarrollar específicamente este principio, pero no de manera aislada, sino inserto en las tensiones propias del sistema en el cual se articula con los principios de legalidad y lesividad.

3. El diagnóstico: la incorrecta articulación entre los principios de autorresponsabilidad, lesividad y legalidad.

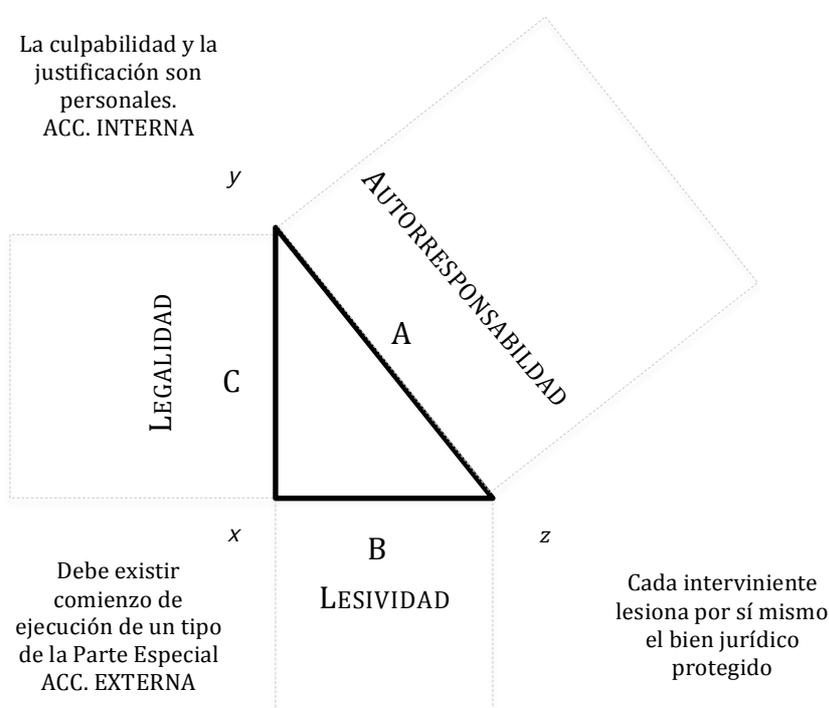
Hasta aquí hemos visto que pueden ser varios los agentes que intervengan, organizando su propio hecho —teorías del injusto autónomo—, un hecho ajeno —teorías del injusto derivado— o un hecho conjunto —teorías convergentes—. En relación con cada uno de estos enfoques, asimismo, hemos realizado ya una crítica inicial y principalmente dogmática, que intenta abarcar brevemente el estado de la cuestión sobre el tema. Ahora bien, creo que hay algo más para decir, o bien, un análisis a realizar desde el ángulo de los principios de autorresponsabilidad, legalidad y lesividad. Las críticas que formula la doctrina en contra de las tesis incorporadas a este trabajo padecen antes de un problema fundamental: no encontrar el equilibrio dinámico necesario entre las tensiones que se generan entre estos tres principios.

Como veremos en el próximo apartado, la accesoriedad como principio dogmático conduce a soluciones poco satisfactorias en diversos grupos de casos;

¹³⁵ Ampliamente sobre los alcances de la prohibición de regreso y sus límites, JAKOBS, *Derecho penal Parte general, Fundamentos y teoría de la imputación*, págs. 257 y ss.; EL MISMO, *La imputación objetiva en el Derecho penal*, págs. 71 y ss.

fenómeno complejo que se inserta en los puntos de contacto de la tríada lesividad/legalidad/autorresponsabilidad. Entender la participación delictiva disociada de la dinámica de estos principios o pasar por alto esta delicada ingeniería es un grave error. Tomemos el ejemplo de los partidarios de la teoría pura de la causación, para ellos, el principio de autorresponsabilidad ocupa una posición de enajenación extrema, en tanto su lugar preponderante a expensas de la regulación positiva y el hecho típico desequilibra los puntos de encuentro de los segmentos que representan cada función del triángulo de la operatoria de la participación delictiva. Dicho en pocas palabras, el especial énfasis en un principio de responsabilidad entendido de manera naturalista y no normativa, acaba neutralizando a las funciones de los otros dos segmentos. Pero con esto hemos empezado de atrás hacia adelante, rebobinemos y representemos en un nuevo gráfico, la especial dinámica de estos principios que apuntalan a la accesoriadad como estructura de imputación.

FIGURA III



Este triángulo intenta explicar las tensiones de los principios de lesividad, legalidad y autorresponsabilidad y la especial dinámica que existe entre ellos, la cual, podemos anticipar, no es simétrica —por ello, no es accidental que la figura explicativa sea escalena—. Este especial gráfico toma como base un triángulo formado por la unión de tres segmentos dispares (\bar{A} , \bar{B} y \bar{C}) que representan a los principios de responsabilidad (hipotenusa), lesividad (cateto menor) y legalidad (cateto mayor). Pero no es lo más interesante, la función lineal del segmento, que como explicaré es meramente formal y de frontera, sino la función material, que es aquella representada por los ángulos generados en la intersección de los segmentos; dicho de otro modo, es la articulación de los principios entre sí la que inyecta contenido a la accesoriadad [x, y, z]. Finalmente, tampoco es casual que el principio de responsabilidad esté representado en la hipotenusa, siendo especialmente curioso, que aquí también opera como concepto el Teorema de Pitágoras. Pero dejemos esta explicación para el final.

a. Principio de Legalidad [\bar{C}]

El principio de legalidad constituye la expresión de uno de los más importantes fines de garantía individual asumidos por el Derecho penal moderno. Si bien en sus orígenes, esto es, en los planteamientos de autores previos a la codificación (Beccaria, Feuerbach) su valor principal fue aportar el requisito de certeza al sistema punitivo, lo cierto es que en tal contexto el aseguramiento de las libertades desempeñaba un papel meramente secundario.¹³⁶ No obstante ello, hoy sabemos el principio de legalidad cumple una función más compleja, erigiéndose en los Estados liberales como base fundamental de la creación, interpretación y aplicación de los tipos penales.¹³⁷

Al igual que sucederá con los principios de autorresponsabilidad y lesividad, es posible advertir aquí dos dimensiones: una formal y otra material. En la primera, el principio de legalidad funciona como límite a la actuación del Estado frente a los derechos de los ciudadanos; simplemente actúa como frontera [*Funktionsgrenze*]. En otras palabras, el sistema democrático traza una línea que debe ser respetada tanto

¹³⁶ SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, pág. 401.

¹³⁷ Ampliamente, JESCHECK, *Tratado de Derecho penal Parte general*, pág. 140 y ss.; ROXIN, *Derecho penal Parte general*, Tomo I, 2ª Ed., págs. 134 y ss.

por el legislador al diseñar los tipos penales —impidiéndosele, por ejemplo, sancionar legítimamente una ley sin seguir determinado procedimiento o con un contenido contrario a la Constitución— como por los jueces al momento de aplicar e interpretar el Derecho —podría pensarse aquí en la prohibición de la aplicación retroactiva de la norma penal—. Esta función formal o de limitación es la que hemos representado en nuestro triángulo con el segmento \bar{C} , a partir del cual, por lo menos en el plano teórico, el principio de legalidad se levantará como una barrera infranqueable frente a las intervenciones del Estado, proporcionándoles a los ciudadanos una garantía de seguridad jurídica mínima que les permita conocer cuáles conductas están permitidas y cuáles no, con qué penas pueden ser sancionadas sus infracciones, en qué marco procesal y con qué condiciones de ejecución.¹³⁸

En este plano formal, se inserta el principio *nullum crimen, nulla poena sine praevia lege*, a partir del cual no se puede prescindir de la existencia anterior de una disposición legal que establezca ciertamente cuál es la conducta reprimida y cuál será la pena impuesta al autor en caso de infracción. Como veremos a continuación, esta manifestación del principio de legalidad también deberá ser tenida en cuenta para el interviniente más lejano: el partícipe. También nos encontramos aquí con el mandato de determinación de los tipos penales, el cual como destaca SILVA SÁNCHEZ tiene una doble función: «por un lado, se dirige al legislador imponiéndole la exigencia de una *lex certa* y por otro lado, se dirige al juez, prohibiéndole básicamente la aplicación analógica de esa *lex certa* y obligándole, en consecuencia, a ceñirse a la *lex stricta*. En la primera vertiente el mandato de determinación proscribire todas las leyes penales en cuya formulación no se determine con exactitud el ámbito de lo punible, ordenando redacciones lo más precisas posibles».¹³⁹

No es casual que el principio de legalidad esté representado en la FIGURA III en el cateto mayor, ello en tanto, funciona como la coordenada vertical del sistema de participación. ¿Qué significa esto? Básicamente que en la praxis hermenéutica no se podrá ir más allá del límite del tipo penal como altura máxima fijada por el legislador. Los tipos penales de la Parte Especial como las normas que amplían la punibilidad a los partícipes en la Parte General tienen una elasticidad máxima que no es posible traspasar sin alterar las funciones de los demás principios. Expresado con un dicho

¹³⁸ SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, pág. 402.

¹³⁹ SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, pág. 405.

popular: hay que estirar los pies hasta donde llegue la sábana; el tipo penal define no sólo la conducta del autor, sino también la conducta del partícipe. Aquí, tocamos la fibra política del principio de legalidad, en tanto, si la dogmática se construye más allá del límite establecido por los tipos penales, se atentará contra la legitimación democrática de las disposiciones definitorias de los delitos y las penas.¹⁴⁰

Ahora, en lo que respecta al segundo plano, el material, el principio de legalidad adquiere una proyección que no solamente lo inserta en el esquema de la intervención delictiva como un límite hermenéutico frente a la creación y aplicación del derecho positivo, sino que además, le inyecta a las categorías dogmáticas de la autoría y la participación un contenido determinado [*der Inhalt*]. Es lo que hemos representado con la superficie del segmento Legalidad: C² (ver ampliamente *infra*). Finalmente, aquí también, nuestra frontera positiva tiene puntos de contacto con los principios de lesividad y autorresponsabilidad que trazarán los ángulos *x* e *y*, donde se produce una síntesis de las tensiones producidas entre las funciones de cada uno de estos principios.

b. Principio de Lesividad [B̄]

El principio de lesividad u ofensividad nace como una garantía de laicidad y libertad, producto de la separación axiológica propia del Estado moderno entre Derecho y moral. En Estados inicialmente religiosos se confundía el pecado y el delito; no obstante, a medida que las sociedades evolucionaron hacia configuraciones más pluralistas fue necesario distinguir estas dos categorías, a la vez que se definían los contornos del Derecho penal como subsistema de control social. De este modo, como única alternativa para la convivencia pacífica entre diversos puntos de vista morales, se hizo necesario que la ley se limitara solamente a los comportamientos que fueran ofensivos para terceros, garantizando así una esfera intangible de libertad. De allí proviene la impunidad de los pensamientos, actos internos e infracciones morales ya sean contra uno mismo o contra una determinada religión, comportamientos que no

¹⁴⁰ De este modo, se podría pensar, que la proyección dogmática de la teoría pura de la causación no sólo presentaría graves problemas en lo que sería el tipo de referencia de la participación y la ampliación de la punibilidad a los actos preparatorios, sino que a la vez, fulminaría el fundamento democrático de las normas penales en un Estado democrático.

lesionaban bien empírico alguno y por tanto no debían ser penados.¹⁴¹ En línea con esta génesis, la doctrina dominante opina que el Derecho penal tiene como finalidad la protección de bienes jurídicos, es decir, bienes valiosos como la vida, la intimidad, la propiedad, etc. que son previos al Derecho penal y cuya indemnidad debe éste garantizar. El Derecho penal tiene como fin la protección de estos bienes, que por ello se convierten en bienes jurídico-penales.¹⁴²

Ya hace algunos párrafos hemos puesto en relieve que esta investigación adopta determinados puntos de partida para resolver los problemas que se han planteado en relación con el principio de accesoriedad. Entre ellos, destacamos que el sistema de atribución de responsabilidades en relación con la infracción de una norma sólo puede basarse en el reconocimiento de un orden establecido en función de roles, esto es, en función de las relaciones entre personas, y esto significa, a su vez, en función de determinadas expectativas normativas (es decir, de normas que no son a su vez bienes de personas determinadas).¹⁴³ Si esto es así, ni la configuración específica de un orden social, ni el contenido del principio de lesividad podrán definirse exclusivamente a partir de bienes empíricos, sino que, a lo que se deberá prestar especial atención es a los distintos roles de las personas como ciudadanos insertos en un particular contexto de interacción. Ello en tanto, el Derecho penal no sirve para la protección genérica de bienes que han sido proclamados como bienes jurídicos, sino para la protección de bienes contra ciertos ataques y sólo en lo que se refiere a esta protección los bienes aparecerán en la lente del derecho, y serán, por consiguiente bienes jurídicos.¹⁴⁴ En pocas palabras, el Derecho penal garantiza la vigencia de la norma, no la protección de bienes jurídicos.¹⁴⁵

¹⁴¹ FERRAJOLI lo denomina *nulla poena, nullum crimen, nulla lex poenali sine iniuria*, en *Derecho y Razón*, pág. 466.

¹⁴² Esta concepción puede ser objeto de diversas objeciones. Entre ellas, JAKOBS advierte que «si se incluyen todos los bienes que deben ser protegidos de modo incondicionado, es decir, sin límite alguno, entre los bienes jurídicos, pronto se constata que en la gran mayoría de las ocasiones parecen de un modo que no le interesa al Derecho, especialmente al Derecho penal en lo más mínimo. Los seres humanos mueren por las afecciones que sus órganos presentan inevitablemente al alcanzar una edad avanzada, o sucumben a graves enfermedades» «¿Qué protege el Derecho penal: bienes jurídicos o la vigencia de la norma?», *El funcionalismo en Derecho penal, libro homenaje al Prof. Günther Jakobs*, pág. 41.

¹⁴³ JAKOBS, «¿Qué protege el Derecho penal: bienes jurídicos o la vigencia de la norma?», *El funcionalismo en Derecho penal, libro homenaje al Prof. Günther Jakobs*, pág. 46.

¹⁴⁴ JAKOBS, «¿Qué protege el Derecho penal: bienes jurídicos o la vigencia de la norma?», *El funcionalismo en Derecho penal, libro homenaje al Prof. Günther Jakobs*, pág. 42.

¹⁴⁵ En contra FERRAJOLI, quien postula un principio de lesividad referido a la lesión de bienes empíricos externos al Derecho mismo y entiende que «Está claro que una doctrina así, al identificar autorreferencialmente el fin del Derecho penal con la estabilidad y la preservación del orden jurídico mismo, es una doctrina prescriptiva

Si se adopta este enfoque, se obtiene una concepción distinta del ordenamiento jurídico, donde los bienes no son *piezas de museo*, sino que se encuentran insertos de manera dinámica en complejas relaciones entre las personas. En palabras de JAKOBS:

«El Derecho penal como protección de bienes jurídicos significa que una persona, encarnada en sus bienes, es protegida frente a los ataques de otra persona. El Derecho penal garantiza la expectativa de que no se produzcan ataques a bienes. Desde el punto de vista del Derecho penal, el bien aparece exclusivamente como pretensión del titular de que éste sea respetado; dicho de otro modo, desde el punto de vista del Derecho penal el bien no ha de representarse como objeto físico o algo similar, sino como una norma, como expectativa garantizada».¹⁴⁶

Por lo tanto, el principio de lesividad sólo se podrá definir en referencia con la infracción de un rol. Quien no hace nada que contradiga su rol (legal) tampoco defrauda una expectativa, sino que se conduce de modo socialmente adecuado, cuando adquiere relevancia causal respecto de la lesión de un bien.¹⁴⁷ Ahora bien, la pregunta acerca de la existencia de un comportamiento no permitido, sobre la infracción al rol de la persona —según lo que hemos dicho hasta aquí— sólo puede formularse luego de que exista un hecho típico y en relación con él. Y esta afirmación aplica tanto para el autor como para el partícipe. Sin un objeto de referencia normativo (y qué otra cosa, sino el tipo penal) en razón del cual imputar el comportamiento lesivo no tenemos nada; no tenemos lesión.

El principio de lesividad presenta asimismo dos dimensiones, una formal y otra material. En relación con la primera —al igual que sucede con el principio de legalidad—, nos encontramos frente a una función que opera como límite: nadie debe responder por conductas que no perturben la estructura normativa de la sociedad, es decir, que no pongan en tela de juicio la vigencia de la norma. Todo lo que se encuentre más allá del segmento \bar{B} será en principio impune; según esta formulación, no se podrán reprimir aquellas conductas que no pongan en tela de juicio la vigencia

inevitablemente autoritaria, idónea para legitimar la ausencia de límites al poder punitivo», «El principio de lesividad como garantía penal», *Revista Nuevo Foro Penal*, Vol 8, pág. 104.

¹⁴⁶ JAKOBS, “¿Qué protege el Derecho penal: bienes jurídicos o la vigencia de la norma?”, *El funcionalismo en Derecho penal, libro homenaje al Prof. Günther Jakobs*, pág. 43

¹⁴⁷ JAKOBS, “¿Qué protege el Derecho penal: bienes jurídicos o la vigencia de la norma?”, *El funcionalismo en Derecho penal, libro homenaje al Prof. Günther Jakobs*, pág. 45

de la norma que subyace a una configuración social determinada. Sólo cuando el autor que desempeña el rol de una persona libre configure su mundo sin tomar en consideración a la norma, habrá una lesión relevante de la misma y se le podrá atribuir la infracción de la misma —mediante un pronunciamiento de culpabilidad— no como parte del ejercicio de su libertad personal, sino como su voluntad particular.

Por su parte, la más importante función del principio de lesividad es material, en cuanto será a la luz del hecho típico a través del cual se le podrá atribuir sentido a la conducta del autor o del partícipe. Es decir, sólo en el tipo penal de la Parte Especial se encuentran las coordenadas principales para insertar un comportamiento en la red de significado jurídico-penal. Esto, vale tanto para el supuesto de un único autor, como para cuando concurre una pluralidad de intervinientes. En este último caso, operarán a su vez las normas de la Parte General, las cuales ampliarán la punibilidad a los partícipes. El hecho típico, adquiere especial importancia tanto en la dimensión política o formal del principio de lesividad [*Funktionsgrenze*], como en su dimensión material o dogmática [*der Inhalt*]. Esto lo posiciona en el cateto inferior de nuestro gráfico, es decir, como el segmento que sirve de base al correcto equilibrio con los principios de autorresponsabilidad y legalidad. Ello es forzoso, si se tiene en cuenta que el principio del hecho es irrenunciable en el sistema de participación en tanto no puede existir quebrantamiento de la norma en tanto no se haya exteriorizado una determinada perturbación social en un hecho típico. Como veremos en el próximo punto, las particulares tensiones en los extremos de \bar{B} condensan dos postulados básicos del sistema de participación delictivo: debe existir comienzo de ejecución [ángulo *x*] y cada uno de los partícipes lesiona el bien jurídico por sí mismo [ángulo *y*].

c. El principio de autorresponsabilidad [\bar{A}]

En este punto habremos de tocar la verdadera fibra del edificio simbólico de la dogmática jurídico-penal moderna. Particularmente, en lo que respecta a la participación en el delito, es un principio especialmente relevante que define e inyecta contenido a cada una de sus categorías y genera tensiones primordiales con los demás principios de legalidad y lesividad. El principio de responsabilidad por el propio injusto lleva implícita la idea básica de que nadie puede responder por el

injusto ajeno.¹⁴⁸ El fundamento del principio de responsabilidad se encuentra en el libre desarrollo de la personalidad y no puede ser entendido fuera de un sistema en el que se reconozca al ciudadano como un sujeto autónomo. Conforme a esta idea reguladora, en todo sistema social hay que reconocer una división o separación entre esferas jurídicas de intereses, en las que cada individuo ejerce su libertad organizativa, su propia autodeterminación. ROBLES PLANAS distingue dos aspectos del principio de responsabilidad, uno negativo o excluyente y otro positivo o fundamentador:

“Por un lado, en su vertiente negativa garantiza la separación entre los ámbitos de responsabilidad individuales. La primer y más evidente consecuencia del principio de autorresponsabilidad es que el ámbito de responsabilidad de cada individuo queda limitado a su propia conducta, de manera que, en principio, nadie responde por los efectos que su propia conducta pueda ocasionar en otros sujetos a su vez autorresponsables. Sin embargo, por otro lado, en su vertiente positiva, este principio tiene como consecuencia la vinculación de la responsabilidad por la propia organización defectuosa del sujeto”.¹⁴⁹

La vertiente negativa que funciona como separación entre los ámbitos de responsabilidad individuales es la que hemos representado en el segmento \bar{C} . Según el conocido postulado jakobsiano “no todo es asunto de todos” cuando nos movemos en un ámbito de sujetos autorresponsables, inicialmente nadie tiene el deber de tener en cuenta lo que otro, en tanto sujeto también autorresponsable haga con la propia conducta de uno. Aparece entonces la *Funktionsgrenze* que venimos destacando en cada uno de los principios que integran la FIGURA III de la participación delictiva. Aquí, \bar{C} impide hacer responsable del hecho al sujeto que actúa en primer lugar si no ha creado un riesgo desaprobado teniendo en cuenta la conducta autorresponsable de un segundo agente; es lo que hemos visto en el punto anterior como prohibición de regreso. La perspectiva de la autorresponsabilidad acentúa la prohibición de retroceder hacia atrás en la imputación cuando es un sujeto autorresponsable el que actúa en segundo lugar y se apropia arbitrariamente de la aportación de otro agente; no le atañe a quien actuó en primer lugar la ejecución del autor. Ahora bien, como ya dijimos, el anverso de la prohibición de regreso es la accesoriedad. Aquí, el principio de autorresponsabilidad funciona de otro modo, no ya limitando la responsabilidad

¹⁴⁸ ROBLES PLANAS, *La participación en el delito: fundamento y límites*, pág. 162.

¹⁴⁹ ROBLES PLANAS, *La participación en el delito: fundamento y límites*, págs. 163 y s.

de los intervinientes, sino vinculándolos; este es el aspecto positivo o fundamentador del que habla ROBLES PLANAS, en función del cual a cada interviniente que ha dispuesto una razón para hacer suyo el hecho finalmente ejecutado se le hará responsable del mismo [*Akzessorietät Inhalt*].

En suma, el principio de autorresponsabilidad por el propio injusto tiene una doble función. Por un lado, negativa o limitadora, impidiendo la imputación del hecho principal a quien objetivamente se comporta dentro de los límites trazados por el ordenamiento jurídico y su conducta sólo llega a traducirse en un resultado delictivo mediante la desviación arbitraria por parte del autor. Y, por otro lado, positiva o material asociando esferas de responsabilidad inicialmente autónomas con base en la existencia de un contexto delictivo común de infracción a la norma. Este es el motivo que permite imputarle al partícipe la ejecución del tipo penal que otro realiza de propia mano. El derecho garantiza y presume la separación de esferas de responsabilidad [*Funktionsgrenze*] excepto cuando exista un motivo para afirmar lo contrario [*Akzessorietät Inhalt*].

Pero sólo es posible alcanzar estas conclusiones si se parte de una concepción normativa del principio de autorresponsabilidad según la cual puedan separarse esferas de responsabilidad en supuestos en los que el agente contribuye causalmente a un resultado delictivo que no le pertenece (prohibición de regreso) y, a la inversa, se pueda vincular al hecho principal incluso a quien no ejecuta de propia mano la conducta típica pero coloca una razón para que se le haga suyo el resultado delictivo (accesoriedad). Para ROBLES PLANAS, el autor que estamos siguiendo en este punto, debe realizarse una relectura del principio de autorresponsabilidad sobre la base del objeto de referencia: «no se es autorresponsable por cualquier disposición libre de un curso causal tendente a la lesión de un bien jurídico, sino por quebrantar los límites de la libertad de actuación jurídico penalmente garantizada. El entendimiento normativo de la autorresponsabilidad comporta el establecimiento de esferas de organización jurídicamente reconocidas de cada persona».¹⁵⁰ Si esto es cierto, en consecuencia tanto para desvincular o asociar a un agente a un contexto delictivo determinado, no será suficiente el dato naturalístico de que haya o no haya ejecutado de propia mano, sino que deberemos indagar sobre aquello que ha configurado de

¹⁵⁰ ROBLES PLANAS, *La participación en el delito: fundamento y límites*, pág. 166.

manera responsable como sujeto autónomo. Dicho brevemente, la accesoriedad es, en relación con el partícipe, una pregunta de imputación objetiva.

5. Consecuencias dogmáticas derivadas de las tensiones entre \bar{A} , \bar{B} y \bar{C} .

a. Legalidad/Lesividad [x]: *La accesoriedad externa como síntesis ineludible.*

El hecho típico como objeto de referencia de la participación es consagrado expresamente en los arts. 45 y 46 del Código Penal argentino. Según el primero de ellos, serán partícipes aquellos que prestasen al autor o autores un auxilio o cooperación sin los cuales [el hecho típico] *no habría podido cometerse*; conforme el art. 46, «los que cooperen de cualquier otro modo *a la ejecución del hecho* [...] serán reprimidos con la pena correspondiente al delito, disminuida de un tercio a la mitad...». No queda duda, que en el ordenamiento positivo argentino, para que el comportamiento del partícipe constituya injusto será necesario que exista un hecho típico, por lo menos, intentado. Por su parte, el StGB se refiere a la accesoriedad cuantitativa de manera expresa en el § 27 al prescribir que «como cómplice se castigará a quien haya prestado dolosamente ayuda a otro para la comisión de un hecho doloso antijurídico».¹⁵¹ En lo que respecta al Código Penal español, en su art. 63 establece que la escala penal disminuida a la fijada por la ley para los autores se les impondrá «a los cómplices de un delito consumado o intentado». De este modo, con distintas formulaciones, los tres regímenes positivos citados requieren para que la participación sea punible que exista un hecho principal objeto de referencia. Este efecto de cesura, cuya dinámica hemos representado en la FIGURA II con el arco \bar{AE} , es la accesoriedad externa como exigencia legal y, al mismo tiempo, como consecuencia del principio de lesividad.

De este modo, es posible afirmar que el hecho típico no es un mero requisito exigido por la ley, sino que antes es una consecuencia necesaria del principio de lesividad. Y, asimismo, que no sólo opera en relación con el partícipe, sino también frente al autor. Es decir, el hecho típico es una referencia ineludible en el ámbito de la

¹⁵¹ Strafgesetzbuch, 32a., edición, Deutscher Taschenbuch Verlag, C. H. Beck, Munich, 1998, versión traducida por LÓPEZ DÍAZ, Universidad Externado de Colombia.

autoría y la participación. Si tenemos presente este enfoque en el terreno de la discusión entre injusto derivado e injusto autónomo, no debería sorprendernos que el injusto del partícipe pueda ser considerado autónomo y a la vez referirse a un hecho principal —pues esto también sucede con el autor (¡!)—. El partícipe responde por su propio injusto y a la vez interviene en algo, el hecho colectivo que en parte le pertenece, el cual no puede construirse aisladamente sin tener en cuenta un tipo de la parte especial. La dimensión política que sirve de sustrato a este entendimiento, como ya hemos dicho pertenece al principio de legalidad como conquista del Derecho penal liberal. En un Estado de Derecho sólo pueden castigarse conductas que estén legítimamente prohibidas y, para ello, de algún modo deben exteriorizar una perturbación social. Ello nos trae nuevamente al campo de las aportaciones previas: si se reconoce la síntesis entre los principios de legalidad y lesividad —la accesoriedad externa— no es posible reprimir conductas individualmente consideradas que de ningún modo son peligrosas, que son actos internos que no comunican un sentido jurídico-penal relevante.

Una consecuencia de la intersección x es que frente a un comportamiento inicialmente aislado, tanto en el caso del autor como del partícipe, habrá que esperar el «acolchamiento» de su significado a través del comienzo de ejecución del hecho típico y la respectiva imputación objetiva de su comportamiento. Quien entrega de un arma de fuego a un tercero, por ejemplo, no habrá comunicado un sentido jurídico-penal relevante, hasta tanto aquel la utilice para matar, lesionar, amenazar, etc. Si el arma simplemente se enfunda no se traza el arco \overline{AE} que cose las intervenciones del autor y el partícipe a H. Es decir, no hay lesión; participación o autoría no nacen en tanto no hay un hecho principal al cual referirlas. En efecto, sin cuestionamiento de una esfera de libertad ajena no se rompe el rol del ciudadano en un Estado de Derecho; un código penal que refleja una dinámica social de libertades no castiga pensamientos, deseos e intenciones que no se traduzcan en exteriorizaciones peligrosas o lesiones que sean contempladas por un tipo penal. El poner a disposición de un tercero un arma de fuego, es en relación con la figura de homicidio, todavía un significativo sin amarrar en tanto todavía no ha existido un comienzo de ejecución. Estos problemas se presentan, claro está, en relación con las conductas de intervención en la fase previa a la ejecución, diferente es el caso de comportamientos coetáneos a la ejecución del hecho: aquí no opera ningún efecto retroactivo, pues

adaptarse a un proyecto delictivo actual está de por sí prohibido ya en referencia al tipo penal que se está llevando a cabo.

El objeto de imputación no puede ser la relación individual del partícipe con la norma sin referencia a un hecho típico. Sólo el comienzo de ejecución significa un ataque a la vigencia de la norma. Desde luego, los partidarios de la teoría pura de la causación aciertan al postular un injusto del partícipe independiente del injusto del autor. Sin embargo, lo que no capta la idea del “tipo del partícipe” es el real significado de una aportación individual que se inserta en un hecho delictivo considerado como unidad de de sentido. «El problema de las teorías que defienden la existencia de “delitos de participación” no es que hallen el fundamento del injusto de forma autónoma, sino que una vez fundamentado no pueden integrar las restricciones a la imputación que impone el principio de accesoriedad consagrado en el Código Penal, sin que ello les lleve a consecuencias insatisfactorias».¹⁵²

Lo que se les escapa a los causacionistas puros es la síntesis necesaria que debe encontrarse entre el principio de Legalidad y el principio de Lesividad; al postular que el partícipe sólo responde por su propio injusto aisladamente considerado, niegan la accesoriedad externa y por tanto desconocen determinados requisitos que la ley exige al hecho del partícipe para que sea tal. Si bien hemos adherido a una concepción del injusto propio, también hemos dicho que el sentido último del injusto de la participación sólo puede desentrañarse si se lo inserta en una red estructurada de significado a la luz de la división de tareas en un hecho típico. Claro que el partícipe lesiona por sí mismo el bien jurídico, pero ello sólo sucede luego de que se exterioriza una perturbación social; es decir, luego de que exista comienzo de ejecución.

Al rechazarse la exigencia de un hecho típico en el sistema de la participación se pierden de vista al mismo tiempo las proyecciones de los principios de legalidad y lesividad. Por un lado, se desconoce que no se puede prescindir de la existencia de una disposición legal que establezca ciertamente cuál es la conducta reprimida y cuál será la pena impuesta al autor en caso de infracción. Esto significa que la construcción del “tipo del partícipe” al rechazar la accesoriedad externa no puede satisfacer las exigencias derivadas del principio *nullum crimen, nulla poena sine praevia lege*; pues

¹⁵² ROBLES PLANAS, *La participación en el delito: fundamento y límites*, pág. 170.

¿cómo analizaremos la conducta del partícipe realizada en la fase previa de un comienzo de ejecución que nunca existió, si no tenemos un tipo penal de la Parte Especial al cual referirla? El mismo problema se suscita, claro está, en relación con la escala penal. En pocas palabras, al negarse el comienzo de ejecución se niega a la vez la trascendencia de la tipicidad como categoría de la teoría del delito, a través de la cual se concreta el mandato de determinación. El “tipo del partícipe” no determina con exactitud el ámbito de lo punible y por tanto desconoce el principio de legalidad.¹⁵³

Si nos deshacemos de la accesoriedad externa, si nos alejamos del hecho típico como objeto de referencia normativo corremos el riesgo de reprimir comportamientos que no exteriorizan perturbación social alguna. El principio de lesividad como base del sistema de participación en su *Funktionsgrenze* [segmento \bar{B}] traza una línea frente aquellas conductas que no causan una afectación relevante a la vigencia de la norma. El hecho típico es el único que nos provee las coordenadas para atribuirle sentido delictivo a un comportamiento aislado. Sin él, no tenemos imputación objetiva y por tanto, tampoco sabremos a ciencia cierta si el agente ha quebrantado su rol, ¿acaso quien entierra un arma en determinado lugar del bosque para que el autor la busque y con ella ejecute un homicidio, infringe su rol de no dañar a los demás si ese arma nunca es desenterrada? Definitivamente no; la norma no se ha visto vulnerada. En este ejemplo estamos frente a una tentativa de participación, y como sabemos, es impune. No puede existir ataque a la norma jurídico-penalmente protegida si no se ha exteriorizado una perturbación social a través de un hecho típico.

En suma, desde la perspectiva de los defensores de la teorías del propio disvalor de la participación, que interpretan al hecho principal como un requisito independiente del injusto del partícipe —ya sea con una función de mera mediación fáctica (LÜDERSSEN) o como condición objetiva de punibilidad (SCHMIDHÄUSER)—, se deja de lado la accesoriedad externa como síntesis originada en la intersección de los segmentos \bar{B} y \bar{C} como representación de las funciones de los principios de lesividad y legalidad. Sin hecho principal la participación no es materialmente delito;

¹⁵³ Una consecuencia sistemática tan ineludible como incómoda derivada de la no observancia del principio de legalidad es transformar los actos preparatorios en delito. El favorecimiento de un hecho que no se comienza a ejecutar es de igual modo una aportación punible. Ver específicamente *supra*.

aisladamente, no pasa de ser un acto interno entre los intervinientes sin llegar a constituir una perturbación exteriorizada; sólo el hecho principal exterioriza (también) el comportamiento del partícipe.¹⁵⁴

b. Autorresponsabilidad/Lesividad [z]: *el bien objeto de ataque debe estar protegido frente al partícipe. Dolo propio de consumación.*

La proyección del principio de responsabilidad es el punto de partida para construir una fundamentación del injusto del partícipe que no esté basada exclusivamente en el injusto del autor. El principio de responsabilidad por el propio injusto lleva implícito la idea básica de que nadie puede responder por algo que le es ajeno. Ello, sin embargo, no significa posicionarnos junto con los partidarios de la teoría pura de la causación quienes entienden al principio de responsabilidad de una manera naturalista; el problema de los causacionistas puros no es proponer un injusto autónomo, sino atribuirle un sentido fragmentado y limitado a lo se realiza de propia mano. La propuesta que se defiende en este trabajo es que el fundamento del injusto del partícipe no puede encontrarse en otro lugar que no sea en la responsabilidad individual por el hecho principal, el cual a partir del reparto de trabajo entre los intervinientes, deviene en un hecho colectivo. El principio de autorresponsabilidad impone encontrar el fundamento del injusto del partícipe en el nexo existente entre libertad de organización y responsabilidad por las consecuencias.¹⁵⁵ Este sinalagma, pilar de la dogmática jurídico-penal moderna no aplica sólo para el autor, sino también se extiende al partícipe. Si estamos en lo correcto al postular que el injusto del partícipe es propio, al haber colocado con su aporte una razón para que le pertenezca en alguna medida el hecho principal que ejecuta de propia mano el autor, entonces las tensiones existentes entre el principio de responsabilidad y el principio de lesividad no pueden sintetizarse de otro modo que no sea a favor de una construcción en la que el partícipe responda por atacar con

¹⁵⁴ JAKOBS, *Derecho penal Parte general, Fundamentos y teoría de la imputación*, 22/6.

¹⁵⁵ LESCH lo formula de este modo «la libertad sin responsabilidad no es una libertad personal verdadera, sino pura arbitrariedad subjetiva. Quien cuestiona este sinalagma se comporta de forma autocontradictoria y no de manera racional» LESCH, «Injusto y culpabilidad en Derecho penal», RDPC 6, pág. 253 y ss., citado en PALERMO, *La legítima defensa, una revisión normativista*, pág. 246.

dolo propio de consumación y junto con el autor un bien que debe estar protegido también frente a él.

La lección teórica de la que estamos seguros a esta altura de la investigación es que no puede identificarse la idea de responsabilidad únicamente con la comisión de propia mano, pues de este modo sólo se podrá imputar el hecho típico a quien actúa en último lugar, a quien ejecuta el disparo, clava el puñal, sustrae la cosa ajena, etc. pero no a quien provee el arma, facilita el puñal o fuerza la cerradura. Si el hecho le pertenece sólo a quien ejecuta por sí mismo los elementos del tipo, entonces lo que queda para el partícipe es atribuirle el intervenir en un hecho ajeno, y este entendimiento, como hemos explicado se enfrenta al principio de autorresponsabilidad por el propio injusto, el cual debe interpretarse normativamente. El partícipe que se vincula con el hecho típico antes o después del comienzo de la tentativa, con base en el sinalagma libertad-responsabilidad, no podrá renunciar a las consecuencias de su actuar. Y por ello, el hecho le pertenecerá del mismo modo en que le pertenece al autor, aunque en distinta medida [recordemos *i—* I]. Los déficits sistemáticos que plantea la idea de la participación en un hecho ajeno destruyen la potencia reguladora de los principios de autorresponsabilidad y lesividad hasta su neutralización.

Entender el injusto de la participación a partir de la síntesis de los principios de lesividad y autorresponsabilidad significa que el bien objeto de protección que el partícipe ataca también debe estar protegido contra él mismo, debiendo actuar con dolo propio de consumación (como veremos en el próximo capítulo, el dolo no es algo que el partícipe pueda *tomar prestado del autor*, todos los elementos subjetivos son personalísimos). Sólo así se convierte al hecho principal en un hecho delictivo que puede imputársele como obra suya. El partícipe no responde porque llevar a cabo un hecho principal constituya injusto para el autor, sino porque la ejecución de aquel también se le puede imputar a él como partícipe; la ejecución es también obra suya, debido a la causa común que él lleva a cabo con el autor principal. Por eso, el partícipe debe pretender la consumación del hecho principal, lo que en el plano subjetivo acarrea tres consecuencias dogmáticas cruciales. La primera de ellas es que en caso de ataque por error a los propios bienes el partícipe responderá a lo sumo por participación en una tentativa. JAKOBS, en su manual de Derecho penal da el ejemplo del heredero verdadero que no sospecha serlo y que interviene favoreciendo un hurto

contra los supuestos sucesores: «con independencia de la consumación del hecho por parte del autor principal, sólo comete a lo sumo participación en el hurto intentado. Se trata, como mucho, de participación en la tentativa, ya que él no puede atacar en grado de consumación su propia propiedad, pero también como mínimo de participación en la tentativa (y no sólo de participación intentada), ya que el hecho principal representa una tentativa de ataque a la propiedad supuestamente ajena para todos. Si el autor principal conoce la situación verdadera, el partícipe no ha conseguido favorecer un hecho que al menos constituye agresión intentada a propiedad ajena para todos; no pasa de ser participación intentada».¹⁵⁶ En segundo lugar, que el partícipe deba tener dolo propio de consumación permite resolver satisfactoriamente los casos del *agent provocateur*, en cuanto este último interviene en el hecho delictivo conociendo que no se consumará o tomando las precauciones necesarias para evitar que ello suceda.¹⁵⁷ En suma, si no existe dolo propio de consumación en el partícipe, el hecho principal no podrá imputársele también como su obra.

Finalmente, del ángulo *z* surgirán las coordenadas para resolver los problemas de realización del riesgo de la aportación del partícipe en el resultado. En este punto será fundamental valernos del principio de autorresponsabilidad para alcanzar una solución justa que supere los puntos de vista marcadamente naturalistas a los que adscribe la doctrina dominante. Esto hace ROBLES PLANAS cuando articula las reglas de la accesoriadad cuantitativa existente entre hecho e interviniente con el principio de autorresponsabilidad. Como ya hemos observado con este autor, el cuestionamiento a la perspectiva “tipocéntrica” a la que adscribe la doctrina dominante en materia de participación delictiva atraviesa toda su obra. De este modo, también en lo que respecta a los problemas de realización del riesgo del partícipe en el resultado propone romper con la identificación entre autor y hecho típico y despegarse de la causalidad como factor determinante en la solución de aquellos casos. Se desmarca, por lo tanto, del entendimiento que propone que «si la causalidad alcanza hasta la consumación del delito, el cómplice responderá por el delito consumado; si la causalidad sólo alcanza a la realización de la tentativa por el autor, responderá por el

¹⁵⁶ JAKOBS, *Derecho penal Parte general, Fundamentos y teoría de la imputación*, 22/8.

¹⁵⁷ Ampliamente en relación con los problemas de la accesoriadad limitada en el aspecto subjetivo de la participación, ver *infra* CAPÍTULO III.

delito intentado y si la causalidad no alcanza ni a la consumación ni a la tentativa, no habrá complicidad punible». La lectura normativista del profesor español se condensa en un criterio que depende de si el aporte surte o no efecto como favorecimiento. Si no surte efecto como favorecimiento, ya sea porque el hecho no llega al estadio ejecutivo, ya sea porque el ejecutor no utiliza la aportación, ya sea porque la aportación no es idónea o resulta fallida en el caso concreto, estaremos ante una tentativa de intervención (en la complicidad, impune).¹⁵⁸

c. Autorresponsabilidad/Legalidad [y]: *los requisitos del injusto a los que accede el partícipe. Accesoriedad interna.*

Ya hemos definido a grandes rasgos el principio de legalidad, sus funciones y su importancia para un sistema de participación. Asimismo, hemos postulado a la accesoriedad externa como la síntesis de su articulación con el principio de lesividad. Alcanzada esta etapa de la investigación, podemos afirmar con tranquilidad que ninguna construcción dogmática puede ser incompatible con la ley si pretende ser válida en relación con un sistema positivo determinado. Un postulado no es correcto desde el punto de vista dogmático si no está en consonancia con la ley en un nivel concreto u original. Como observa LÜDERSSEN «la dogmática es el desarrollo de principios hacia sus detalladas consecuencias. Si los principios no pueden derivarse de la ley, tienen que tener un origen distinto. Se puede suponer, sin embargo, que la razón o la naturaleza de la cosa se hallan a su vez en la ley, conforme a lo cual tienen un lugar de *lege lata* en el marco de la argumentación. Los principios no podrían ser buscados fuera de la ley». ¹⁵⁹ Esto significará en el ángulo y, es decir, en la intersección del principio de legalidad con el principio de autorresponsabilidad, que el partícipe no sólo será siempre y únicamente responsable por su propio injusto, sino que además, ese injusto dependerá de que exista un hecho principal con determinadas características, que a su vez surgirán, de la propia ley. Ahora bien, ¿cuáles son esas características? ¿Acaso bastará con ser un hecho típico, o será necesario además que sea antijurídico? ¿O por qué no requerir además que sea culpable y punible?

¹⁵⁸ ROBLES PLANAS, *La participación en el delito: fundamento y límites*, pág. 258 y s.

¹⁵⁹ LÜDERSSEN, "La figura del tipo del partícipe" *Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia penal*, N° 7, pág. 147.

Cómo debe ser el hecho principal al que accede el partícipe es una pregunta que formularemos sólo luego de tener en claro cuál es fundamento del injusto de la participación. Ya hemos hablado mucho de ello, por lo que aquí sólo interesa que si el hecho por el que responden autor y partícipe es colectivo, les pertenece a ambos por haber colocado una razón para que sea tal cual es, y entonces las características de ese hecho no podrán ser definidas únicamente por el autor. Si así fuera, volveríamos nuevamente a tropezar con el principio de responsabilidad como límite. Es decir, si no es posible sostener que el partícipe interviene en un hecho ajeno, el del autor, tampoco podremos postular que el hecho al que acceden los intervinientes depende exclusivamente del autor y las circunstancias personales que en ese momento le competen. Me refiero a que no podremos estar pendientes de si actúa dolosa, justificada o culpablemente para luego construir el injusto de la participación: el dolo, la justificación y la culpabilidad son —en contra de lo que piensa la doctrina dominante— personales. Y aquí me estoy adelantando al próximo capítulo en donde desarrollaremos a fondo los problemas de la accesoriedad interna, especialmente en relación con los delitos especiales y los contextos de justificación; sin embargo, la síntesis del ángulo y impone explicar la intersección de los principios de legalidad y autorresponsabilidad, y por tanto dejar trazado a grandes rasgos cuál debe ser la fisonomía de ese injusto al que accede el partícipe. Adelantando mi opinión, entiendo que ese injusto debe ser objetivo; plenamente objetivo, sin importar si el autor actúa dolosamente, justificadamente, y menos aún si es un sujeto capaz o incapaz de culpabilidad.

Esta hipótesis, supone un injusto primario —término preferible al de mínimo— y a la vez, un injusto objetivo a la luz de los principios de autorresponsabilidad y legalidad, lo que significa, no sólo que el aspecto subjetivo y la culpabilidad son propios de cada interviniente, sino que además la justificación también lo es. Como veremos a partir de los ejemplos de los noruegos traidores o de la participación en la legítima defensa de un tercero, la justificación es personal y por tanto, a ella no acceden automáticamente los partícipes —aunque usualmente su conducta se adaptará al contexto de justificación—. El único aspecto accesorio para los intervinientes es el hecho principal, sin el cual no hay delito. Y este hecho, bastará que sea típico. Los demás elementos, aspecto subjetivo del injusto, justificación, culpabilidad y causas de exclusión de la pena serán personales, es decir esenciales y

no accesorios. ¿Significan estas consideraciones postular lo que la *doxa* académica denomina accesoriedad mínima? En principio, diremos que sí.¹⁶⁰

d. Consideraciones finales: ¿Un Teorema de Pitágoras?

Como es sabido, tal fórmula en la disciplina matemática comprueba que para cualquier triángulo rectángulo, cuyos catetos miden A y B, y cuya hipotenusa mida C, se verifica que el cuadrado de la hipotenusa es igual a la suma del cuadrado de los catetos [$C^2 = B^2 + A^2$]. ¿Este teorema opera como concepto en la participación? Nos aventuraremos a pensar que sí. Es que, la proyección material del principio de autorresponsabilidad representado en la hipotenusa abarca a los principios de legalidad y lesividad, representados en B y C. Para explicarlo, tomemos el ejemplo de la prohibición de regreso: en esta estructura dogmática, la autorresponsabilidad le inyecta un contenido particular a la operación propia del principio de lesividad, limitando la imputación aún cuando exista un aporte que lesione un bien. Dicho de otro modo, no puede volverse en la imputación a quien realiza un aporte estereotipado más allá de que lesione el bien, pues el principio de autorresponsabilidad por el propio injusto impide amarrar al hecho principal a quien objetivamente se comporta conforme con su rol y se relaciona con el resultado delictivo sólo por exclusiva decisión del autor. Asimismo, la autorresponsabilidad contiene a la totalidad del principio de legalidad, por ejemplo, en cuanto no es posible aplicar una pena contra sujetos incapaces de culpabilidad a pesar de que realicen una conducta típica.

Formalmente, los segmentos tienen su propia longitud en relación con la figura del partícipe que definen articuladamente. Pero sólo formalmente, unidimensionalmente como segmento, pues en el plano material [que hemos representado con planos, *der Inhalt*], actúan de otra manera, siendo la superficie del principio de responsabilidad mayor y comprensiva de los demás principios. Como segmentos y como estructura formal el rendimiento es de limitación, tal como hace una línea en relación con dos planos distintos, separando: responsable/no responsable; lesivo/no lesivo; típico/atípico. Tales categorías se articulan como

¹⁶⁰ Ampliamente, a continuación.

límites, segmentos, líneas en el plano formal. Ahora bien, en el aspecto material, ya no sólo delimitan, separan, sino que además tienen un contenido, es decir, definen otra dimensión que se proyecta *al cuadrado* a partir del segmento que les da origen. No obstante ello, al integrarse en un triángulo y poseer distintas distancias, se integran de una manera específica, en la cual el principio rector es el de autorresponsabilidad [y es esto mismo lo que hemos representado como recurso didáctico con la fórmula del Teorema de Pitágoras]. Aquí, ya no importa —sólo— lo que divide el segmento, sino cuál es la proyección del mismo materialmente y en relación con el resto de los principios. Por ello, la hipotenusa es la autorresponsabilidad, pues materialmente su superficie proyectada a partir del segmento —formal— reproduce el cuadrado de los catetos —el principio de legalidad y el principio de lesividad— erigiéndose en principio rector de toda la teoría de la participación.

Por lo tanto, ya podemos afirmar que hemos explicado, aunque rudimentariamente, lo que es la triple operación de los principios fundamentales de la teoría de la participación en el delito y su equilibrio original: como segmentos formales (principios orientadores y delimitadores), como superficies materiales (contenidos hermenéuticos) y como ángulos convexos (representando en la articulación de ellos funciones dogmáticas específicas).

CAPÍTULO III

LA CRISIS DE LA ACCESORIEDAD LIMITADA.

1. Conceptos preliminares.

Hasta aquí, hemos transitado dos tercios del camino trazado al inicio de esta investigación; comenzamos desarrollando las diferentes teorías que se ocupan del fundamento del injusto del partícipe y explicamos que la usual afirmación de los manuales de Derecho penal relativa a que la participación para ser merecedora de pena debe referirse a un hecho, puede ser interpretada de diversas formas. Hicimos, asimismo, un análisis crítico de cada una de ellas y postulamos que sin un hecho principal no se configura el injusto material de la participación. Luego, en el segundo capítulo, nos aproximamos al aspecto cuantitativo de la accesoriidad, allí nos zambullimos de lleno en el significado del comienzo de ejecución del hecho típico y destacamos la importancia del equilibrio entre los principios de legalidad, lesividad y autorresponsabilidad. Finalmente, en esta parte de la investigación, saldaremos nuestra deuda con el otro aspecto que necesariamente se distingue cuando se habla de accesoriidad, el interno. Como ya detallamos, la accesoriidad es diseccionada por la doctrina en dos partes: la primera, relativa a *cuán avanzado* debe estar el hecho principal al que accede el partícipe y, la segunda, referida a *cómo debe ser* ese hecho punible.¹⁶¹

Insistimos a su vez en la relevancia de la accesoriidad externa como regla de clausura que sólo permite afirmar la responsabilidad del partícipe, posteriormente a que ha tenido lugar el comienzo de la ejecución de una conducta prevista en un tipo de la Parte Especial. Como vimos, esta es una consecuencia lógica, por un lado, de que la participación supone una ampliación de la punibilidad y, por otro, del principio del hecho. No podrá participarse en un hecho que no sea típico, es decir, no habrá

¹⁶¹ Cfr. SANCINETTI, para quien «el lado interno de la accesoriidad sólo determina cuáles son las condiciones que debe reunir el hecho principal con el cual el partícipe quiere colaborar, independientemente de si se exige – posteriormente– el comienzo de ese hecho principal. En realidad, que estas dos nociones de “accesoriidad” o de “dependencia”, entre participación y autoría, son distintas, lo demuestra de por sí el hecho de que en los sistemas dogmáticos en los que la accesoriidad limitada constituye la opinión firmemente asentada, como en Alemania y en España, existe, sin embargo la posibilidad de sancionar al partícipe “frustrado”, es decir, la “tentativa de participación”», *Teoría del delito y disvalor de acción*, pág. 57.

posibilidad de tomar parte en algo no esté inserto previamente en la red de significado propia del sistema penal, y ello, sólo ocurre cuando se realiza —o por lo menos se intenta— una conducta prevista en un tipo penal. En suma, sin tipicidad, no puede hablarse de intervención en un delito.¹⁶² Ahora bien, la doctrina no sólo exige que el hecho en el que se interviene sea típico, sino que además postula que esa conducta debe dolosa y no estar justificada. Esta es la conocida y aceptada mayoritariamente accesoriad limitada.

La dimensión interna o cualitativa de la accesoriad se vincula con las características del hecho punible que deben concurrir para la punibilidad del partícipe, a saber: que el hecho principal sólo sea típicamente adecuado (accesoriad mínima), típico y antijurídico (accesoriad limitada), típico, antijurídico y culpable (accesoriad máxima o estricta) o, que inclusive se requiera que las circunstancias personales agravantes o atenuantes del autor beneficien o perjudiquen al partícipe (hiperaccesoriad).¹⁶³ A mayor nivel de exigencias con la acción del autor principal, más restrictiva será la punibilidad de la participación y más amplia —aparentemente¹⁶⁴— la franja de impunidad de tales actos accesorios.

Aquí también, frente a los problemas que plantea la accesoriad interna, es decisiva la opción que se haga en relación con el fundamento del injusto del partícipe. Como ya explicamos, este es el punto crucial de la teoría de la participación que define en gran parte cuál es el camino que debe seguirse para resolver los casos difíciles. Si entendemos la participación como un delito dirigido contra el autor y nos sentamos con los partidarios de la teoría de la participación en la culpabilidad, para ser coherentes con nuestro punto de partida deberíamos exigir que el autor actuara al menos en forma típica, antijurídica y culpable; la llamada accesoriad extrema. E incluso más, si postuláramos que el fundamento penal de la participación reside en que el autor es llevado no sólo a actuar culpablemente, sino a incurrir realmente en una pena, el hecho principal tendría que acusar todos los presupuestos materiales de

¹⁶² Aquí, como anticipamos, cabe aclarar que el hecho típico no se presenta únicamente como una regla de contenido lógico que funciona como presupuesto formal de la imputación al colectivo (accesoriad externa), sino que, además, tiene implicancias materiales y de este modo se le impone —eventualmente— cumplir con determinadas características (accesoriad interna).

¹⁶³ BACIGALUPO, *Derecho penal Parte general*, pág. 520.

¹⁶⁴ Ello en tanto, lo que inicialmente se presenta como una mayor franja de impunidad para el partícipe a quien se le imponen más requisitos para acceder al hecho del autor, termina siendo en rigor una mayor punibilidad al remplazarse la eventual participación con la figura de la autoría mediata; como el interviniente no puede ser partícipe, entonces que sea autor.

la punibilidad y quizá, incluso, ser perseguible, es decir, estaríamos frente a una hiperaccesoriedad.¹⁶⁵ Como sabemos, la teoría de adhesión mayoritaria no es ninguna de estas, sino la de la participación en el ilícito, la cual se conforma con un hecho principal típico y antijurídico, incluyendo la exigencia de que en los delitos dolosos, también se dé el dolo del autor.¹⁶⁶ El anverso de esta construcción es el rechazo a la accesoriedad mínima, pues un hecho típico pero justificado excluiría una eventual punibilidad para todos los intervinientes.

La opinión dominante al seguir el criterio de la accesoriedad limitada y exigir únicamente que el hecho principal sea típico y antijurídico excluye la culpabilidad del autor de los elementos que puede *tomar prestado* el partícipe al intervenir en el hecho típico. Lo que desde aquí se dice es que la punibilidad del partícipe depende de la realización del tipo objetivo y de la antijuridicidad porque son características del hecho, es decir que se trata de presupuestos de punibilidad cuya concurrencia depende de valoraciones normativas iguales para autores y partícipes. Y a la inversa, el motivo por el que la aplicación de pena al partícipe no está condicionada por la culpabilidad del autor principal es porque se trata de un elemento personalísimo del delito que se traduce en un juicio individual para cada agente. Por su parte, en lo que respecta al plano subjetivo, la mayoría de los autores exige la dependencia del dolo del autor principal: en la instigación, porque precisamente consiste en crear el dolo en el autor principal y, en la complicidad, porque ella sólo es factible en relación con un hecho del que el autor principal tenga dominio del hecho, lo que no es posible sin dolo.¹⁶⁷

Actualmente, son motivo de una intensa discusión las supuestas credenciales con las que se presenta la accesoriedad limitada. Si bien sus defensores responden usualmente que en la práctica, de todos modos, la mayoría de los problemas tienen una significación escasa, dado que puede recurrirse a la autoría mediata para resolver las eventuales lagunas que surgen en supuestos de ausencia de culpabilidad¹⁶⁸; lo

¹⁶⁵ Cfr. STRATENWERTH, *Derecho penal Parte general I, el hecho punible*, pág. 415.

¹⁶⁶ Así, MIR PUIG, quien explica que «el fundamento del castigo de la participación conduce, como se ve, al principio supremo de la teoría de la participación: el principio de accesoriedad limitada de la participación», *Derecho Penal Parte general*, pág. 425. Esta apoteosis se debe en gran parte a los cimientos del sistema finalista antiguamente imperante, en función del cual, la accesoriedad era postulada como un reflejo de la realidad que debía captar el derecho, la cual, según se entendía apriorísticamente que debía ser limitada.

¹⁶⁷ Este principio, como veremos, experimenta —aun para la doctrina dominante— excepciones en los delitos especiales propios; más *infra*.

¹⁶⁸ Cfr. STRATENWERTH, *Derecho penal Parte general I, el hecho punible*, págs. 415 y ss.

cierto es, que la solución a estos supuestos no es ni tan simple ni tan unánime. La accesoriad limitada plantea numerosos interrogantes en supuestos en los que la autoría mediata es imposible ya sea porque el hombre de atrás actúa en error —por ejemplo, induce a cometer el hecho a un sujeto inculpable¹⁶⁹— o porque simplemente el instrumento actúa sin dolo (delitos especiales).

Y hay más preguntas; ¿Qué consecuencias sistemáticas deberíamos asumir al exigir como presupuesto de la participación delictiva la presencia de un hecho antijurídico? ¿Basta con que el hecho principal esté justificado objetivamente para que sea impune el partícipe o, por el contrario, debe también requerirse el elemento subjetivo de la justificación? ¿La justificación de un hecho vale para todos los intervinientes o, es relativa a cada agente, es decir, puede haber participación punible en un hecho justificado para el autor? ¿Qué sucede en los casos de estado de necesidad exculpante con un tercero instiga o ayuda a quien se encuentra en la situación de necesidad? ¿La instigación y la complicidad son posibles en los delitos imprudentes? ¿Puede participarse en delitos de omisión? ¿Qué lugar ocupa la accesoriad para resolver los problemas que plantean los delitos especiales cuando interviene un *extraneus* que no ostenta la calidad exigida por el tipo? ¿Cabe, pues, que haya *intranei* que sean sólo partícipes y, a la inversa, pueden haber *extranei* autores de un delito especial? En suma, cuál es el rendimiento de la accesoriad interna tal como la entiende hoy la doctrina dominante y si se justifica mantener el concepto dominante de injusto personal como desencadenante de la responsabilidad del partícipe es el tema crucial que se luce en este último capítulo.

2. La recepción de la accesoriad interna en los ordenamientos positivos

De los ordenamientos jurídicos que influyen en nuestro sistema, el código que se pronuncia más claramente por el modelo de la accesoriad limitada es el StGB. El Código Penal argentino, no contiene normas que expresamente consagren la accesoriad limitada; los artículos referidos a la participación criminal en el Título

¹⁶⁹ Sobre los problemas que plantean los supuestos de intervinientes que subestiman su propio rol y las diferentes soluciones dadas por la doctrina, ver STRATENWERTH, *Derecho penal Parte general I, el hecho punible*, pág. 449.

VII hablan de «hecho» como referencia de la instigación y la complicidad, pero en ningún momento detallan cuales deben ser los presupuestos de aquel. De cualquier modo, la doctrina argentina mayoritaria entiende que el modelo limitado de la accesoriedad se desprendería de la interpretación armónica de los artículos 47 y 48 del C.P.¹⁷⁰ En este sentido, se argumenta que estas normas consagran el principio de la personalidad de la culpabilidad, aventando la posibilidad de adoptar sistemas como el de la accesoriedad máxima o el de la hiperaccesoriedad. Este razonamiento se realiza usualmente por descarte, con base en la última parte del art. 47 y en la atipicidad de la tentativa de instigación y de la tentativa de participación, ello en tanto, si el legislador hubiese adoptado el modelo de la accesoriedad máxima debería tipificar la tentativa de corromper al autor (tentativa de participación), lo que no hace.

Artículo 47: 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 será aplicada al cómplice solamente en razón del hecho que prometió ejecutar.

Si el hecho no se consumase, la pena del cómplice se determinará conforme a los preceptos de este artículo y a los del título de la tentativa.

Artículo 48: Las relaciones, circunstancias y calidades personales, cuyo efecto sea disminuir o excluir la penalidad, no tendrán influencia sino respecto al autor o cómplice a quienes correspondan. Tampoco tendrán influencia aquéllas cuyo efecto sea agravar la penalidad, salvo el caso en que fueren conocidas por el partícipe.

Asimismo, en cuanto a la accesoriedad mínima, se alega que ella no es admisible en nuestro sistema, porque en el estado de necesidad justificante y en la legítima defensa, nuestro Código justifica al que coopera con quien está amparado por la justificación. En el estado de necesidad justificante la eximente cubre a todos (art. 34, inc. 3º, “el que causare un mal”), y en la legítima defensa también está justificado el que defiende los bienes de un tercero.

Por su parte, el ordenamiento positivo español al igual que el argentino, tampoco hace una referencia explícita a los requisitos del hecho principal que deben

¹⁷⁰ Cfr. ZAFFARONI, *Derecho penal Parte General*, págs. 791 y ss.; en contra SANCINETTI, *Teoría del delito y disvalor de acción*, págs. 759 y ss.

concurrir para que exista participación punible. Sin embargo, si es posible inferir de diversas disposiciones la presencia del principio de culpabilidad como columna vertebral del sistema de participación. Entre ellas se destaca el primer párrafo del art. 65 del Código Penal español.

Artículo 65: Las circunstancias agravantes o atenuantes que consistan en cualquier causa de naturaleza personal agravarán o atenuarán la responsabilidad sólo de aquéllos en quienes concurran. [...]

En lo que respecta a Alemania, hasta 1943 rigió el principio de la accesoriadad estricta, según el cual, el autor debía haber cometido una acción punible. Por ésta se entendió una acción que tenía que presentar todos los elementos de la punibilidad prescindiendo de las causas personales de exclusión de la pena y de los presupuestos procesales.¹⁷¹ Así, por ejemplo, si el autor era un menor de edad, un interviniente en el hecho no podía ser penado por instigador o cómplice.¹⁷² Esta llamada accesoriadad estricta, sin embargo, fue vista muy pronto como insatisfactoria.¹⁷³ Por ello, en 1943 se realizó una reforma que codificó en el § 29 StGB un sistema de accesoriadad limitada, por el cual cada interviniente es penado únicamente según su culpabilidad.

§ 29: Punibilidad independiente del partícipe: Cada partícipe será castigado según su culpabilidad, sin consideración de la culpabilidad de otro.

En esta regulación fue discutida sobre todo la cuestión relativa a si la participación dependía o no del dolo del autor. Dado que en esta época dolo e imprudencia no eran concebidos como presupuestos del tipo, sino como formas de culpabilidad, la jurisprudencia partió primeramente, tras la limitación de la accesoriadad, de que cada interviniente debía ser penado también independientemente del dolo del otro, siendo posible, de este modo, una participación en un hecho no doloso. Pero más tarde, con la irrupción del sistema

¹⁷¹ JESCHECK, *Tratado de Derecho penal Parte general*, págs. 705 y ss.

¹⁷² Ello detonó el desarrollo de la teoría de la autoría mediata, la cual se materializó en el Derecho penal alemán y de allí se proyectó con fuerza al resto de la ciencia penal contemporánea. Ese proceso tuvo lugar debido a la necesidad alemana de salvar el problema que traía aparejado el modelo de la accesoriadad estricta. FIERRO, *Teoría de la participación criminal*, págs. 352 y s.

¹⁷³ FRISTER, *Derecho penal Parte general*, págs. 543 y ss.

finalista en la dogmática moderna esa concepción fue nuevamente abandonada. Se dijo que renunciar al requisito de un hecho principal doloso iría contra la esencia de la participación y conduciría a diluir los límites de los tipos.¹⁷⁴ La subordinación, característica de la participación, a la voluntad del autor principal sólo sería posible si este actuase dolosamente. El dolo se había desplazado a la tipicidad y en el marco de la reforma del año 1975, el legislador alemán llevó esa concepción a sus últimas consecuencias en materia de participación, decidiéndose a favor de la necesidad de una conducta dolosa del autor principal, aunque no una culpable para que fuera posible la participación.¹⁷⁵

§ 26: Instigación (inducción a delinquir): Igual que el autor será castigado el instigador. Instigador es quien haya determinado dolosamente a otro para la comisión de un hecho antijurídico.

§ 27: Complicidad: (1) Como cómplice se castigará a quien haya prestado dolosamente ayuda a otro para la comisión un *hecho doloso* antijurídico. [...]

Por medio de esta regulación ha quedado claro el punto de referencia adoptado por el legislador alemán para la inducción y la complicidad. Sin embargo, como veremos a continuación, esta decisión no basta para resolver satisfactoriamente todos los problemas que se plantean en la dimensión interna de la accesoriedad.

3. El contenido de injusto de la participación: tres preguntas cruciales.

La doctrina mayoritaria postula que la participación no es portadora por sí misma del pleno contenido de injusto, el cual necesariamente debe tomarlo del hecho ajeno. Esto significa, por una parte, que la participación es accesorio respecto del hecho del autor, pero, por otra parte, que depende de éste hasta cierto punto. De este modo, se dice que la limitación de la accesoriedad no puede eliminar el requisito de un hecho principal típico y antijurídico,¹⁷⁶ aunque no es preciso que el autor sea culpable, ni mucho menos punible. Esta afirmación se fundamenta en que la

¹⁷⁴ Para JAKOBS, la delimitación por el Derecho penal alemán únicamente a las formas de participación cuando todos actúan dolosamente, constituye un error de carácter psicologizante: «no es el dolo de los intervinientes lo que fundamente que se trate de algo en común, sino el ser competente por lo que acontezca, competencia que también puede concurrir faltando el dolo», *La imputación objetiva en Derecho penal*, pág. 92.

¹⁷⁵ FRISTER, *Derecho penal Parte general*, págs. 543 y ss.

¹⁷⁶ JESCHECK, *Tratado de Derecho penal Parte general*, pág. 706.

justificación tiene efectos generales extendiéndose, además del autor, a todos los que intervienen en el hecho (quien induce a otro a defenderse legítimamente está induciendo a un hecho justificado para todos, cuya justificación, por tanto, le permite a cualquier agente contribuir lícitamente a su realización).¹⁷⁷ Sin embargo, esta sistemática presenta no pocos problemas, frente a los cuales se han ensayado diversos remedios.

A continuación hemos planteado tres preguntas que —en el ámbito de la tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad respectivamente— apuntan a despojar de su ropaje conceptual al modelo limitado de la accesoriedad. En efecto, detrás de este pedestal en el que la doctrina ha colocado al hecho típico, antijurídico y doloso,¹⁷⁸ se esconden inmediatas rectificaciones que intentan explicar las fisuras que significa aquel ritual autoimpuesto. Como ya dejamos planteado, no está fuera de discusión que siempre sea impune la participación en un hecho no doloso o justificado, o que la mera presencia de un hecho imprudente acalle de por sí las preguntas sobre el rol de cada agente en los supuestos de codelincuencia. A la inversa, en el ámbito de la culpabilidad, que exista un hecho típico, antijurídico y doloso, tampoco cierra la discusión en relación con la eventual responsabilidad del partícipe, en tanto frente a una hipótesis de un estado de necesidad exculpante, cada vez son más los autores que se pronuncian a favor de la impunidad de quien participa en la acción del necesitado. Veamos a continuación cada uno de estos problemas.

a. Problemas en el ámbito de la tipicidad: ¿Participación en hechos atípicos?

Para los partidarios de la accesoriedad limitada, la tipicidad, la antijuridicidad y el dolo son los únicos elementos que el partícipe puede *tomar prestados* del injusto del autor principal. De ese modo, para poder predicar que existe participación punible en un caso concreto, el partícipe inicialmente deberá acceder tanto al aspecto objetivo —elementos de la autoría específicos del delito, por ejemplo— como al

¹⁷⁷ MIR PUIG, *Derecho Penal Parte general*, pág. 425 y ss.

¹⁷⁸ Así, BOCKELMANN, para quien «la accesoriedad no es “producto de la ley”, sino que ella se encuentra en la naturaleza misma de la cosa, *Relaciones entre autoría y participación*, pág. 7. Con el mismo tono, MIR PUIG, para quien el principio de accesoriedad limitada es un “principio supremo” de la teoría de la participación, *Derecho Penal Parte general*, pág. 425.

aspecto subjetivo del tipo penal —clase de dolo que fundamenta el injusto, propósitos que trascienden el tipo objetivo, especiales elementos subjetivos del delito, etc.—. Sin embargo, como veremos a continuación, tal construcción, en los hechos no se vislumbra como idónea para resolver todos los grupos de casos que se presentan en el plano de la tipicidad.

b. El aspecto objetivo del tipo de referencia en la participación.

i. Delitos de infracción de deber

La participación sólo es posible cuando concurre un hecho objetivamente típico (consecuencia del principio del hecho); como es fácil advertir, el anverso de ello será la impunidad de la participación en hechos atípicos. Por ejemplo, en el caso del suicidio, sistemáticamente, la consecuencia dogmática correcta (si no existiera una norma como la del art. 83 del Código Penal argentino que tutela el bien jurídico vida autónomamente en contra de la intervención de un tercero instigador o cooperador) sería la impunidad para los partícipes, por no ser aquella una autolesión punible para el autor. El mismo fenómeno se producía en el régimen anterior a la Ley 26.683 con la participación en el autolavado de dinero: aquí, cuando la pena se cernía sobre el propio autor del blanqueo de capitales, al ser tal conducta atípica, los partícipes no podrían ser castigados. Sin embargo, el tema se complejiza aún más, pues, en el aspecto objetivo del tipo, para que la intervención del agente sea punible deben concurrir en el agente las tipificaciones objetivas de autoría, si la figura así las requiere.¹⁷⁹ Entramos de este modo, en la arena de los delitos especiales.

1. Noción, origen, distinciones.

Como hemos visto, en la determinación de la autoría y participación se trata de comprobar en qué relación se encuentran las responsabilidades de varios intervinientes por un suceso delictivo. Hasta aquí, al desarrollar la accesoriadad externa nos hemos estado refiriendo a los delitos comunes, es decir, comisibles por

¹⁷⁹ JAKOBS, *Derecho penal Parte general, Fundamentos y teoría de la imputación*, 22/10 y ss.

cualquier persona. Ahora, por sus importantes implicancias para el aspecto interno de la accesoriidad, nos referiremos al otro modelo de regulación ampliamente conocido por la doctrina: el de los delitos de infracción de deber. El diseño original de esta categoría le corresponde a ROXIN, quien en 1963 agrupó los delitos en dos clases, distinguiendo, por un lado, los delitos de dominio, en los que puede ser autor cualquier sujeto que domine el hecho descrito en el tipo; y por otro lado, los casos que no dependen de este criterio, en los que la acción es realizada por un sujeto que es portador de una calidad especial exigida por el tipo.¹⁸⁰ De este modo, ROXIN dejó en claro que el dominio del hecho no era un principio suficiente y definió a los delitos de infracción de deber como aquellos en los que el tipo se centra en un deber especial que corresponde al rol de autor.¹⁸¹ Figuras reconocidas como delitos de infracción de deber son en el ordenamiento positivo argentino la revelación de secretos [art. 157 C.P.], el cohecho pasivo [art. 256 C.P.], la malversación de caudales públicos [art. 260 C.P.] y el prevaricato [art. 275 C.P.], entre otros.¹⁸²

Para fundamentar la autoría en estos casos, no es necesario que además de la lesión del deber especial haya existido dominio del hecho. Lo que caracteriza a este conjunto de hechos punibles en la matriz roxiniana, no es el deber general de respetar la norma penal —que se verifica en todos los delitos y alcanza por igual a autores y partícipes— sino, la lesión de un deber contenido en una norma *extra penal*, que sólo está dirigida al autor y no alcanza a los partícipes que no poseen la calidad exigida por el tipo. Es decir, sólo podrá ser autor quien tenga un determinado vínculo con el bien jurídico (funcionarios, administradores, garantes en delitos de omisión, etc.), siendo la lesión ese deber subyacente lo que fundamenta la autoría.

Los delitos especiales, cuya comisión a título de autor requiere la ostentación de determinadas condiciones, cualidades o relaciones por parte del agente son divididos por la doctrina en propios e impropios, cuya base es la existencia de un delito común que discurre de modo paralelo al especial (entonces, se afirma que éste es un delito especial impropio) o la inexistencia de tal delito común (entonces, se suele decir que el delito especial es propio).¹⁸³ Por ejemplo, el delito de privación

¹⁸⁰ ROXIN, *Autoría y dominio del hecho en Derecho penal*, págs. 383 y ss.

¹⁸¹ ROXIN, *Autoría y dominio del hecho en Derecho penal*, pág. 385.

¹⁸² En relación con el delito de falso testimonio —de taxonomía discutida en la doctrina y catalogado por algunos como delito especial—, ver detalladamente *infra*.

¹⁸³ SILVA SÁNCHEZ, *La responsabilidad en los “delitos especiales”*, prólogo.

abusiva de la libertad cometido por un funcionario público (art. 144 bis C.P) sería un delito especial impropio (a la luz de la figura simple del art. 141 C.P.).

2. Los delitos de infracción de deber para JAKOBS

La caracterización de los delitos de infracción de deber sufre una considerable modificación en la propuesta de JAKOBS, como consecuencia de que éste no elabora su teoría del delito sobre la base de la distinción entre acciones y omisiones, sino entre deberes que provienen de la organización del agente y deberes que provienen de su posición institucional.¹⁸⁴ En los delitos comisibles por cualquiera, el dominio del hecho¹⁸⁵ caracteriza a la autoría porque el interviniente con su comportamiento configura su ámbito de organización a costa del perjudicado por el delito: fundamento de la responsabilidad es que la propia organización es dañosa.¹⁸⁶ Por su parte, en los delitos de infracción de deber, la competencia del autor se encuentra fundada en la lesión de deberes protegidos institucionalmente que generan sobre determinadas personas una posición de garantía que no se limita genéricamente a no dañar al bien, sino que además les impone responder por la existencia misma de ese bien. Explica SÁNCHEZ VERA-GÓMEZ TRELLES, en su libro sobre *Delito de infracción de deber* que la lesión de una “institución positiva que obliga a conformar un mundo común” y la de la “institución negativa *neminem laede*”, que obliga a dejar intactas esferas de libertad ajenas ¹⁸⁷, se presentan así como dos modelos de fundamentación de la responsabilidad radicalmente alternativos, no intercambiables y tampoco susceptibles de ser combinados entre sí.¹⁸⁸

JAKOBS inicialmente coincide con ROXIN en que en los delitos de infracción de deber el dominio del hecho es un criterio irrelevante para distinguir entre autores y cómplices, sin embargo, los puntos de contacto acaban rápidamente. Aquí, la

¹⁸⁴ Ampliamente sobre la distinción dogmática entre deberes positivos y deberes negativos, ROBLES PLANAS, “Deberes negativos y deberes positivos en Derecho penal”, *Indret*.

¹⁸⁵ No obstante ello, JAKOBS postula que detrás del concepto del dominio del hecho existe un componente normativo comparable a la infracción de deber, en función de la idea de que la atribución normativa es de superior jerarquía que el dominio, concepto éste que sólo determina la cantidad de una intervención delictiva, *El ocaso del dominio del hecho*, págs. 87 y ss.

¹⁸⁶ JAKOBS, *Derecho penal Parte general, Fundamentos y teoría de la imputación*, 21/115 y ss.

¹⁸⁷ SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, *Delito de infracción de deber*, pág. 103.

¹⁸⁸ Cuestionando esta distinción tajante, SILVA SÁNCHEZ, quien recientemente sostiene una postura matizada concibiendo al delito fiscal como un “delito especial de infracción de un deber con elementos de dominio”, *El nuevo escenario del delito fiscal en España*, pág. 65.

diferencia fundamental con ROXIN, es que la cualificación especial no se basa en un deber *extra penal* sino en la existencia de una institución. La función de una institución consiste en garantizar expectativas que están referidas al mantenimiento de bienes jurídicos, generando por diferenciación roles —padre, funcionario, esposo, etc.— que determinan derechos u deberes. Este enfoque impone, según JAKOBS, la conclusión de que no todo delito especial es de infracción de deber; si es una institución la que le otorga sentido al deber impuesto a los funcionarios de no recibir dádivas, entonces el delito de cohecho pasivo será un delito de infracción de deber y, a la inversa, como no existiría relación institucional previa que determine el deber de no librar cheques sin tener provisión de fondos, habría que concluir que, si bien el art. 302 inc. 1 C.P. argentino es un tipo especial, no sería un delito de infracción de deber.¹⁸⁹ En consecuencia, los delitos de infracción de deber serían, desde este enfoque, únicamente aquellos en los que el autor está obligado institucionalmente al cuidado de un bien.¹⁹⁰

Esta delimitación de la autoría a la existencia previa de una institución, tiene otra consecuencia que la distancia un todavía más de la noción de ROXIN: si en un delito comisible por cualquiera, interviene un obligado especial, para ese agente ese será un delito de infracción de deber. Así, el padre que facilita el cuchillo a quien mata a su hijo no sería cómplice de homicidio, sino autor de *parricidio* (homicidio agravado por el vínculo), porque ha quebrantado el deber de cuidado institucional, con lo que también el homicidio sería eventualmente un delito de infracción de deber. El padre consume una infracción de deber emergente de la institución paterno-filial que lo obliga a proteger a su hijo, y por ello será siempre autor. Así también en un homicidio, la lesión de deber podría fundamentar la autoría, pese a que el dominio del hecho esté en manos de un tercero.¹⁹¹

Como ya explicamos en el primer capítulo en relación con el fundamento del injusto del partícipe, no es la prohibición de realizar el tipo tal como está descripta en la Parte Especial, lo que infringe el partícipe [N], sino sólo la prohibición ampliada [η] por medio de las regulaciones de la Parte General. En lo que respecta a la participación en los delitos especiales en sentido estricto, no se deriva más que de

¹⁸⁹ RIGHI, *Derecho Penal Parte general*, pág. 387 y ss.

¹⁹⁰ JESCHECK, *Tratado de Derecho penal Parte general*, pág. 611; JAKOBS, *Derecho penal Parte general, Fundamentos y teoría de la imputación*, pág. 783.

¹⁹¹ En el mismo sentido, SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, *Delito de infracción de deber*, (n. 5), pág. 266.

esta ampliación. No obstante ello, esa ampliación de la punibilidad hacia la participación, tiene en los delitos especiales un contenido distinto de aquellos delitos comisibles por cualquiera. Veámoslo a través de un recurso explicativo jakobsiano:

«En los delitos especiales, el hecho principal conecta al partícipe con una institución que por lo demás a él no le concierne (no tiene estatus alguno); si el autor principal se le sustituye por una máquina decae el tipo de delito. En los delitos comisibles por cualquiera, no hace falta estatus alguno; si se imagina el hecho principal realizado por una máquina el partícipe se convierte en autor que comete por sí mismo».¹⁹²

El profesor alemán, por su parte, también se aparta de la distinción usual entre delitos propios e impropios y propone diferenciar delitos especiales en sentido amplio y en sentido estricto. En relación con los primeros, se lleva a cabo una restricción a ciertas personas porque —sin ser portadoras de deberes especiales (¡!)— sólo ellas pueden atacar un bien determinado de determinada manera. Se trata de descripciones de autores que sólo han de caracterizar la situación en la que es posible la actuación típica como tal; por ejemplo, el tenedor de la posesión en la apropiación indebida. Asimismo, integran esta categoría aquellas figuras que restringen el círculo de autores a determinadas personas, sólo las cuales puede atacar un bien de modo especialmente fácil o de manera prácticamente relevante.¹⁹³ Ejemplos son el exhibicionismo o la quiebra fraudulenta. Por último, a este grupo de casos pertenecen también los deberes de garante en virtud de responsabilidad de organización (deberes de tráfico, injerencia y asunción), que constituyen —como reverso de la libertad de acción— determinación del alcance de un ámbito de organización.¹⁹⁴

En lo que respecta a los delitos especiales en sentido estricto, ya no se hace referencia a un círculo de intervinientes con una especial cercanía o facilidad de lesionar el bien jurídico protegido, siendo únicamente determinante el estatus del autor. A estos efectos, por estatus se entiende un haz asegurado institucionalmente de relaciones entre el obligado y el bien en cuestión. Aquí, como explicaremos a continuación el especial elemento personal fundamenta *per se* autoría. Deberes

¹⁹² JAKOBS, *Derecho penal Parte general, Fundamentos y teoría de la imputación*, 22/6 y ss.

¹⁹³ ROBLES PLANAS denomina a esta categoría “delitos de posición”, *La participación en el delito: fundamento y límites*, págs. 240 y ss.

¹⁹⁴ JAKOBS, *Derecho penal Parte general, Fundamentos y teoría de la imputación*, 22/24.

especiales son, por ejemplo, los deberes derivados del cargo en los delitos de funcionarios, numerosos deberes de custodia personales o patrimoniales en ciertos tipos de la parte especial, los deberes del declarante, los deberes contra el abuso de una posición asegurada mediante confianza cualificada, así como los deberes de garantía en virtud de responsabilidad institucional no vinculados con determinados tipos (matrimonio, relación paterno filial, especial confianza, etc.).¹⁹⁵

3. La intervención en los delitos especiales y el principio de accesoriedad: cinco consecuencias sistemáticas.

1º) Ha quedado en claro, entonces, que en los delitos comisibles por cualquiera, el fundamento de la responsabilidad tiene que ver con una defectuosa organización del sujeto que lesiona una esfera de organización ajena. Por su parte, en los delitos de infracción de deber el agente se encuentra obligado a más, ya que aquí tiene que responder de la existencia de un bien y no sólo de que la propia organización no lo menoscabe. En estos casos, la relación del interviniente con el bien es siempre directa, es decir, sin mediación accesoría, siempre en concepto de autor y, además, sin tener en cuenta en absoluto un hacer. Esta es la primer y más importante consecuencia sistemática de la específica arquitectura de los delitos de infracción de deber para la doctrina dominante: si el obligado infringe su deber (por acción u omisión, no importa), lo hará siempre a título de autor, incluso aunque no haya tenido el dominio del hecho.¹⁹⁶ El tutor, a quien un tercero le da el consejo, que resulta exitoso, de cómo esa tercera persona puede sustraer el patrimonio del pupilo confiado a su cuidado, es autor del delito de administración desleal, aún cuando a él le falte el dominio del hecho en lo que se refiere a la sustracción.

El anverso de que el obligado especial, por lo que se refiere al ámbito de su deber sea siempre autor, es que al agente que no está obligado de por sí, únicamente se le podrá hacer responder «en segundo término» y por tanto sólo limitadamente como partícipe. Ya vimos al referir brevemente el punto de partida jakobsiano en relación con el fundamento de la participación en los delitos especiales, que las reglas

¹⁹⁵ JAKOBS, *Derecho penal Parte general, Fundamentos y teoría de la imputación*, 21/115 y ss.

¹⁹⁶ Actualmente la autoría automática del obligado especial en los delitos de infracción de deber se encuentra cuestionada, postulándose la posibilidad de que el *intraneus* pueda ser partícipe y el *extraneus* autor. Más detalles sobre esta propuesta *infra*.

de la participación no sólo amplían el ámbito del comportamiento contrario a la norma, sino también el ámbito de destinatarios —desde limitarse al titular de un determinado estatus hasta abarcar a cualquiera—. ¹⁹⁷ Retomando a modo de ejemplo un delito de funcionarios, sólo podrá ser autor de cohecho quien reúne la calidad de funcionario, y de este modo, si en el hecho interviene un agente que no tiene esa calidad, sólo podrá ser partícipe (a pesar de que en rigor se haya organizado como un coautor). ¹⁹⁸

2º) La segunda fractura del modelo limitado de la accesoriedad en el ámbito de los delitos de infracción de deber se produce en el aspecto subjetivo del injusto principal al que accede el partícipe. Además de los casos problemáticos que trataremos de forma específica en los puntos que siguen, es importante destacar que la doctrina dominante permite —a diferencia de lo que sucede en los delitos de dominio— la participación del *extraneus* en un hecho principal imprudente del *intraneus*. Aquí no importa si el especialmente obligado se alza dolosa o imprudentemente contra la norma, sino que infrinja típicamente su deber frente a la institución con la que se vincula. Por consiguiente la punición de la participación es adecuada en la medida en que el hecho principal es injusto imputable para el cualificado incluso a título de imprudencia. No obstante ello, dado que en los delitos especiales propios suelen faltar los tipos de imprudencia, el grupo de casos pierde la mayoría de su importancia práctica. ¹⁹⁹

3º) En el capítulo anterior, en relación con los delitos de dominio también explicamos que cuando son varios los que toman parte coordinando mutuamente sus ámbitos de organización, si los actos organizativos son de la misma importancia, los partícipes son coautores; y si su organización presenta grados distintos, los que contribuyen con menor importancia son partícipes. Dicho en pocas palabras, entre autoría y participación la diferencia era meramente cuantitativa. Bien, en el ámbito de los delitos de infracción de deber esto no funciona así, presentándose, de este modo, la tercer distorsión de la accesoriedad en el ámbito de estas figuras. Aquí, el carácter personalísimo del estatus que subyace a la posición de garantía impide la posibilidad de una coautoría, incluso en supuestos de pluralidad de agentes especialmente

¹⁹⁷ JAKOBS, *Derecho penal Parte general, Fundamentos y teoría de la imputación*, 22/7 y ss.

¹⁹⁸ ROXIN, *Autoría y dominio del hecho en Derecho penal*, pág. 69.

¹⁹⁹ JAKOBS, *Derecho penal Parte general, Fundamentos y teoría de la imputación*, 22/16.

obligados que realizan actos de organización de igual importancia, pues, cada agente responde individualmente por la infracción de su deber sin importar la magnitud de su aporte.²⁰⁰

4º) La cuarta particularidad para el sistema de la participación, que ya hemos anticipado conforme el enfoque normativista que hemos adoptado en este trabajo, opera en el caso de los sujetos que se encuentran en una posición de garantía — padre, esposo, etc.—. Frente a ellos, incluso los delitos comunes se convierten en delitos de infracción de deber, cuando la institución a la cual se encuentran vinculados es lesionada; en este caso, decae la participación a favor de una autoría más amplia. En el ejemplo dado anteriormente del padre que colabora en la muerte de su hijo, el homicidio será delito de infracción de deber para los padres, de modo que siempre habrá autoría, sin tener en cuenta el quantum de la intervención.

5º) Por último, como en los delitos de infracción de deber la distribución de formas de conducta siempre va a verse eludida por la inmediatez del deber (queda al margen la accesoriedad), no aplicará la solución global en relación con el comienzo de la tentativa: cada interviniente que está obligado se encuentra directamente frente al bien afectado, de modo que el comienzo de la tentativa sólo cabe determinarlo en función de su propio comportamiento (solución individual).²⁰¹ Esta solución tiene especial trascendencia para la intervención de garantes, cuya posición se debe a relación conyugal, paterno-filial, etc., en delitos de comisión. Aquí, la aportación del garante sin dominio del hecho puede ya constituir una tentativa en concepto de autor, incluso si no se produce el comienzo de ejecución del «hecho principal». Ejemplo: el marido que auxilia al asesino de su esposa es autor de un homicidio intentado aún cuando tras prestar su colaboración pierda la influencia ulterior sobre el hecho. El resultado concuerda con el aspecto omisivo del comportamiento: el garante en concepto de autor comete —como muy tarde— tentativa, cuando deja pasar la última posibilidad de salvación.²⁰²

²⁰⁰ No obstante ello, algunos autores predicen casos aislados de coautoría en supuestos en los que varias personas están sujetas a un mismo y único deber. «Como se requiere una vulneración común del deber especial, sin que interese la naturaleza de los aportes, procede imputar coautoría de prevaricato a los miembros de un tribunal colegiado que dicten sentencia, citando como fundamento hechos o resoluciones falsas». RIGHI, *Derecho Penal Parte general*, pág. 388.

²⁰¹ Es por ello, que JAKOBS, propone como más exacta que la denominación “delitos de infracción de deber”, la de “delitos con deber que eluden la accesoriedad”, *Derecho penal Parte general, Fundamentos y teoría de la imputación*, 21/118.

²⁰² JAKOBS, *Derecho penal Parte general, Fundamentos y teoría de la imputación*, 21/118.

4. Dos casos problemáticos

Esta particular estructura de los delitos de infracción de deber frente a los delitos de organización acarrea, como hemos visto, consecuencias particulares en materia de accesoriedad. A continuación, relevaremos algunos de los casos que más problemas le plantean a la doxa académica.

1º) Instrumento doloso no cualificado.

Este caso se presenta en el ámbito de los delitos especiales, pues, como dijimos, aquí sólo puede ser autor quien ostenta la especial calidad exigida por el tipo penal. El problema consiste en la utilización de un no cualificado (*extraneus*) que obra con dolo, por un cualificado (*intraneus*). Para entender esto, tomemos nuevamente un delito de funcionarios, en este caso el de aquel que por medio de un no funcionario — digamos, su secretario— hace documentar una constatación falsa en el Registro de la propiedad.²⁰³ El problema se presenta aquí para la teoría del dominio del hecho, pues el no cualificado que obra con dolo y libertad tendría en principio, el dominio del hecho y sin embargo no puede ser autor por falta de la cualificación legal. Como vimos en el punto anterior, en materia de delitos de infracción de deber no rige la accesoriedad: Si pretendiéramos resolver este caso mediante el criterio del dominio del hecho, parecería no haber otra solución más que la impunidad, ya que el no cualificado no puede ser autor por falta del requisito de autoría y el cualificado no puede ser inductor porque la inducción supone la autoría en el inducido.

En consecuencia, casos como este se han considerado tradicionalmente como supuestos de autoría mediata, descartándose así, el dominio del hecho y por tanto el modelo limitado de la accesoriedad.²⁰⁴ Es decir, puede afirmarse que existe un acuerdo inicial respecto de la punibilidad del cualificado como autor mediato, que realiza la acción de ejecución por medio de un no cualificado que obra con dolo, y del

²⁰³ BACIGALUPO, *Derecho penal Parte general*, pág. 513.

²⁰⁴ Un breve panorama de las propuestas que intentan conciliar los delitos de infracción de deber con el criterio del dominio del hecho en BACIGALUPO, *Derecho penal Parte general*, pág. 514.

instrumento, que realiza la acción de ejecución en forma directa, como partícipe.²⁰⁵ En estos delitos se pone nuevamente en evidencia que aquí la accesoriadad no tiene lugar, o por lo menos no el que se le atribuye usualmente. En efecto, la acción del partícipe no depende del dominio del hecho y del dolo del autor (en estos casos, el cualificado), sino de la infracción del deber del cualificado, cualquiera que sea la posición en la que éste actúe, dado que toda actuación que signifique infracción de deber es suficiente para la autoría. No obstante ser éste el criterio aceptado por la doctrina dominante, la solución no es pacífica. Por su parte, JAKOBS piensa que el *extraneus* ejecuta la acción, pero no es autor de un delito a causa de su carencia de cualificación, y el *intraneus* no lo comete como autor, sino que simplemente participa.

2º) Instrumento cualificado que obra en error. Variantes.

Aquí estamos frente a un caso inverso al anterior, cuando alguien que no puede ser autor directo por no ostentar la calidad exigida por el tipo utiliza como instrumento a quien ostenta el requisito especial. Por ejemplo, quien determina a un testigo para que declare falsamente, no puede ser condenado como autor mediato de falso testimonio porque no es testigo. Los matices que se presentan en este tipo de casos son los siguientes:

1º) En primer lugar, puede ser que el dominio del hombre de atrás se apoye en haber coaccionado al instrumento. Estos casos son resueltos sin problemas por los partidarios de la accesoriadad limitada, pues, si la amenaza sólo elimina la culpabilidad del autor de falso testimonio, resulta punible el hombre de atrás como instigador de un hecho típico, antijurídico y doloso.

2º) Una variante del caso es que, por ejemplo, la coacción sea de tal intensidad que opere como un estado de necesidad justificante para el testigo. Esta hipótesis coloca a los defensores de la accesoriadad limitada en una situación incómoda; imputar instigación al hombre de atrás es imposible porque el testigo actúa justificadamente, mientras que tampoco sería viable una autoría mediata debido a que el instigador no ostenta la especial calidad exigida por el tipo penal.

²⁰⁵ En este sentido, ROXIN, *Autoría y dominio del hecho en Derecho penal*, pág. 403; asimismo, BACIGALUPO, *Derecho penal Parte general*, pág. 515.

3º) Las dificultades que plantea este caso, se ven aun más claras cuando el hombre de atrás causa un error que excluye el dolo en el autor cualificado; nuevamente, no habría autoría directa por no existir una conducta típica, ni tampoco sería posible la autoría mediata por no ostentar la calidad exigida por el tipo el hombre de detrás. Los partidarios de la accesoriedad limitada se ven en un aprieto en los últimos casos, frente a los cuales no les queda más remedio que admitir una laguna de punibilidad.

Estos resultados sistemáticos —por lo menos, en la segunda y tercer variante planteada— se suelen desaprobar y en ocasiones eludir. Sin embargo, la única salida para la doctrina dominante con base en el paradigma de la accesoriedad limitada, es admitir que tales intervenciones son impunes y que debe ser el legislador el que mediante previsiones expresas tipifique como supuestos punibles determinadas participaciones en delitos especiales no dolosos. JAKOBS explica que en los casos en los que el ejecutor directo, pero no doloso, está cualificado como autor, pero no el que determina dolosamente de modo mediato la ejecución, está excluida la punibilidad del hombre de atrás sin el dolo del ejecutor. La autoría mediata decae en estos casos por falta de la cualificación del hombre de atrás y la participación por la no dolosidad del hecho principal. Acá JAKOBS nos proporciona el ejemplo de alguien que origina que un médico revele un secreto (§ 203 párrafo 1, núm. 1 StGB) fingiendo que todo el mundo lo sabe ya de sobra. Frente a esta situación, se critica que la ley haya adoptado una diferenciación naturalística (dolo/imprudencia), donde habría sido adecuada una valorativa (responsabilidad/no responsabilidad).²⁰⁶

La no dolosidad del hecho principal es un dato natural que no necesariamente tiene por consecuencia la irresponsabilidad del que actúa sin dolo por la conexión entre defecto y hecho. Si el que obra sin dolo es responsable por la conexión, cabe fundamentar una responsabilidad accesoria, es decir, en concepto de participación. En suma, una regulación satisfactoria tendría que contemplar tanto la participación en el hecho no doloso como la autoría mediata mediante el aprovechamiento de un instrumento que actúa sin dolo, aquello para los casos de no responsabilidad del interviniente por la conexión entre defecto y hecho y esto para los supuestos de responsabilidad.²⁰⁷ Por consiguiente la punición de la participación es adecuada en la

²⁰⁶ JAKOBS, *Derecho penal Parte general, Fundamentos y teoría de la imputación*, 22/17.

²⁰⁷ JAKOBS, *Derecho penal Parte general, Fundamentos y teoría de la imputación*, 22/17.

medida en que el hecho principal es injusto imputable para el cualificado, es decir, en la imprudencia sólo si existe un tipo de imprudencia paralelo y, en caso de inevitabilidad, nunca.²⁰⁸

5. Marcos regulatorios e interpretaciones de la doctrina.

Un importante problema que plantea la accesoriedad de la participación es si deben comunicarse al partícipe las condiciones personales del autor o, por el contrario, cada sujeto interviniente debe responder de aquellos elementos personalísimos que sólo en él concurren. Hasta aquí hemos visto que el modelo limitado de la accesoriedad propone un principio general a partir del cual todos los que intervienen en un hecho punible responden, en principio, por el mismo ilícito. No obstante ello, también vimos que existen marcadas excepciones en el ámbito de los delitos especiales.²⁰⁹ La teoría clásica de los delitos de infracción de deber postula que quien no satisface la calidad especial exigida por el tipo penal en su propia persona, nunca podrá ser coautor, pero sí partícipe en el hecho respectivo. De este modo, podríamos pensar que en el ámbito de los delitos especiales, la accesoriedad de la participación funcionaría de un modo particular, al permitir imputarle al partícipe, más allá de la acción del hecho, también los deberes que atañen al autor.²¹⁰

La cuestión en la dogmática alemana y española

Como explicamos, el Código Penal alemán consagra expresamente el modelo de la accesoriedad limitada en sus §§ 26 y 27, requiriendo un hecho principal doloso y antijurídico para la punibilidad de la instigación y la complicidad. Por su parte, el § 28 establece una regulación para los “especiales elementos personales”, mientras que

²⁰⁸ «Dado que en los delitos especiales propios suelen faltar los tipos de imprudencia, el grupo de casos pierde así toda importancia práctica. Ejemplo: El juez que dicta sentencia basada en una burda maniobra engañosa, a pesar de su descuido, por falta de dolo no comete prevaricación típica, lo que excluye la responsabilidad de todos los partícipes que puedan derivar su deber sólo del juez». JAKOBS, *Derecho penal Parte general, Fundamentos y teoría de la imputación*, 22/16.

²⁰⁹ Lo que lleva a los autores a postular que en el ámbito de estas figuras simplemente no rige el principio de accesoriedad.

²¹⁰ Cfr. FRISTER, *Derecho penal Parte general*, págs. 546 y ss.

el § 29 positiviza el principio de culpabilidad, descartando de este modo el sistema de la accesoriedad máxima.

§ 28. Características personales especiales

(1) Si faltan características especiales personales (§ 14, inciso 1) en el partícipe (instigador o cómplice), que fundamenten la punibilidad del autor, entonces se debe reducir la pena, de conformidad con el § 49, inciso 1.

(2) Si la ley determina que características personales especiales agraven la pena, la disminuyan o la excluyan, entonces esto solo rige para los partícipes (autor o partícipe), en quien concurren.

§ 29. Punibilidad independiente del partícipe

Cada partícipe será castigado según su culpabilidad, sin consideración de la culpabilidad de otro.

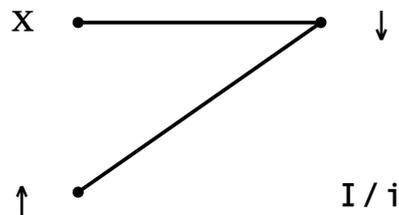
Respecto de los elementos personales que fundamentan la punibilidad, el § 28 I mantiene el principio de accesoriedad, en la medida en que éste repercute a favor del partícipe. Aquí, la accesoriedad se relaja para los partícipes que no exhiben ellos mismos un elemento personal especial que fundamente su punibilidad, que si existe en la persona del autor. A ellos les es imputado el elemento realizado por el autor sólo en forma debilitada. Así, por ej. si un particular le ha aconsejado a una jueza una acción de prevaricato, él carecerá, al faltarle la cualidad de juez o de funcionario, un elemento personal especial que fundamenta la punibilidad. Según el § 28 I, de todos modos se debe condenar por instigación al prevaricato, pero con una pena atenuada. Para FRISTER, la escala penal atenuada del delito especial ocupa el lugar que tendría un delito general que protegiera el mismo bien jurídico, que no existe en la Parte Especial, porque los bienes jurídicos respectivos, si bien pueden ser lesionados por un *extraneus*, como partícipe, no pueden serlo por éste, como autor.²¹¹

En lo que respecta al segundo apartado del § 28, se genera una fractura evidente con la accesoriedad limitada, al menos en aquellos casos en que los “especiales elementos personales” tiñan en algún grado el ilícito del hecho principal. Ello en tanto, una rígida regulación de la accesoriedad que extendiera todo elemento cualificador o privilegiante del hecho principal a todos los intervinientes, provocaría

²¹¹ FRISTER, *Derecho penal Parte general*, pág. 547.

efectos injustos pues los aspectos modificativos de la punibilidad pueden estar vinculados a la persona hasta tal punto que sólo puedan perjudicar o beneficiar a aquellos agentes sobre los que realmente concurren.²¹² Por ello, el § 28 II determina que los elementos personales especiales que agravan [↑], atenúan [↓] o excluyen la pena [x], sólo se imputan al interviniente en el que concurren. Y así, por ejemplo, en la inducción a las lesiones corporales que se cometen estando de servicio, el funcionario será castigado por el § 340 I y el inductor no cualificado por el § 223 (lesiones corporales en el ejercicio del cargo para el funcionario y lesiones corporales simples para el particular). A través de esta regulación la situación del partícipe no sólo puede verse atenuada sino que también puede agravarse, pues los elementos personales cualificadores de la pena que, ciertamente, concurren en él y no en el autor, también le perjudican (pensemos en el caso inverso, en donde el inductor es funcionario y el autor es no cualificado); asimismo, las circunstancias personales privilegiantes concurrentes en la persona del autor y ausentes en el partícipe no le benefician.²¹³

FIGURA IV [§ 28 II StGB]



Conforme al § 28 II estos elementos valen sólo para los intervinientes en quienes concurren [I/i], es decir, que aquí la accesoriedad se anula no sólo unilateralmente a favor del partícipe, sino en ambas direcciones. La regulación del § 28 II es adecuada para los móviles especiales y los elementos del ánimo, pero es muy criticada para los elementos de los delitos de deber. Muchos autores consideran contradictorio que la cualidad de funcionario público, en los delitos propios de

²¹² JESCHECK, *Tratado de Derecho penal Parte general*, pág. 707.

²¹³ JESCHECK, *Tratado de Derecho penal Parte general*, pág. 707.

funcionario, fundamente así y todo una punibilidad atenuada del *extraneus*, pero que, en los delitos impropios de funcionario, él no sea imputado en absoluto, como por ej. en caso de encubrimiento por frustración de la pena en la función pública. FRISTER entiende que no hay motivo para acercar el contenido de regulación del párrafo II al del párrafo I. La supuesta contradicción valorativa entre el tratamiento semi-accesorio (relajamiento de la accesoriedad) de una posición de funcionario público que fundamenta la punibilidad y el tratamiento no-accesorio (fractura de la accesoriedad) de una que agrava la pena, desaparece si se tiene en claro que la atenuación de la pena según el párrafo I es un remedio necesario para abarcar adecuadamente el ataque al bien jurídico, hecho sin posición de deber, posible en el caso de los delitos propios de funcionario sólo por vía de participación, y que, por ello, no está considerado en la Parte Especial. En los delitos impropios de funcionario, ese remedio no hace falta, porque en este caso hay delitos generales que protegen el bien jurídico atacado, que abarcan el contenido de ilícito de tal ataque de modo más específico que la atenuación de la escala penal de un delito especial según el § 49 (que es al que refiere el 28 I).²¹⁴

Sin entrar de lleno en la discusión relativa a la interpretación del sentido de la regulación del § 28 del StGB, la cual desbordaría los límites de este trabajo de investigación, lo cierto es, que el autor que he seguido en este punto, FRISTER, postula que el primer párrafo del § 28 rige para los delitos especiales propios y que el segundo párrafo rige para los delitos especiales en sentido impropio. Como explicamos, esta categoría es intensamente criticada, proponiéndose desde la doctrina más moderna nuevos puntos de vista en lo que respecta al universo de casos que debe abarcar este parágrafo del StGB.²¹⁵

Asimismo, es extremadamente discutido en la doctrina alemana el contenido del concepto de elemento personal especial. En el § 28 I, la ley remite para el concepto de elemento personal especial al § 14 I. Allí, los elementos personales especiales son definidos como cualidades, relaciones o circunstancias personales especiales. Por lo tanto, no se resuelve la cuestión decisiva de qué elementos deben ser calificados como personales especiales, proponiendo la doctrina diversos y

²¹⁴ FRISTER, *Derecho penal Parte general*, págs. 505.

²¹⁵ Extensamente sobre el estado actual de la discusión en relación con la regulación alemana, ver JESCHECK, *Tratado de Derecho penal Parte general*, pág. 707 y ss.; en relación con la discusión proyectada al sentido del art. 63.3 del C.P. español, ver ROBLES PLANAS (Dir.) *La responsabilidad en los delitos especiales*.

contradictorios criterios de interpretación del contenido material del § 28. Para STRATENWERTH sólo deben entenderse como especiales elementos personales los elementos de la culpabilidad esenciales, modificadores y los deberes especiales (estos últimos, limitadamente accesorios). Así pues, esta opinión sobre todo considera plenamente accesorios los elementos subjetivos del injusto.²¹⁶ JESCHECK y FRISTER distinguen entre elementos referidos al autor (cualidad de funcionario público, el deber de tener confiado el patrimonio, en la defraudación por infidelidad, el estar en custodia de la cosa en la apropiación indebida con abuso de confianza, la posición de portador de un secreto, en la violación de secretos privados, el deber de decir la verdad, en los delitos de falso testimonio, etc.), limitadamente accesorios; y elementos referidos al hecho, plenamente accesorios.²¹⁷ JAKOBS por su parte, critica esta distinción tildándola de inútil, confusa y contradictoria al no conseguir resolver el problema de los elementos subjetivos y no proveer de criterios claros para distinguir unos elementos de otros. Este autor distingue elementos accesorios, limitadamente accesorios y no accesorios o personalísimos. Los segundos serían los deberes especiales y los terceros todos los elementos subjetivos.²¹⁸

Por su parte, en el Derecho español, la formulación no plantea menos problemas, principalmente luego de la reforma del año 2003, la cual modificó el inciso primero y agregó el tercero.

Artículo 65.

1. Las circunstancias agravantes o atenuantes que consistan en cualquier causa de naturaleza personal agravarán o atenuarán la responsabilidad sólo de aquéllos en quienes concurran.
2. Las que consistan en la ejecución material del hecho o en los medios empleados para realizarla, servirán únicamente para agravar o atenuar la responsabilidad de los que hayan tenido conocimiento de ellas en el momento de la acción o de su cooperación para el delito.
3. Cuando en el inductor o en el cooperador necesario no concurran las condiciones, cualidades o relaciones personales que fundamentan la culpabilidad del autor, los jueces o tribunales podrán imponer la pena inferior en grado a la señalada por la Ley para la infracción de que se trate.

²¹⁶ STRATENWERTH, *Derecho penal Parte general I, el hecho punible*, pág. 441 y ss.

²¹⁷ Cfr. JESCHECK, *Tratado de Derecho penal Parte general*, págs. 705 y s. ; FRISTER, *Derecho penal Parte general*, pág. 547.

²¹⁸ JAKOBS, *Derecho penal Parte general, Fundamentos y teoría de la imputación*, 23/1 y ss.

Aunque el C.P. español no establece un modelo determinado en relación con el aspecto interno de la accesoriedad, el art. 65 sí parece pronunciarse en relación con el criterio distintivo entre circunstancias referidas al autor y circunstancias referidas al hecho, entrando las relaciones personales en la primer categoría. En lo que respecta al primer párrafo del art. 65, la doctrina lo suele interpretar de manera cercana al § 28 II del StGB. Por ejemplo, el partícipe no incluido entre los parientes por el art. 405 C.P. no respondería como partícipe en un parricidio, sino en un homicidio; y, viceversa, el hijo que indujera a un no pariente a dar muerte al padre de aquél, sería castigado como inductor a un parricidio.²¹⁹

No obstante llegar a la misma solución que la doctrina dominante, la ruptura del título de imputación en estos casos no es aceptada por MIR PUIG, quien propone resolver el caso como un supuesto de autoría mediata y así mantener incólume el «principio supremo de la participación». En el caso del ejemplo, entiende el profesor español, que si el hijo induce a un extraño a matar al padre de aquel, en contra de la interpretación tradicional del art. 60 I, la accesoriedad de la participación impide considerar al hijo inductor de un parricidio, porque el hecho en el que participa no es un parricidio, sino un homicidio. En cuanto partícipe, el hijo sólo puede inducir a un homicidio. Esta sería la primera calificación posible. Pero, además, el hijo causa la muerte de su padre —sin su actividad de instigación el padre no hubiera muerto— a través de otra persona. Aquí, según MIR PUIG, deben aplicarse las reglas de la autoría mediata a los delitos especiales, pues, el hijo puede considerarse también autor, como sujeto cualificado que utiliza a un instrumento doloso no cualificado. Esta es una segunda calificación posible. Ambas calificaciones concurrirían, de este modo, en concurso de leyes, debiéndose preferir, según el principio de especialidad la calificación de autor de parricidio.²²⁰

Respecto a los ejecutores no cualificados ocurre lo siguiente: el *extraneus* que es inducido a matar al padre puede ser objeto de la calificación de autor de homicidio o la de cooperador necesario en el parricidio; esta calificación es preferible a la primera a por ser más específica y más grave.²²¹ En el supuesto contrario, en que el

²¹⁹ Cfr. GIMBERNAT ORDEIG, *Autor y Cómplice en Derecho penal*, pág. 266 y ss.

²²⁰ MIR PUIG, *Derecho Penal Parte general*, pág. 427.

²²¹ Asimismo, ROXIN, *Autoría y dominio del hecho en Derecho penal*, pág. 403; BACIGALUPO, *Derecho penal Parte general*, pág. 515. En contra, JAKOBS, *Derecho penal Parte general, Fundamentos y teoría de la imputación*, pág. 649.

sujeto no cualificado induce al cualificado, éste debe calificarse como autor del delito especial y aquél como inductor al mismo (así, al parricidio o al infanticidio); aparte de que no se produce aquí el caso de autoría mediata con instrumento doloso no cualificado, es más específica la participación en el delito especial.²²²

La regulación en el Código Penal argentino.

El Derecho penal argentino resuelve el problema de los elementos personales y su traslado al partícipe de manera distinta al Derecho penal español y alemán:

Artículo 48:

Las relaciones, circunstancias y calidades personales, cuyo efecto sea disminuir o excluir la penalidad, no tendrán influencia sino respecto al autor o cómplice a quienes correspondan. Tampoco tendrán influencia aquéllas cuyo efecto sea agravar la penalidad, salvo el caso en que fueren conocidas por el partícipe.

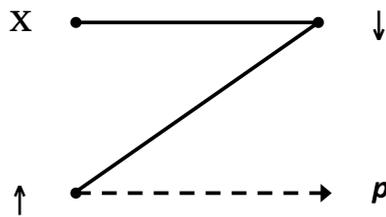
Esta norma prescribe, en primer lugar, que la comunicabilidad de circunstancias sólo puede plantearse del autor al partícipe y nunca a la inversa. En segundo lugar, la doctrina nacional ha interpretado las “relaciones, circunstancias y calidades personales” como referidas a la culpabilidad o la punibilidad del autor, que no influyen sobre el partícipe porque son personales del autor. Consecuentemente, el partícipe no se beneficia de ninguna circunstancia personal que excluya la punibilidad del autor [x], sea que se trate de una causa de inculpabilidad o con las excusas absolutorias (como las que establecen la impunidad para determinados parientes con relación a la comisión de delitos patrimoniales). Tampoco inciden las circunstancias que determinan una disminución de la pena aplicable al autor [↓], con fundamento en su menor culpabilidad o en razones de prevención especial, sea que den lugar a una escala atenuada como sucede con el homicidio emocional o incidan sobre la individualización judicial.

Ahora bien, el principio general emergente del criterio de la accesoriedad limitada, según el cual las circunstancias personales que concurren en el autor no se comunican, reconoce una excepción en el caso de que fueran conocidas por el

²²² MIR PUIG, *Derecho Penal Parte general*, pág. 428.

partícipe (art. 48 *in fine*). Consiguientemente: el partícipe [p] inicialmente no se perjudica por la concurrencia de ninguna circunstancia personal que determina un aumento de pena que corresponde al autor [↑], salvo que conociera que concurre una agravante (por ej. si el cómplice conoce que el autor obró por precio o promesa remuneratoria). Esta es una diferencia notable con la regulación alemana.

FIGURA V [Art. 48 C.P.]



SANCINETTI ensaya una explicación basada en lo que serían razones de prevención general negativa para la regla contenida en el artículo 48 del C.P. argentino, ya que, a primera vista, parece ilógica al trasladar al interviniente únicamente las circunstancias que agravan, pero no las que atenúan. De este modo, postula que:

«Aquel que interviene en un hecho que se agrava por la concurrencia de una calidad personal en otro participante, tiene una razón más para abstenerse, también el de participar en el hecho; lesiona, para decirlo así, tanto la norma básica como la calificada y debe sentirse amenazado, por ende, por una pena mayor; cuando la circunstancia personal atenúa el hecho y ella no le corresponde al partícipe personalmente, él sigue estando a la vez en la situación general como para sentirse amenazado con la pena prevista para ella, es decir, sin atenuantes».²²³

No obstante, observa este autor que sería conveniente una opción normativa similar a la contemplada en el Código Penal colombiano el cual permite la atenuación

²²³ SANCINETTI "Exigencias mínimas de la dogmática del hecho punible en la parte general de los códigos penales", *Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia penal*, pág. 126.

por calidades personales también cuando el participante “hubiere actuado determinado por estas mismas circunstancias”.²²⁴

6. Horizontes en la discusión trabada en torno a los delitos de infracción de deber: ¿*Extranei* autores e *intranei* partícipes?

No todos los delitos de infracción de deber son iguales, ni son tratados del mismo modo por la doctrina. Como explicamos, tradicionalmente se distingue entre delitos de infracción de deber en sentido propio (inexistencia de una figura subyacente) y en sentido impropio (tipo común subyacente). No obstante ello, tal distinción ha sido dejada de lado,²²⁵ por las dificultades y los desafíos que ha traído consigo la positivización del § 28 en el StGB y el art. 65.3 del C.P. español. Si bien, esta discusión, no repercute directamente en el ordenamiento argentino, el cual no posee una cláusula de atenuación como la de las figuras citadas, si otorga las coordenadas necesarias para resolver problemas similares a los que se plantean en los ordenamientos extranjeros.

Bien, entonces hasta aquí, tenemos la tradicional distinción entre delitos comunes (rigen las reglas generales de la accesoriedad, esto es, cabe la posibilidad de una “organización conjunta del hecho”) y delitos de infracción de deber (la infracción del deber de no perturbar la institución positiva es personalísima y, por tanto, no rigen las reglas de la accesoriedad). Asimismo, los delitos de infracción de deber no son todos iguales; además de la distinción entre delitos de infracción de deber en sentido propio e impropio, otros autores postulan que habría una categoría de delitos especiales en los que la especialidad sería simplemente el resultado de una técnica de tipificación. Estos delitos que ROBLES PLANAS denomina “de posición” son aquellos en los que la delimitación del círculo de sujetos activos deriva de que éstos se encuentran en la posición idónea para lesionar el bien jurídico, a diferencia de los

²²⁴ SANCINETTI “Exigencias mínimas de la dogmática del hecho punible en la parte general de los códigos penales”, *Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia penal*, pág. 126.

²²⁵ Cfr. SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, destacado representante de la moderna teoría de los delitos de infracción de deber, declara superflua, por ser meramente aparente, la distinción entre delitos especiales propios e impropios: siempre que se infringe un deber —institucionalmente asegurado— estamos ante un delito de infracción de un deber y, en caso contrario, frente a un delito común. De esta manera, se supera la tradicional ficción consistente en distinguir entre estas categorías, *Delito de infracción de deber y participación delictiva*, págs. 254 y ss.

delitos de infracción de deber en los que el eje de la conducta típica lo constituye la infracción de un deber (institucional).²²⁶ Dentro de este grupo de delitos, se encuadrarían, el delito fiscal,²²⁷ el delito publicitario, el delito urbanístico, los delitos contra la seguridad en el tráfico, los delitos societarios y el delito concursal (arts. 306, 282, 319 y 260, todos del C.P. español).²²⁸ Como podrá percibir el lector, esta figura se corresponde con aquellos casos agrupados por JAKOBS dentro de la categoría de delitos de infracción de deber en sentido amplio; sin embargo, en la concepción de ROBLES PLANAS se va un poco más allá y se definen las consecuencias de tal precisión.

En los “delitos de posición” bastará para su configuración con que un sujeto se encuentre en la posición especial de que se trate y que, desde allí, genere el riesgo penalmente prohibido por la norma. Y, con estos delitos ocurre algo peculiar, en tanto están abiertos a una posible autoría de *extranei*.²²⁹ Ello con dos condiciones: la primera, que el sujeto que *prima facie* era reputado *extraneus* pudiera acceder al dominio o la posición típica, controlando de modo directo o mediato el hecho; la segunda, que su integración en el círculo de autores fuera compatible con el principio de legalidad, algo que no ha solido generar dificultades.²³⁰ El contraste con los delitos de infracción de deber en sentido estricto —cuyo paradigma suele situarse en los delitos de los funcionarios públicos— es patente, puesto que en estos la autoría estaría vetada por definición a todos los *extranei*. En efecto, por mucho que un *extraneus* obtuviera el dominio sobre el hecho típico, jamás lograría lesionar la relación subyacente al tipo. Algo que, en cambio, llevaría a cabo el *intraneus*, aun cuando no tuviera en sus manos el dominio efectivo o, en otros términos, la organización típica del hecho.

²²⁶ ROBLES PLANAS, *La participación en el delito: fundamento y límites*, págs. 240 y ss.; *Garantes y cómplices* pág. 124 y ss.

²²⁷ Aquí, SILVA SÁNCHEZ, sostiene una postura matizada concibiendo al delito fiscal como un “delito especial de infracción de un deber con elementos de dominio”, *El nuevo escenario del delito fiscal en España*, pág. 65.

²²⁸ ROBLES PLANAS, *La participación en el delito: fundamento y límites*, págs. 240 y ss.

²²⁹ Explican RIGGI – ROBLES PLANAS, que «la mera presencia de la posición especial no establecerá de por sí la autoría del sujeto que formalmente la ostenta, aunque normalmente será autor quien la posea; es lógico que éste tenga un papel preponderante en la configuración del injusto frente a los demás intervinientes al gozar de la posición. Ello no impide que quien aporta la titularidad posicional pueda configurar en menor medida el injusto que quien se coloca efectivamente en la posición. O que, incluso, un sujeto configure todo el injusto al valerse del error del titular de la posición colocándose en ella para lesionar el bien jurídico, esto es, en autoría mediata al haber instrumentalizado al poseedor formal de la posición (supuestos de usurpación de la posición)”, “El extraño artículo 65.3 del Código Penal”, *La responsabilidad en los delitos especiales*, pág. 71.

²³⁰ SILVA SÁNCHEZ, *La responsabilidad en los “delitos especiales”*, prólogo.

La ubicación de un determinado tipo delictivo como delito de infracción de deber o como delito de posición es materia de discusión. Y dicha ubicación resulta fundamental, en tanto lo que está en juego aquí no es otra cosa que el acceso a la condición de autor y la posibilidad de que los *extranei* sean castigados como autores. En efecto, en los delitos de posición no existe ningún elemento que bloquee la posibilidad de intervenir en el hecho (como lo hace el deber especial en los delitos especiales de deber). Por otro lado, la relevancia es doble en ordenamientos como el alemán o el español donde existe una eventual atenuación para el *extraneus* que interviene como partícipe en un delito especial.

SILVA SÁNCHEZ, propone una categoría que se encuentra a caballo entre los delitos de infracción de deber y los delitos de posición: los delitos especiales mixtos. Estas figuras, teniendo una fuerte connotación de infracción de un deber, no por ello dejan de contener elementos de organización. Aquí, para el catedrático español, lo relevante es que en ellos sólo puede ser autor quien, además de infringir un deber institucional, lleva a cabo una determinada conducta de organización.²³¹ Entre ellos, se incluiría, por ejemplo el delito fiscal contemplado en el art. 306 del C.P. español.²³² En palabras del Profesor SILVA SÁNCHEZ:

«Las consideraciones de accesoriedad, entendida ésta como expresión de organización conjunta, adquieren pleno sentido en el caso de que ciertos delitos de infracción de deber tengan, además, algún componente de dominio. Pues, en este caso, el *extraneus*, además de infringir ese deber general al que se acaba de hacer alusión, contribuye efectivamente al dominio del *intraneus*»²³³

Para RIGGI – ROBLES PLANAS, este planteamiento se identifica prácticamente con la categoría de los delitos de posición, pues «existe un aspecto común (la organización o dominio) que vincula a ambos sujetos. Y al igual que en los delitos de posición, se requiere la presencia del obligado por el deber para la constitución del tipo. Las diferencias estriba, por un lado, en que en el planteamiento de SILVA SÁNCHEZ es

²³¹ Sin embargo, en relación con esta figura mixta, subsisten todavía preguntas, ello en tanto, como vimos en el punto anterior las consecuencias dogmáticas de los delitos de infracción de deber y los delitos de dominio son, en materia de accesoriedad, radicalmente distintas. Entonces, en los delitos mixtos ¿Operaría la solución global o la individual en materia de tentativa? ¿Sería posible la coautoría, la autoría mediata o simplemente la participación?

²³² SILVA SÁNCHEZ, *El nuevo escenario del delito fiscal en España*, pág. 65.

²³³ SILVA SÁNCHEZ, *El nuevo escenario del delito fiscal en España*, pág. 69 y s.

necesario que concurra la infracción del deber del *intraeus* junto con su “dominio del hecho” para poder castigar a cualquiera. En cambio, en los delitos de posición, basta con que se aporte la posición para constituir el tipo y, sólo después, debe decidirse sobre la calificación de la contribución de cada interviniente. Y, por el otro, que en los “delitos mixtos” a los que refiere SILVA SÁNCHEZ nunca puede castigarse al *extraneus* como autor. Ello, como es sabido, genera importantes lagunas de punibilidad. Tales lagunas no se dan, en cambio, con la teoría de los delitos de posición, puesto que es posible castigar al *extraneus* como autor mediato o, incluso, como autor directo en los casos de usurpación de la posición.²³⁴

ii. La participación en los delitos de propia mano

En los delitos de propia mano²³⁵ existe una vinculación especial de la autoría a una determinada acción ejecutiva. De este modo, en tanto lo reprochable del acto es precisamente su ejecución personal, el tipo objetivo de estos delitos exige —según la doctrina dominante— que el autor realice corporalmente la acción.²³⁶ La nomenclatura usual de los delitos de propia mano incluye al prevaricato, el falso testimonio, diversos delitos sexuales (incesto, abuso sexual con acceso carnal) y la deserción, entre otros. El fundamento y la delimitación del carácter de esta clase de delitos son extremadamente polémicos y dudosa la legitimación de que formen un grupo delictivo especial, ello en tanto, al estar la autoría tan estrechamente vinculada con la realización de la acción, son usualmente caracterizados por la doctrina como delitos de infracción de deberes altamente personales.

Por su parte, JAKOBS afirma que en estos delitos el injusto lo constituye el emprender físicamente un acto reprobable que indica una actitud defectuosa con respecto a obligaciones personalísimas o tabúes. De este modo, también desde este punto de vista la naturaleza personalísima de la conducta sitúa a los delitos de propia mano cerca de los delitos de infracción de deber, planteando problemas similares en supuestos de pluralidad de intervinientes.

²³⁴ RIGGI – ROBLES PLANAS, “El extraño artículo 65.3 del Código Penal”, *La responsabilidad en los delitos especiales*, págs. 92 y 93.

²³⁵ Así denominados desde BINDING; JAKOBS, *Derecho penal Parte general, Fundamentos y teoría de la imputación*, 21/19.

²³⁶ BACIGALUPO, *Derecho penal Parte general*, pág. 512.

«Los delitos de propia mano sólo se pueden reconocer como tales cuando el desvalor de una acción no se deriva de alteraciones que ésta puede realizar (imputablemente), sino de la insuficiencia personal del autor puesta de manifiesto en el acto delictivo. El falso testimonio no cabe entenderlo entonces como delito especial del obligado a declarar o a prestar juramento con puesta en peligro de la Administración de Justicia, sino como delito de inveracidad personal (de acuerdo con la concepción antigua: ante Dios); el incesto no como puesta en peligro abstracto de los roles familiares (ni como peligroso desde el punto de vista eugenésico), sino como actuación personal *contra natura*; la prevaricación no como puesta en peligro abstracto de la Administración de Justicia, sino como actuación personal contraria a la Justicia; la desertión no como puesta en peligro de las fuerzas armadas, sino como deslealtad personal contra el país».²³⁷

Dicho de otro modo, para el profesor alemán el desvalor de acción no se ha de determinar a partir del desvalor de resultado, sino en absoluto (obsérvense los ejemplos: Dios, la naturaleza, la Justicia, la Patria). De este modo, a estos delitos corresponden las consecuencias sistemáticas relativas a los delitos de infracción de deber, a saber: la coautoría está excluida debido al carácter personalísimo de la infracción; varias personas que delinquen conjuntamente son autores simultáneos y a lo sumo además cómplices e inductores mutuos.²³⁸ También la autoría mediata decae por la vinculación a determinado comportamiento; sólo la ejecución descrita típicamente indica la insuficiencia personal.²³⁹ Asimismo, según este enfoque está excluida toda forma de participación en el delito no doloso de propia mano, dado que el que actúa sin sospechar puede hacerlo descuidadamente, pero no está «corrompido».²⁴⁰

No obstante lo dicho hasta aquí, lo cierto es que esta particular categoría delictiva se encuentra cada vez más cuestionada, postulándose tanto de parte de la jurisprudencia²⁴¹ como de la doctrina²⁴² que, en rigor, el acceso carnal violento sería

²³⁷ JAKOBS, *Derecho penal Parte general, Fundamentos y teoría de la imputación*, 21/21.

²³⁸ Sobre las consecuencias relativas a los delitos de infracción de deber, *supra*.

²³⁹ «Ello rige incluso cuando el que actúa mediatamente posee en su persona la necesaria cualificación como autor; ejemplo: El hermano mayor fuerza al menor a mantener relaciones sexuales con su hermana. Si existe dolo en el instrumento, queda la participación». JAKOBS, *Derecho penal Parte general, Fundamentos y teoría de la imputación*, 21/22.

²⁴⁰ JAKOBS, *Derecho penal Parte general, Fundamentos y teoría de la imputación*, 21/22.

²⁴¹ El Tribunal Supremo Español consideró inicialmente que el delito de tenencia de armas y el de violación eran delitos de propia mano. Sin embargo, en ambos casos ha admitido más tarde la posibilidad de la coautoría y,

un delito de dominio que consiguientemente admite tanto la autoría mediata como la coautoría. Por su parte, no ocurriría lo mismo con el prevaricato ni el falso testimonio, pero el motivo es que se trata de delitos de infracción de deber. Consiguientemente, si bien es sugerente la construcción jakobsiana en relación con el fundamento y estructura de este tipo de delitos, existen todavía dudas en relación con el rendimiento de esta distinción. La categoría en sí misma continua presente en la manualística contemporánea, pero es problemático establecer en qué tipos penales se debe admitir un delito de propia mano y si, al fin de cuentas, no son más que delitos de infracción de deber.²⁴³

iii. La participación en el delito de omisión

En contra de una concepción defendida antiguamente, la participación en delitos de omisión es totalmente posible. Aquel que, mediante un hacer activo, determina a una madre a dejar morir de hambre a su hijo, es punible por instigación al homicidio y no –como consideraba esa concepción– como autor por comisión de homicidio.²⁴⁴ A la inversa, también es posible cooperar por omisión. Tomemos, a modo de ejemplo, el caso de los jueces penales de una dictadura militar que sistemáticamente omiten investigar las torturas cometidas por las fuerzas de seguridad; tal omisión se convierte en una garantía de impunidad frente a hechos futuros de los mismos autores. Y por tanto, este silencioso aporte omisivo de los magistrados —que no podría tener otro significado que el de una adaptación al plan

en el caso de la violación, inclusive, la autoría mediata. Cfr. STS del 2.11.94; considerando la violación como delito de propia mano SSTS del 31.01.92 y 22.06.94; admitiendo la coautoría las SSTS del 14.04.87 y de 11.07.87; precedentes citados por BACIGALUPO, *Derecho penal Parte general*, pág. 512 y ss.

²⁴² Cfr. GIMBERNAT ORDEIG, *Autor y cómplice en Derecho penal*, pág. 244 y ss., donde califica de autora mediata de una violación violenta a la mujer [...] que mueve a un inimputable a violar a una muchacha.

²⁴³ «En el derecho vigente sólo parece estar fuera de duda como delito de propia mano el de falso testimonio, que a su vez puede ser entendido como un delito de infracción de un deber personal. Para la determinación de cuáles son los tipos en los que se debe admitir un delito de propia mano se han propuesto diversos criterios: la “teoría del texto” que considera posible deducirlo del texto legal; la “teoría del movimiento corporal”, que no se diferencia básicamente de la anterior; así como el criterio a partir del cual al considerar que la autoría está estrechamente vinculada con la realización de la acción y que no implican la lesión de un bien jurídico, asimila los delitos de propia mano a los de infracción de deberes altamente personales». BACIGALUPO, *Derecho penal Parte general*, pág. 512 y ss.

²⁴⁴ FRISTER, *Derecho penal Parte general*, págs. 607 y ss.

sistemático de la dictadura— tendría el peso social suficiente como para ser considerado aporte de partícipe.²⁴⁵

Los delitos de omisión son delitos de infracción de deber. Ello en tanto, no todo omitente es autor, sino exclusivamente los sujetos a quienes incumbe el concreto deber de actuar o de impedir el resultado, según que la omisión sea propia o impropia, razón por la cual son siempre delitos de infracción de deber. En cuanto a su esencia, los deberes que fundamentan la autoría en la omisión no se distinguen de los que surgen de los delitos de comisión correspondientes, ya que en ambos casos su quebrantamiento se valora como infracción normativa penal. Así, volviendo al ejemplo del delito de administración fraudulenta, el deber de velar por el patrimonio ajeno puede ser infringido tanto mediante acciones como omisiones.

c. Problemas en el plano subjetivo del tipo.

i. ¿Participación punible en hechos no dolosos?

Como hemos visto al explicar brevemente la evolución de la accesoriedad interna en el Derecho comparado, existió una clara relación entre el causalismo y la accesoriedad máxima, por un lado, y el finalismo y la accesoriedad limitada, por otro. Mientras el dolo fue considerado un elemento de la culpabilidad, era lógico que rigiera la accesoriedad máxima.²⁴⁶ Ahora, los numerosos problemas que originaba este sistema, cuya mera enunciación desbordaría la escala de este trabajo, fueron resueltos más satisfactoriamente con la propuesta de WELZEL, quien trasladar el dolo a la tipicidad, dejó de hacer necesario requerir un autor culpable para castigar al partícipe. De este modo, como el dolo formaba parte del ilícito, fue posible reducir los requisitos de la accesoriedad.

ii. Participación en delitos imprudentes.

²⁴⁵ Lamentablemente, este ejemplo tiene un trasfondo real y cercano; la última dictadura militar argentina se valió de los aportes de gran parte del poder judicial de la época para llevar a cabo su accionar represivo contra la población civil.

²⁴⁶ SANCINETTI, *Teoría del delito y disvalor de acción*, pág. 762.

Ya explicamos que en el marco de los delitos de infracción de deber las reglas de la accesoriadad limitada sufren distorsiones de diversa índole. Entre ellas, destacamos que al encontrarnos frente a casos en los cuales la infracción personal del deber era la que determinaba la autoría, la doctrina dominante admitía la posibilidad de participar incluso cuando el hecho principal fuera imprudente (si existiera el correspondiente tipo penal). La pregunta que articularemos ahora es si puede también participarse de un hecho imprudente en el ámbito de los delitos de dominio.

Frente a los delitos imprudentes la doctrina dominante razona del siguiente modo: Cuando varias personas cometen conjuntamente un delito a consecuencia de su imprudencia no es posible hacer una distinción entre autoría y participación, pues, en todos los intervinientes está ausente del mismo modo la previsión del resultado típico. En efecto, no podrá hablarse del dominio del acontecimiento por ninguno de ellos.²⁴⁷ Si la imputación es consecuencia de que el autor realizó un comportamiento vinculado al resultado que supera el riesgo permitido por el orden jurídico, cuando sean varias las personas que actúan en conjunto, aún mediando imprudencia de todos los que intervienen en el hecho, como no está claro para ninguno de ellos cómo va a acabar el suceso, se renuncia a graduar las formas de intervención otorgando el mismo trato penal a todos los comportamientos, se trate de causaciones u omisiones imprudentes.²⁴⁸ De este modo, los delitos imprudentes son tratados como delitos de infracción de deber,²⁴⁹ descartándose el criterio del dominio del hecho y renunciándose a graduar el peso social de los aportes de cada uno de los agentes. La violación del deber de cuidado y el nexo causal con el resultado conducen directamente a la autoría del agente, no siendo posibles ni la participación ni la coautoría²⁵⁰ en un hecho principal imprudente.²⁵¹

²⁴⁷ JESCHECK, *Tratado de Derecho penal Parte general*, pág.704 y s.

²⁴⁸ En contra, JAKOBS, *La imputación objetiva en Derecho penal*, pág. 94, quien entiende que «en el campo de la imprudencia existe un autor unitario sólo de forma atenuada, en el sentido de que, expresamente, no se diferencian las formas de participación de las personas sujetas a responsabilidad; sin embargo, las diferencias en el ámbito de la participación habrán de ser tenidas en cuenta en el marco de medición de la pena».

²⁴⁹ En el marco de la imprudencia lo determinante para su graduación es sólo el grado de infracción del deber de cuidado, algo que se mide con criterios diversos a los que puede suministrar la teoría del dominio del hecho. JESCHECK, *Tratado de Derecho penal Parte general*, pág. 704 y s.

²⁵⁰ JESCHECK, *Tratado de Derecho penal Parte general*, págs. 728 y ss.

²⁵¹ Ampliamente, en relación con las implicancias del principio de confianza, la prohibición de regreso y el principio de autorresponsabilidad en el ámbito de la participación en los delitos imprudentes, STRATENWERTH, *Derecho penal Parte general I, el hecho punible*, págs. 522 y ss.

Sorprendiendo con un giro inesperado, debido a su férrea defensa del modelo limitado de la accesoriedad, MIR PUIG entiende que el Código Penal español admite la participación en hechos imprudentes. Por un lado, sería posible la participación imprudente en un hecho imprudente: por ejemplo, el acompañante induce al conductor a conducir a una velocidad temeraria, lo que produce un accidente. Advierte el profesor español que el sentido empleado de “participación imprudente” significa sólo que el partícipe (en el ejemplo el inductor) actúa imprudentemente respecto al resultado típico principal, pero no respecto a su acción de participación, que en todo caso debe ser querida —no se admite la “participación por imprudencia”—. Por otro lado, también sería posible la participación dolosa en un hecho imprudente (el partícipe quiere el hecho principal y el autor no), la cual no sería punible como tal (solo habilita el castigo la participación dolosa), pero cabría acudir a la autoría mediata si la falta de dolo en el autor se debe a engaño del hombre de atrás o aprovechamiento de un error de aquel.²⁵² Sin embargo, si respondiéramos positivamente a la pregunta sobre la posibilidad de distinguir entre autoría y participación en los casos en que el actuar imprudente de varias personas confluye en el mismo resultado, la instigación imprudente y la complicidad imprudente tendrían que quedar impunes puesto que la ley sólo conmina penalmente la participación dolosa.

El concepto unitario de autor en los delitos imprudentes es cuestionado por la doctrina moderna,²⁵³ argumentando que si la punibilidad de un coautor no depende del dolo de otro, también la intervención dolosa en un hecho ajeno debería ser punible independientemente de si el autor mismo ha actuado dolosamente. La decisión contraria de la ley confunde —de modo similar al rechazo tradicional de la coautoría imprudente— el dolo respecto de la realización de un tipo determinado con la voluntad de actuar del autor que es suficiente para una subordinación, y conduce

²⁵² MIR PUIG, *Derecho Penal Parte general*, pág. 426.

²⁵³ Críticamente, frente a la decisión del legislador alemán de exigir un hecho principal doloso, FRISTER, quien opina que esta decisión legal debe ser respetada pero materialmente no puede convencer, *Derecho penal Parte general*, pág. 544. Por su parte JESCHECK, piensa que en la imprudencia consciente sería imaginable una clasificación que se correspondería con la del delito doloso, pues al menos los implicados se representan aquí la realización del tipo como posible consecuencia de su hacer. De cualquier modo, tal construcción no sería posible conforme la exigencia positiva [en el Derecho alemán] de un hecho principal doloso, *Tratado de Derecho penal Parte general*, pág. 704. En la misma línea, STRATENWERTH entiende que también en la imprudencia, al igual que en el delito doloso, es concebible la conducta concurrente de otras personas *Derecho penal Parte general I, el hecho punible*, pág. 522.

sobre todo en los delitos especiales, en los cuales el *extraneus* no puede ser penado como autor, a lagunas de punibilidad injustificadas.²⁵⁴ En este sentido, la doctrina viene pronunciándose cada vez de manera más intensa (solamente por nombrar algunos autores; ROBLES,²⁵⁵ FRISTER,²⁵⁶ etc.), tanto desde el punto de vista político-criminal, como dogmático en el sentido de que lo adecuado sería exigir para la participación sólo un hecho principal antijurídico y objetivamente típico.

En suma, conforme las reglas explicadas, la eventual intervención imprudente en un delito doloso es tratada por la doctrina —y expresamente por algunos códigos penales como el alemán— como una autoría imprudente. Por ejemplo, si el poseedor de un arma de fuego la guarda de manera descuidada y otro la usa para cometer un delito, responde por comisión imprudente del delito, tratándose, en rigor, de una participación imprudente en el delito doloso.²⁵⁷ El caso inverso, es decir, el de una eventual intervención dolosa en un hecho imprudente, es resuelto generalmente como una autoría mediata del hombre de atrás que actúa dolosamente. Como advierte JAKOBS, esta solución es acertada mientras el hombre de atrás sea competente por la carencia de conocimientos de quien ejecuta. De no ser así, especialmente tratándose de una falta de conocimientos por parte de quien lleva a cabo la ejecución basada en desinterés, sería preferible la solución a través de la participación.²⁵⁸ Ello en tanto, en esta segunda hipótesis el agente no doloso es competente en parte por el hecho, siendo incorrecto, hacer caer exclusivamente en el hombre de atrás la responsabilidad a título de autor.

iii. Combinaciones de dolo e imprudencia: participación en delitos preterintencionales.

Si bien el StGB contiene en el § 11 II una regla que considera específicamente la comisión de un delito cuyo tipo legal requiera dolo respecto de la acción e imprudencia respecto de una consecuencia especial causada por ella, esta hipótesis también es contemplada (aunque en tipos específicos) por el ordenamiento positivo

²⁵⁴ FRISTER, *Derecho penal Parte general*, pág. 544.

²⁵⁵ ROBLES PLANAS, en *La responsabilidad en los "delitos especiales"*, pág. 357.

²⁵⁶ «Mediante una regulación tal los límites del tipo quedarían de todos modos preservados», FRISTER, *Derecho penal Parte general*, pág. 544.

²⁵⁷ El ejemplo pertenece a JAKOBS, *La imputación objetiva en Derecho penal*, pág. 94.

²⁵⁸ JAKOBS, *La imputación objetiva en Derecho penal*, pág. 95.

argentino, por ejemplo, en los casos de aborto u homicidio preterintencional. En estos delitos calificados por el resultado, según la doctrina mayoritaria sería posible la participación, la cual consiste, constructivamente, de una participación en la parte dolosa y una autoría propia respecto de la parte imprudente. Por consiguiente, ella presupone que el partícipe instiga a la parte dolosamente realizada del hecho principal o bien presta ayuda a ella y, respecto de la parte a realizarse por imprudencia, actúa él mismo imprudentemente.²⁵⁹ Esta combinación entre participación dolosa y autoría imprudente es criticada, en parte, como figura dogmática híbrida. Sin embargo, ella no es más que un bucle generado por diferenciación en el marco del criterio específico de autoría unitaria que se exige en relación con los delitos imprudentes; admitida la participación en los delitos imprudentes, tal figura mixta dejaría de ser necesaria.

iv. Reflexiones críticas

El concepto unitario de autor pareciera ser la única alternativa en los ordenamientos jurídicos que exigen un hecho principal doloso para poder distinguir entre autores y cómplices. En los códigos que expresamente no tipifican la dolosidad del hecho principal del autor (como el argentino o el español) aquel obstáculo de derecho positivo no existe y es necesario proceder a una distinción similar a la que existe en relación con los delitos dolosos en el plano de la participación. Ello en tanto, es imprescindible distinguir antes del momento de medición de la pena a quienes materialmente son “cómplices”, realizando, un aporte al proyecto imprudente de menor magnitud. Dicho en pocas palabras, el hecho de que un autor actúe con dolo o imprudencia no cancela la necesidad de discriminar el peso social del aporte de cada interviniente; por lo tanto, aquello no debería alterar en nada la calidad del rol de cada interviniente.

Por otro lado, también debe pensarse que el procedimiento de convertir en autor mediato a todo partícipe que interviene en un hecho no doloso, teniendo él mismo conciencia de todas las circunstancias, es con razón criticado. Como ya pusimos de relieve al desarrollar los supuestos de utilización de un instrumento

²⁵⁹ FRISTER, *Derecho penal Parte general*, págs. 608 y s.

cualificado no doloso en los delitos especiales, debería reconocerse la posibilidad de participar en un hecho no doloso, si no quieren admitirse lagunas de punibilidad de aceptación sistemáticamente forzosa. En suma, el ilícito del partícipe no debe construirse de manera accesoria en relación con los elementos subjetivos. El dolo es personal de cada uno de los intervinientes en el hecho.²⁶⁰ En el capítulo anterior vimos que los intervinientes responden por ser competentes por el resultado lesivo, sea porque han llevado a cabo el comportamiento que entraña un riesgo no permitido, sea porque concurre un comportamiento en la fase de preparación que constituye la razón para imputarles el comportamiento ejecutivo; bien, este enfoque tiene asimismo una proyección en relación con los problemas que se perfilan en el plano subjetivo del tipo de la participación y, por tanto, la accesoriadad no tendrá que ver con una colaboración conocida y deseada, sino con la competencia que objetivamente haya en común respecto de las condiciones del resultado lesivo.

**d. Problemas de la accesoriadad en el ámbito de la antijuridicidad:
¿Participación punible en hechos justificados?**

Las causas de justificación son los motivos jurídicos bien fundados para ejecutar un comportamiento en sí prohibido. A diferencia de lo que ocurre en el comportamiento atípico, en el justificado se trata de un comportamiento socialmente no anómalo, sino aceptado como socialmente soportable sólo en consideración a su contexto, o sea, a la situación de justificación.²⁶¹ Como es sabido, una de las consecuencias sistemáticas más importantes en el ámbito de la justificación es que su cualidad de comportamiento autorizado por el Derecho determina que tenga un efecto general, por lo que no alcanzan sólo al autor, sino que además benefician a inductores y cómplices.²⁶² Se sostiene así que las causas de justificación son generales (objetivas), lo que las distingue de las causas de inculpabilidad que son individuales (subjetivas). Esta característica de la justificación, es decir, que sus efectos se

²⁶⁰ JAKOBS, *Derecho penal Parte general, Fundamentos y teoría de la imputación*, 23/16.

²⁶¹ JAKOBS, *Derecho penal Parte general, Fundamentos y teoría de la imputación*, 11/1.

²⁶² Asimismo, la doctrina dominante entiende que la exclusión de la responsabilidad penal en el ámbito de la justificación excluye no sólo la pena, sino toda consecuencia jurídica (medidas de seguridad o responsabilidad civil). Por otra parte, las causas de justificación imponen deberes de tolerancia en la víctima de la intervención; por ejemplo, el ladrón no podría defenderse legítimamente frente al policía que lo priva de libertad en cumplimiento de su deber.

extienden a todos los protagonistas que hayan participado en la comisión del hecho, es consecuencia del principio de accesoriedad sostenido mayoritariamente por la doctrina.²⁶³ La imposibilidad de castigar a quien participa de una conducta justificada es el anverso del modelo limitado de la accesoriedad, en el cual se exige como mínimo, pero también como máximo un hecho típico y antijurídico. Como veremos a continuación, existen constelaciones de casos que no pueden ser reducidos sin problemas a este esquema explicativo.

i. Hecho principal cometido bajo error sobre el tipo permisivo.

Si bien es cierto que ya es bastante infrecuente que un autor desconozca los presupuestos objetivos de una causa de justificación, para que además se le sume un cómplice que sí reconozca la verdadera situación y no le advierta de esto al autor,²⁶⁴ no es menos cierto que estos casos generan fisuras en la argumentación de los defensores de la accesoriedad limitada. Aquí nos encontramos frente a un supuesto en el cual el partícipe instiga o colabora con un sujeto que en error se cree amparado por una causa de justificación; FRISTER, construye el ejemplo de un periodista que consigue documentación sujeta al deber médico de guardar secreto, simulando ante el médico, con éxito, que hay un consentimiento del legitimado.²⁶⁵ No existe aquí un verdadero consentimiento del legitimado; el error del médico excluye su dolo en relación con la entrega de documentación, pudiendo existir un eventual remanente por imprudencia. Frente a este caso parecerá, en efecto, poco razonable que el instar al médico a entregar los documentos no sea punible como instigación a la violación de secretos privados por su error de tipo permisivo. Esto vale tanto más cuando, en un caso de esa índole, no es aplicable una punibilidad por autoría mediata en razón de que falta el elemento de autor. De este modo, la discusión que se impone en el ámbito de la accesoriedad es si un hecho cometido bajo error sobre el tipo permisivo puede ser considerado un hecho antijurídico y doloso.

²⁶³ Cfr. STRATENWERTH, *Derecho penal Parte general I, el hecho punible*, pág. 416; JESCHECK, *Tratado de Derecho penal Parte general*, pág. 597; JAKOBS, *Derecho penal Parte general, Fundamentos y teoría de la imputación*, pág. 799; BACIGALUPO, *Derecho penal Parte general*, pág. 521.

²⁶⁴ SANCINETTI "Exigencias mínimas de la dogmática del hecho punible en la parte general de los códigos penales", *Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia penal*, pág. 118.

²⁶⁵ FRISTER, *Derecho penal Parte general*, págs. 608 y s.

La respuesta a esta pregunta depende decisivamente de cómo se juzguen los efectos de un error de tipo permisivo sobre la acción del propio autor:

«Según la teoría estricta de la culpabilidad, que concibe el error de tipo permisivo sólo como un subcaso de error de prohibición, por un error tal se excluye, a lo sumo, a la culpabilidad del autor, de modo que, en todo caso, sería posible una participación en el hecho en cuestión. Lo mismo rige, en las consecuencias, según la teoría de la culpabilidad que se remite a las consecuencias jurídicas, [...] por medio de ese error considera excluida solamente la culpabilidad dolosa. Esta teoría tiene el sentido [...] de posibilitar la participación en un hecho cometido con error sobre el tipo permisivo. En cambio, sobre la base de la teoría de la culpabilidad limitada, que con razón es la dominante, la participación en un hecho cometido por error de tipo permisivo, actúa, por cierto, dolosamente, pero su dolo no es antijurídico, de modo que no comete un ilícito doloso. Por consiguiente, su hecho no es un hecho antijurídico cometido dolosamente»,²⁶⁶

Para los partidarios de la teoría estricta de la culpabilidad, todos los problemas que tengan que ver con la relación subjetiva del autor con el injusto, son problemas que se resolverán en el plano de la culpabilidad. Por lo tanto, también lo será el caso de error de tipo permisivo, el cual afectará la culpabilidad del autor pero dejará intacto el dolo. Por lo tanto, los partícipes serán punibles. Aquí se sitúan los autores finalistas. Según la teoría de la culpabilidad que se remite a las consecuencias jurídicas, este es un caso de dolo, pero se le aplica la pena del delito imprudente, pudiendo los eventualmente responder. Ahora bien, para la teoría de la culpabilidad limitada, los casos de justificación putativa, aunque no son casos de error de tipo (siguen siendo un problema de culpabilidad), se tratan análogamente y, por lo tanto, decae el dolo, quedando la posibilidad de responder por imprudencia. No existiendo responsabilidad de los partícipes por imprudencia; entonces impunidad. Esta misma solución se alcanza a partir de la teoría de los elementos negativos del tipo, según la cual el dolo abarcaría no sólo el conocimiento de que se entregan documentos sujetos al deber médico de guardar secreto, sino también saber que no está justificado. Por su parte, la teoría estricta del dolo postula que los partícipes deberían ser punibles, en tanto la participación sólo requeriría una voluntad mínima de movimiento.

²⁶⁶ FRISTER, *Derecho penal Parte general*, págs. 608 y ss.

ii. Dos casos de destrucción masiva.

Como veremos a continuación, adscribir en el ámbito de la accesoriedad a un injusto objetivo resolvería satisfactoriamente los casos problemáticos en relación con el tipo subjetivo de la justificación: en el caso anterior, no habría problemas para castigar al instigador que determinó al médico a entregar los documentos sujetos al secreto profesional, en tanto no existiría un hecho justificado —objetivamente— que lo pudiera beneficiar. Ahora bien, existen casos en los cuales incluso habiéndose configurado objetivamente el tipo de la justificación, este no abarcaría a todos los intervinientes, operando de manera independiente para autor y partícipe. Para entender esto, estudiemos los siguientes dos casos:

(1) «Un tercero le alcanza un cuchillo a quien se defiende de un agresor, aun cuando habría bastado también con alcanzarle un palo (que se hallaba a disposición de quien presta la ayuda)»²⁶⁷

(2) «Durante la ocupación nazi un grupo de noruegos colaboracionistas denuncian a compatriotas suyos por haber llevado a cabo actos de resistencia en contra de los ocupantes. Los ocupantes alemanes detienen, juzgan y ejecutan a los autores de tales actos». ²⁶⁸

En el primer caso, el tercero auxiliador participa de una defensa que si bien es conforme a derecho para el ejecutor, es antijurídica para el cómplice. En este ejemplo, se trata de no desgravar al partícipe por el hecho de que la acción del autor esté objetivamente justificada y aquel mismo lo sepa. Aquí, tanto el paradigma de la accesoriedad limitada como el de la tradicional teoría de la justificación se ven en una situación delicada, en tanto, pareciera que en algunos casos la antijuridicidad no depende tanto del contexto, sino de la específica situación en la que se encuentra el interviniente en relación con la norma que lo vincula.

En relación con el segundo ejemplo sucede algo similar. En el relato presentado ante el Congreso de Derecho Penal Internacional celebrado en Atenas en

²⁶⁷ Este ejemplo es construido por JAKOBS, nota 5 12/60, citado por SANCINETTI en “Exigencias mínimas de la dogmática del hecho punible en la parte general de los códigos penales”, *Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia penal*.

²⁶⁸ Ejemplo analizado en *L'orientation moderne des notions d'auteur de l'infraction et de participation a l'infraction*, “Revue Internationale de Droit Pénal”, 1956, pág. 168, citado por, LÓPEZ PEREGRIN, *La complicidad en el delito*, pág. 77.

1956 se explicó que al revisar el caso de los noruegos colaboracionistas en los juicios de posguerra, se concluyó que los nazis habían actuado *lícitamente* por cuanto habían ejercido el poder público vigente y en cumplimiento de los bandos militares que los autorizaban a reprimir actos de rebelión, pero que esa justificación no alcanzaba a los noruegos para quienes no era lícito ayudar al enemigo a reprimir la resistencia de sus conciudadanos. Por lo tanto, además de responder por el delito de traición, debían también ser juzgados por esas muertes, pues la justificación del hecho para los alemanes no se extendía a ellos.

«Contexto» es un término que deriva del vocablo latino *contextus* y que se refiere a todo aquello que rodea, ya sea física o simbólicamente a un acontecimiento. A partir del contexto, por lo tanto, se puede interpretar si un hecho se encuentra justificado. Ahora, no debe perderse de vista que, en el marco de un injusto personal, las circunstancias que atraviesan a uno de los agentes en particular tienen incidencia sobre la solución del caso, puesto que, partiendo de las diferentes normas que atraviesan a los intervinientes [N o η] aquello que para unos es correcto, para otros puede no serlo.²⁶⁹

iii. Participación en casos de agente provocador.

Aquí estamos frente a sujetos que inducen a otro, en un procedimiento semireglado, con el objeto de hacerlo incurrir en tentativa, ya que su objetivo es que la consumación sea impedida en el marco de una actuación judicial. En este caso, se perfila una situación inversa a las explicadas en el punto anterior, en tanto ahora el partícipe sabe que participa en un hecho que cumple todos los requisitos de un ilícito penal, pero aún así, *debería quedar impune*.²⁷⁰ Aquí también hay problemas, pues el

²⁶⁹ Estos problemas, aunque de una manera más rudimentaria, también se ponen en relieve en los casos en los cuales se coacciona a un sujeto hasta el punto en que se lo determina a actuar de manera justificada: A amenaza con matar a B si no viola en su presencia a C, cosa que B hace; B actúa en un estado de necesidad justificante. En este ejemplo planteado por MIR PUIG, la instigación al hombre de atrás es imposible porque el coaccionado actúa justificadamente, siendo además inviable una autoría mediata debido a que el instigador no ostenta la especial calidad exigida por el tipo penal (si se acepta que la violación es un delito de propia mano). MIR PUIG, *Derecho Penal Parte general*, págs. 425 y ss.

²⁷⁰ Para JAKOBS en estos casos, la participación del Estado, en lo que se refiere a hechos intentados o consumados para combatir la criminalidad de determinados ámbitos (tráfico de drogas), no es penalmente típica, pero sí impropia de un Estado de Derecho. La solución es muy controvertida; la jurisprudencia aprecia –expresado grosso modo– que la inducción a la tentación sólo hay que tenerla en cuenta en la punición del que ha caído en ella cuando el agente provocador no sólo activó una disposición existente al hecho, sino que además tuvo que superar

agente provocador participa de un hecho típico y antijurídico pero que sabe de la imposibilidad de que el objeto del hecho resulte afectado. La conducta del *agent provocateur*, puede aparecer como ilícito merecedor de pena no sólo desde el punto de vista de la teoría de la participación en la culpabilidad, sino también desde el de la teoría de la participación en el ilícito, en tanto la tentativa misma contenga un ilícito penalmente relevante.²⁷¹ Sin embargo, esta solución aparece como contraintuitiva.

Explica FRISTER, que del fundamento punitivo de la participación se deriva que no sería correcto reprimir al *agent provocateur*. Dado que el ilícito objetivo de la participación resulta de la lesión o puesta en peligro del bien jurídico protegido por el tipo respectivo, es ineludible, para su lado subjetivo, el dolo de una lesión o puesta en peligro de esa índole. Por ello, el partícipe, para una punibilidad por instigación o complicidad en una tentativa, tiene que haber tenido un dolo dirigido a la consumación del hecho, de modo que el agente provocador no es punible por instigación a la tentativa.²⁷² Otra sector de la doctrina, aprecia que estos supuestos estarían amparados por un estado de necesidad,²⁷³ o serían atípicos cuando hay consentimiento.

iv. Consideraciones críticas: un resto indivisible.

En esta rápida escala en el ámbito de la justificación hemos visto que no sólo es posible concebir una participación impune —sin error— en un hecho antijurídico (caso del agente provocador), sino también pensar en una participación punible en un hecho justificado (casos del tercero auxiliador que se excede en la ayuda y de los colaboracionistas noruegos). Frente a estas hipótesis la doctrina ha reaccionado de manera diversa. Por un lado, la mayoría de los autores no se ha preocupado por cuestionar el instrumental teórico que subyace a las soluciones insatisfactorias ya

una considerable resistencia. Algunos autores se pronuncian a favor de considerarlo un obstáculo procesal (BRUNS, TASCHKE), otros a favor de considerarlo causa personal de exclusión de la pena (SEELMANN) o exención de la pena por tratarse de una víctima especial (PUPPE). Finalmente, LÜDERSEN entiende que es una prueba prohibida; *Derecho penal Parte general, Fundamentos y teoría de la imputación*, 23/19, nota 19.

²⁷¹ STRATENWERTH, *Derecho penal Parte general I, el hecho punible*, págs. 424 y s.

²⁷² FRISTER, *Derecho penal Parte general*, pág. 645.

²⁷³ Esta parece ser la solución adoptada por el Derecho argentino; la ley que reprime el tráfico de estupefacientes prevé la utilización de agentes encubiertos, cuya impunidad requiere que se trate de comportamientos que se adecúen al Derecho vigente (art. 31 bis, Ley 23.737), entren en consideración bienes jurídicos fundamentales, y no existan alternativas para interrumpir una serie de hechos punibles o hacer cesar un delito continuado.

apuntadas; por otro lado, es posible hallar recientemente lo que se denomina un regreso a un injusto objetivo, donde el aspecto subjetivo se reubica como algo propio de cada agente.²⁷⁴ Este último punto de vista, si bien permite el mantenimiento de los conceptos y estructuras tradicionales (sería una accesoriedad «semilimitada», restringida únicamente a un injusto objetivo) no consigue explicar los casos en los cuales el tipo objetivo de la justificación a pesar de que opera en relación con el autor no sería justo extenderlo al partícipe. JAKOBS quiere explicar estos casos postulando que «la valoración de la obra en común puede tener lugar con carácter relativo».²⁷⁵ Pero, como bien replica SANCINETTI, una dependencia que es relativa a la situación de cada participante, deja de ser dependencia; es autonomía, lo que sería un argumento —según este autor— a favor de la tesis de que el ilícito de cada participante es un asunto propio.²⁷⁶

La construcción de un injusto plenamente objetivo como nexo que permite poner en relación a la conducta de intervención con el hecho principal, afirmando así que basta con que el injusto esté objetivamente justificado para hacer decaer la punibilidad de la participación,²⁷⁷ es evidentemente superadora de la concepción tradicional, principalmente para los casos que plantean problemas para el aspecto subjetivo del tipo permisivo. Sin embargo, no alcanza para resolver los casos del exceso del partícipe en la legítima defensa o el de los colaboracionistas noruegos en donde lo que ya no le es común al partícipe es el aspecto objetivo de la justificación. Entonces, la pregunta obligada que debemos hacernos es si el hecho principal puede ser un ilícito para el autor y no para el partícipe o, a la inversa, serlo para el partícipe y no para el autor. Un análisis estricto de los problemas planteados en este punto del trabajo nos puede conducir a una única respuesta: en la operación propia de la justificación existe —eventualmente— un resto indivisible que le pertenece a cada interviniente.

²⁷⁴ JAKOBS, *Derecho penal Parte general, Fundamentos y teoría de la imputación*, 23/16 y ss.; ROBLES PLANAS, *La responsabilidad en los “delitos especiales”*, pág. 356.

²⁷⁵ JAKOBS, nota 5 12/60, citado por SANCINETTI en “Exigencias mínimas de la dogmática del hecho punible en la parte general de los códigos penales”, *Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia penal*.

²⁷⁶ Para SANCINETTI, casos como el de quien antijurídicamente presta un auxilio en un hecho justificado es un argumento a favor de la innecesariedad de exigir un comienzo de ejecución del hecho principal para recién luego poder hablar de participación. «¿Qué sentido tendría que el acto de complicidad antijurídico sólo sea punible bajo la ejecución del hecho principal, si el hecho principal está justificado», *Teoría del delito y disvalor de acción*, págs. 759 y ss.

²⁷⁷ ROBLES PLANAS, *La responsabilidad en los “delitos especiales”*, pág. 357.

Conceptualmente, la justificación describe dos nociones relacionadas, aunque diferentes, la de «asociar» y la de «repartir». De manera formal, la justificación es una operación binaria para dos (o más) intervinientes que asocia el contexto de juridicidad en el que actúa el autor al del resto de los intervinientes —efecto extensivo de la justificación—. Para un partícipe impune, la función J/a [Justificación / antijuridicidad] será igual a 1. Esto significa que hay un único hecho autorizado, es decir, la justificación cancelará totalmente la antijuridicidad de todos los agentes que intervienen en el mismo contexto (quedando sólo un hecho típico y justificado para todos). Aquí, en una asociación perfecta, encontraremos la respuesta a la gran mayoría de los casos. Sin embargo, también puede suceder que exista en la función J/a un resto de antijuridicidad no cancelado para alguno de los intervinientes [mayor a cero]. En estos casos, ese resto es indivisible por J y deberá imputársele al agente según la propia configuración de su conducta (en nuestros ejemplos, por no proporcionar el medio menos lesivo o por colaborar con el enemigo).

Dicho en pocas palabras: lo usual será que la función de la justificación sea igual a uno, no existiendo remanente de responsabilidad para ninguno de los intervinientes que actúan en un mismo contexto de autorización; no obstante ello, también, en algunos casos puede existir un resto que no sea cancelado para el colectivo por la función de J , el cual, deberá ser asumido por uno de los intervinientes. «Asociar» el comportamiento típico del partícipe a la conducta justificada del autor es la primer y más frecuente función de la ecuación que hemos planteado; pero ello no quita que también exista una segunda función, esta es la de «repartir» y atribuir al agente competente un eventual resto de responsabilidad.

1. Justificación total:	$J/a = 1$
2. Justificación parcial:	$J/a = n$

Con la adscripción a esta operación decimos más de lo que podría suponerse en una primera lectura. En el supuesto 1. estamos frente a una operación exacta, donde J abarca completamente a , mientras que en el supuesto 2. la operación es

inexacta: J es menor que a , por lo que subsiste un resto del hecho $[n]$ no cancelado. Lo que comprueba esta función dogmática es lo siguiente: en cualquier supuesto, ya sea de justificación plena o parcial, de lo único que estamos seguros es de que todos los intervinientes en el hecho comparten la inmutabilidad del valor que se encuentra subyacente a la operación J/a , es decir, la tipicidad (objetiva) del hecho. El error de la doctrina dominante ha sido, en primer lugar no distinguir las funciones «asociativas» y «distributivas» de la justificación en contextos de pluralidad de intervinientes; y en segundo lugar, no reconocer las propiedades internas no conmutativas de la operación existente entre justificación y antijuridicidad: no pueden invertirse los valores directamente en todos los casos: $J/a = a/J$ sólo será válido en el supuesto 1 (el más frecuente). Mientras que para los casos de justificación parcial (el menos frecuente) $J/a \neq a/J$ en tanto, la justificación no comprende exactamente el valor de la antijuridicidad de todos los intervinientes, quedando pendiente la imputación de un resto de responsabilidad.

Anticipando mi postura personal en relación con el aspecto interno de la accesoriadad, entiendo que el camino trazado hacia un injusto objetivo proporciona las coordenadas correctas en orden a la solución de los casos problemáticos planteados; sin embargo, también creo que todavía a esta tesis le falta ir un poco más allá. Los ejemplos precedentes demuestran que la justificación al igual que la exculpación es individual y, por tanto, lo único que comparten los partícipes como nexo que los integra al hecho colectivo es el aspecto objetivo del tipo. Quienes son partidarios de enfoques cercanos al que se propone en este trabajo, como el penalista español BOLDOVA PASAMAR,²⁷⁸ no admiten que la justificación del hecho principal se extienda a los partícipes de manera automática. Ellos estarán justificados en tanto también hayan actuado en la misma situación que el autor.²⁷⁹

e. Problemas de la accesoriadad en el plano de la culpabilidad: Una fuga hacia la accesoriadad máxima.

²⁷⁸ BOLDOVA PASAMAR, *La comunicabilidad de las circunstancias y la participación delictiva*, pág. 164.

²⁷⁹ No obstante ello, este autor parece limitar su propuesta a aquellos casos en los cuales el partícipe obra en error cuando ayuda al que actúa en legítima defensa o en estado de necesidad justificante desconociendo esa situación en la que se encuentra el autor, o ayudando con fines diferentes, incompatibles con esa actuación lícita.

El comportamiento justificado se distingue del antijurídico, pero no culpable, en que aquel no muestra falta de motivación jurídica dominante; el comportamiento antijurídico pero no culpable, sí muestra tal falta, pero el autor no es responsable de ella (de lo contrario, el comportamiento sería culpable).²⁸⁰ Conforme el criterio tradicional que distingue a ambas categorías, se sostiene que las causas de justificación son generales y objetivas mientras que las causas de inculpabilidad que son individuales y subjetivas.²⁸¹ La teoría dominante deduce de aquí que las causas de inculpabilidad, que son partes del concepto de culpabilidad, sólo tienen incidencia en la responsabilidad individual de cada partícipe; la inducción o la complicidad en un hecho principal cometido por el autor en una situación de necesidad en la que colisionan intereses de igual jerarquía, por ejemplo, sería punible, a pesar de la no punibilidad del autor por hallarse excluída su culpabilidad. Lo mismo sucedería frente a una eventual incapacidad de culpabilidad o un error de prohibición inevitable (en relación con este último y sus posibilidades, ver *supra*). Igualmente, en casos en los cuales sea el interviniente quien generó o aprovechó la situación de inculpabilidad en la que se encontraba el autor, se podrá recurrir a la autoría mediata.

Esta es a grandes rasgos, la concepción de la participación en el ámbito de la culpabilidad según el modelo de la accesoriedad limitada. Ahora bien, frente a este esquema, surgen nuevamente dudas, en supuestos en los que parecería contraintuitivo castigar a quien participa en un hecho exculpado, a pesar de que, sistemáticamente, el hecho típico y antijurídico habilitaría a ello. La mayoría de los autores sostienen que la circunstancia de que al autor, como afectado personal, no le sea exigible decidirse en contra de la preservación de sus propios intereses existenciales, no se contrapone a la punición de quien toma parte en el hecho, si él mismo no está afectado de esa forma.²⁸² Supongamos, por ejemplo, que un padre es compelido, por el secuestro de su hijo, a matar a un hombre; los ajenos a esa situación, que le aconsejen proceder conforme a la situación coactiva y cometer el hecho, serían punibles por instigación al homicidio o por complicidad psíquica.

²⁸⁰ JAKOBS, *Derecho penal Parte general, Fundamentos y teoría de la imputación*, 11/1 y ss.

²⁸¹ Cfr. STRATENWERTH, *Derecho penal Parte general I, el hecho punible*, pág. 416; JESCHECK, *Tratado de Derecho penal Parte general*, pág. 597; JAKOBS, *Derecho penal Parte general, Fundamentos y teoría de la imputación*, 22/10 y ss.; BACIGALUPO, *Derecho penal Parte general*, pág. 521.

²⁸² FRISTER, *Derecho penal Parte general*, págs. 608 y s.

Sin embargo, otra parte de la doctrina entiende que constituye una excepción al principio de accesoriadad limitada, el estado de necesidad disculpante, pues cuando decae la culpabilidad del autor que interviene en un conflicto de bienes de igual jerarquía, procedería excluir la culpabilidad del partícipe que le prestó colaboración. De este modo, se podría pensar que en los casos en que existe un conflicto de bienes de jerarquía similar y no se justifica el sacrificio de ninguno de los bienes involucrados, deberíamos fugarnos hacia un modelo estricto de la accesoriadad. Estos vestigios de accesoriadad máxima impondrían aplicar al estado de necesidad disculpante las reglas y principios del estado de necesidad justificante, sea que el bien jurídico amenazado pertenezca a una misma persona o a un tercero.

En la misma línea, desde la teoría de la responsabilidad por el hecho se postula que las causas de inculpabilidad son ajenas al concepto de culpabilidad y que la participación en los casos en que se excluye la responsabilidad por el hecho no debería ser punible. No obstante ello, se entiende que las causas que excluyen la responsabilidad por el hecho no tienen una extensión uniforme respecto de los partícipes. En consecuencia, sólo el estado de necesidad (no justificante) se extendería también a ellos, siempre y cuando la acción del partícipe revele un grado de solidaridad socialmente comprensible con respecto al autor. Este grado de solidaridad sólo se apreciaría cuando los bienes jurídicos afectados del tercero no sean fundamentales.²⁸³

En suma, en el ámbito de la culpabilidad también el aspecto interno de la accesoriadad sostenido como dogma por la doctrina dominante es inconsistente; no permite arribar a conclusiones justas, debiendo, en casos de intervención en hechos exculpados, realizar distinciones forzadas que, o significan criterios *ad-hoc* tales como el propuesto por la teoría de la responsabilidad por el hecho, en relación con la determinación del grado de solidaridad del interviniente para con el hecho del autor, o bien, se traducen en una discreta fuga hacia el modelo de la accesoriadad máxima. Los problemas que plantean los supuestos de pluralidad de intervinientes en hechos exculpados, no hacen más que dejarnos frente a un trastorno esquizoide de la

²⁸³ «En este sentido, el estado de necesidad debe experimentar una considerable limitación respecto de los bienes jurídicos. Por lo tanto, el estado de necesidad excluyente de la responsabilidad por el hecho sólo deberá extenderse a los casos en que el bien jurídico de un tercero afectado por el mismo no sea ni la vida, ni el cuerpo, ni la libertad», BACIGALUPO, *Derecho penal Parte general*, pág. 522.

accesoriedad, donde el ilícito vuelve a caracterizarse por sus frecuentes alteraciones y disfunciones sistemáticas en orden a la resolución de los casos difíciles.

f. *Excursus*: repercusiones del modelo de la accesoriedad en cuestiones procesales.

Para la doctrina dominante, la necesaria vinculación del partícipe al hecho del autor también repercute en el sistema procesal penal. Básicamente, lo que se dice aquí es que las conductas de los intervinientes tampoco son escindibles en el proceso, las cuales siguen siempre la suerte del hecho principal. Se argumenta en este sentido, que —por ejemplo— si el imputado fue sorprendido en flagrancia y debido a ello no procedía la prisión preventiva, por lo cual en definitiva se implementó la instrucción sumaria, la misma también alcanza a todo aquel que haya participado en el hecho en sentido estricto.²⁸⁴ Otro de sus correlatos procesales sería el llamado efecto extensivo que los códigos procesales modernos le acuerdan a la actividad impugnativa.

Sin embargo, esta dependencia del hecho del partícipe al hecho del autor en el ámbito procesal tolera otros análisis. Primero, es posible pensar que la relación entre las estructuras del Derecho penal sustancial y el Derecho procesal penal no son reductibles a una dependencia directa del partícipe al hecho del autor. Por ejemplo, en relación con la procedencia o no de la prisión preventiva, como es sabido, esta medida depende de diversos factores que exceden el hecho al cual se refieren originalmente. Es decir, la eventual declaración de reincidencia, una posible unificación de penas o la existente modalidad de ejecución domiciliaria de la que gozaba el imputado al momento de cometer un nuevo hecho delictivo —entre otras circunstancias— pueden determinar que la prisión preventiva corresponda para un partícipe y no para el autor.²⁸⁵

Asimismo, los tribunales argentinos han sostenido que no es una exigencia legal la prioridad del juzgamiento del autor principal del hecho, por lo que nada impide la condena del partícipe cuando el autor u otros intervinientes en el delito

²⁸⁴ Cámara Nacional Federal Criminal y Correccional, 23/4/98, “Doctrina Judicial”, citado por FIERRO, *Teoría de la participación criminal*, págs. 544 y ss.

²⁸⁵ FIERRO, *Teoría de la participación criminal*, págs. 544 y ss.

estén prófugos.²⁸⁶ Esta decisión jurisprudencial no hace más que demostrar, lo que ya pusiéramos en relieve en las conclusiones del primer y segundo capítulo cuando referimos que el partícipe no interviene en un hecho ajeno (el del autor), sino en un hecho colectivo que en parte le pertenece. En esta línea se pronuncia —casi intuitivamente— la jurisprudencia en precedentes de larga data, al afirmar que para apreciar la participación de un individuo en un delito es menester considerar las circunstancias del hecho llevado a cabo en su totalidad, pues la participación lo es en un delito y no en la acción de otro.²⁸⁷

Que el hecho es colectivo, y que el aporte doloso al hecho del autor, convierte al hecho principal en un hecho que puede imputarse también al partícipe como obra suya, transformándolo en la obra común de todos los intervinientes, se pone en relieve también en el ámbito de la responsabilidad civil. CLARIÁ OLMEDO entiende que «si en el proceso hay dos coimputados y uno de ellos es a su vez responsable indirecto con respecto al otro, aquél podrá ser introducido en el proceso en el doble carácter de imputado y civilmente demandado y se lo podrá condenar en este último carácter si hubiere sido sobreseído o se lo absolviera. Ambas situaciones juegan independientemente. No obstante, desaparecer para él la solidaridad propia de los coautores (aun en el caso del delito culposos), subsistirá su responsabilidad *in totum* por su vinculación con el autor del hecho».²⁸⁸ Que el comportamiento de intervención es el motivo por el que se le imputa al partícipe la ejecución del hecho principal como obra suya, y por tanto las consecuencias del mismo, no sólo se deriva de la dinámica correcta de los principios de legalidad, lesividad y autorresponsabilidad, sino que puede verse a su vez confirmada por la normativa propia del sistema de responsabilidad civil; ello a tal punto, que inclusive puede atribuírsele al partícipe el delito como obra común, al efecto de que proceda a la reparación integral del daño causado a la víctima.

4. ¿Una respuesta, varios injustos?

²⁸⁶ Cámara Penal de Rosario, Sala I, 2/10/69, “Juris,” 37-166, citado por FIERRO, *Teoría de la participación criminal*, págs. 544 y ss.

²⁸⁷ Corte Suprema de Tucumán, 18/9/45, “LL”, 42-481, citado por FIERRO, *Teoría de la participación criminal*, págs. 544 y ss.

²⁸⁸ CLARIÁ OLMEDO, *Tratado*, T. II, pág. 504.

Como fácilmente se podrá percibir, los problemas sistemáticos desarrollados en los puntos inmediatamente precedentes, ponen en duda tanto la autonomía sistemática como la capacidad de rendimiento del concepto de injusto típico, antijurídico y doloso que se propone en el ámbito interno de la accesoriedad de la participación. La distinción fundamental de la teoría del delito que tiene lugar entre injusto y culpabilidad, se encuentra en crisis²⁸⁹; una crisis que supera la anquilosada discusión relativa al tipo de modelo —mínimo, limitado, estricto, etc.—propuesto para la accesoriedad. En efecto, el concepto de injusto unitario postulado para todos los hechos que dan lugar a consecuencias penales también se encuentra cuestionado, y esto repercute tanto en el ámbito interno de la accesoriedad, como también, en otros niveles de la teoría del delito.

El concepto de injusto unitario es sostenido no sólo para extender la responsabilidad a los partícipes, sino asimismo, para todos los hechos que dan lugar a la imposición de consecuencias jurídico-penales, lo que garantizaría, por lo demás, la propia sistemática de la teoría del delito.²⁹⁰ Lo común, lo que comparten los agentes, en principio, es el injusto, mientras que lo diverso, lo individual, vendría dado por la culpabilidad. La existencia de un injusto no culpable, no sólo fundamenta en términos de la accesoriedad cualitativa el castigo del partícipe en el hecho, sino que además, tiene importancia para otros ámbitos de la teoría del delito. Por ejemplo, un injusto no culpable puede constituir una agresión ilegítima en el marco de la legítima defensa o, conllevar la imposición de una medida de seguridad si lo comete un sujeto peligroso. También como vimos en el punto anterior, el injusto culpable puede ya, tener repercusiones en el ámbito de la responsabilidad civil derivada del delito. Ahora bien, este injusto personal construido por la doctrina dominante con la receta welzeliana, entendido principalmente como dañosidad o lesividad social se encuentra bajo una profunda revisión en el marco de toda la teoría del delito.

²⁸⁹ Las consecuencias sistemáticas de la distinción entre justificación y exculpación se encuentran actualmente puestas en tela de juicio, sin embargo, para PALERMO, sí resultaría decisiva aquella distinción para la generación de deberes de tolerancia, según la situación de necesidad esté justificada o exculpada: en las situaciones justificadas, la víctima de la acción justificada debe si no tolerar, al menos no repeler la intervención del necesitado en su ámbito de organización (no puede reaccionar en legítima defensa o estado de necesidad defensivo). Mientras que si la situación es de exculpación, la víctima de la intervención no estaría obligada a tolerar ese comportamiento, pudiendo reaccionar justificadamente, "Deberes de tolerancia e indulgencia en situaciones de necesidad: las tesis del Prof. Silva Sanchez", en SÁNCHEZ-OSTIZ / ROBLES PLANAS (directores), *La crisis del Derecho penal contemporáneo*, págs. 125 y ss.

²⁹⁰ Cfr. SILVA SÁNCHEZ, ¿Adiós a un concepto unitario de injusto en la teoría del delito? *InDret*, pág. 1.

Observa SILVA SÁNCHEZ que aunque el concepto de injusto welzeliano es *bastante personal*²⁹¹, pues requiere la concurrencia, entre otros, de los elementos de conciencia, voluntad y dolo natural (esto es, de acción y tipicidad subjetiva), sin embargo, no es completamente personal, pues quedan fuera de él elementos que comúnmente se consideran presupuestos de la culpabilidad (o imputación plenamente personal).²⁹² De este modo, SILVA SÁNCHEZ da un giro inesperado y se pregunta sobre la posibilidad de decirle adiós a un concepto unitario de injusto en la teoría del delito. Para ello, analiza el caso de los agentes que actúan condicionados por una anomalía mental, las cuales, pueden provocar errores de muy diversa entidad: por ejemplo, los procesos causales —de un sujeto inimputable— que tienen origen en una acción realizada con dolo natural, los que tienen origen en una acción realizada en error invencible de tipo (un sujeto enajenado, víctima de una alucinación producida por su patología cree golpear a un animal, cuando resulta que se trata de un hombre) y los que surgen de un movimiento corporal en ausencia de acción (los movimientos de un enfermo epiléptico durante un ataque).²⁹³

En todos estos casos, a pesar de no existir un hecho típico, antijurídico y doloso, la mayoría de la doctrina no dudaría en aplicar una medida de seguridad si el error ha sido efectivamente condicionado por la enfermedad psíquica y, obviamente, concurre peligrosidad criminal. Entonces, ¿supone ello, la ruptura del concepto unitario de injusto? El catedrático español, responde a esta pregunta afirmativamente y concluye que en todos los casos —cuando concurren el resto de los requisitos exigidos por el ordenamiento jurídico—, deben imponerse medidas de seguridad, ya sea que lo excluido por la enfermedad mental sea la culpabilidad, como si es el dolo o incluso la acción.²⁹⁴ Nuevamente, el concepto de injusto que maneja la doctrina dominante no rinde en orden a explicar los casos difíciles, ahora frente a los diversos procesos causales que puede desencadenar la imposición de una medida de seguridad a un agente que padece una anomalía mental.

5. Apuntes finales: hacia un injusto plenamente objetivo.

²⁹¹ Cursiva del original.

²⁹² Cfr. SILVA SÁNCHEZ, ¿Adiós a un concepto unitario de injusto en la teoría del delito? *InDret*, pág. 3.

²⁹³ Cfr. SILVA SÁNCHEZ, ¿Adiós a un concepto unitario de injusto en la teoría del delito? *InDret*, pág. 13 y s.

²⁹⁴ Cfr. SILVA SÁNCHEZ, ¿Adiós a un concepto unitario de injusto en la teoría del delito? *InDret*, pág. 15.

En el final de esta investigación, hemos terminado de comprobar lo que ya diagnosticábamos en los primeros párrafos de este trabajo: existe una dificultad inherente a la teoría de la participación para jugar libremente con nuestra imaginación teórica en un contexto de firmes limitaciones dogmáticas, muchas de las cuales, son ya obsoletas. Este fue uno de los primeros obstáculos que intentamos analizar y superar, con mayor o menor éxito, al desmenuzar lateralmente las categorías conceptuales comúnmente utilizadas por la doxa académica mayoritaria.

Específicamente en este tercer capítulo, hemos advertido sobre la posibilidad de que exista participación punible en niveles sistemáticos anteriores al de la antijuridicidad. Por ello, ya no puede postularse que el concepto dominante de injusto, esto es, el del injusto personal welzeliano, constituya el denominador común de la accesoriedad interna de la participación. En todos los niveles de imputación que están situados de modo transversal a la sistemática del delito (hay un nivel de imputación que atraviesa el tipo objetivo, un nivel de imputación en la tipicidad subjetiva, y niveles de imputación subsiguientes en el conocimiento de la antijuridicidad y en la imputabilidad) existen problemas para la teoría de la intervención en el delito. Que la solución frente a ello sea salir a la búsqueda de diferentes injustos contruidos a la medida de cada caso problemático, no es algo a lo que podamos adherir con total tranquilidad. Sin embargo, sí podemos dar un paso adelante al afirmar que, a pesar de que la participación punible tiene una relevancia normativa diversa, nunca podremos prescindir de la referencia al aspecto objetivo del tipo, ni apropiarnos de la culpabilidad.

En efecto, existen dos puntos de acuerdo entre los variados enfoques empleados para encarar los problemas que plantea la dimensión interna de la accesoriedad. El primero de ellos, impuesto por la adscripción al principio de culpabilidad por el hecho como pauta orientativa general. Como destaca BOCKELMANN, la incapacidad de culpabilidad del autor principal no se transmite al partícipe, sea que resulte de inmadurez juvenil, de trastornos de la conciencia, de enfermedad o debilidad mental.²⁹⁵ El segundo de ellos, impuesto por el principio de tipicidad, el cual sirve de nexo a las dimensiones externa e interna de la accesoriedad, resultando que frente a aquella, la participación punible debe estar sujeta al comienzo de ejecución

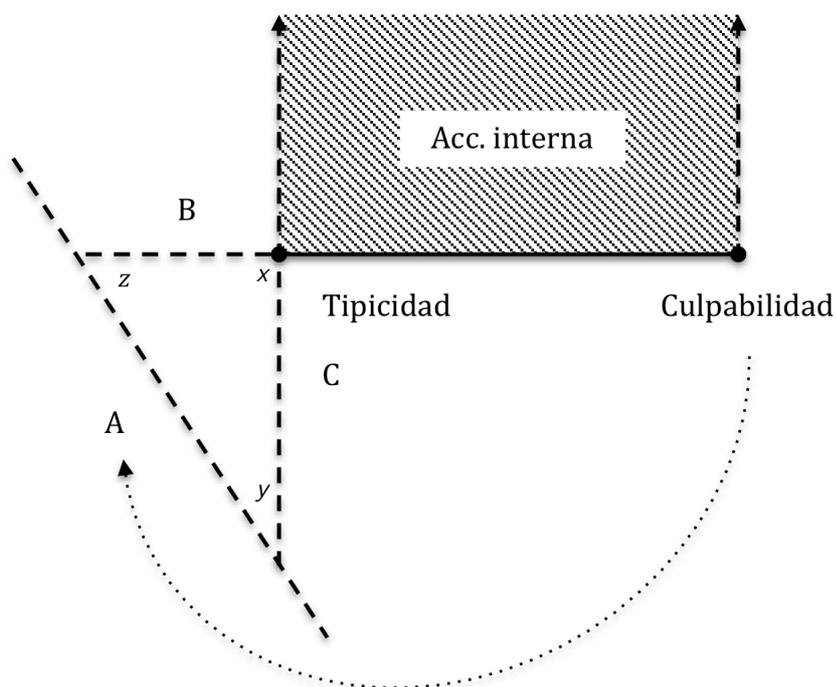
²⁹⁵ BOCKELMANN, *Relaciones entre autoría y participación*, pág. 16.

de un tipo penal de la Parte Especial, mientras que en el aspecto interno, este principio se proyecta determinando, al menos, que ese hecho principal al cual se refieren los aportes de los intervinientes sea objetivamente típico.²⁹⁶

La accesoriadad interna se caracteriza por una tensión implacable e insoluble entre sus dos términos constitutivos: tipicidad y culpabilidad. Y a su vez, la tipicidad es el nudo gordiano que vincula sus dimensiones externa e interna; es decir, la tipicidad objetiva debe interpretarse con sus dos funciones principales: como el “fundamento sólido”, el único cimiento sobre el que puede construirse el edificio de la teoría de la participación y como razón-*causa* principal que vincula a todos los agentes que integran el colectivo en el delito. Entonces, podríamos pensar que el *adentro* y el *afuera* (ver detalladamente *supra* FIGURA III) de la relación del colectivo con el hecho principal al cual accede son campos diferentes aunque no independientes, ya que comparten su referencia al tipo objetivo del hecho principal. En efecto, de modo especular, también encontramos una función precisa del principio de culpabilidad en la operación de la accesoriadad externa; solo que, en la dinámica propia del comienzo de ejecución, este principio adquiere una forma específica que se traduce en el principio de autorresponsabilidad, según el cual cada uno de los agentes responde por la totalidad del hecho colectivo, porque en parte le pertenece, pero sin dejar de imputársele individualmente su aporte [véase explicación de \bar{A} en la FIGURA III]. Lo que sucede en el terreno de la accesoriadad interna con los principios de tipicidad y culpabilidad, es que se desempeñan como topes máximos del injusto de referencia que se construye en relación con el partícipe: el *adentro* de la accesoriadad, no podrá ser menos que un hecho típico ni más que un hecho antijurídico: la tipicidad es lo común y general, la culpabilidad lo específico e individual y la justificación lo «asociable». Traduzcamos esto gráficamente:

²⁹⁶ En contra, SANCINETTI, quien postula la independencia total de los lados interno y externo de la accesoriadad, *Teoría del delito y disvalor de acción*, pág. 559.

FIGURA VI



Entonces, la pregunta que se impone en este momento, tiene que ver con los requisitos que debe presentar el hecho que sirve de nexo y permite normativamente vincular a diversas conductas dentro de un colectivo. Como ya explicamos, si bien la idea de que bastaría con exista un injusto objetivo, es decir, un hecho objetivamente típico y que no esté objetivamente justificado es evidentemente superadora de la concepción tradicional, no alcanza para resolver los casos difíciles.²⁹⁷ Un análisis estricto de las funciones propias de la justificación que hemos identificado como las de «asociar» y «repartir», permiten aceptar las fisuras en el ámbito cualitativo de la accesoriedad y tratar de remediarlas. Si bien lo usual será que la función de la justificación no arroje un remanente de responsabilidad para ninguno de los intervinientes que actúan en un mismo contexto de autorización, en algunos casos puede existir un resto que no sea cancelado para el colectivo por la función de *J*, el

²⁹⁷ En esta tendencia hacia un injusto objetivo se ha pronunciado en algunos precedentes el Tribunal Supremo Español al exigir responsabilidad penal al interviniente que concurre a un hecho que sólo es objetivamente justificado, para lo cual apela a la existencia de “unidad de hecho que deriva del sentido conjunto de las acciones de autor y partícipe” (STS 606/2010 de 25-6), cfr. ROBLES PLANAS, *La responsabilidad en los “delitos especiales”*, pág. 356.

cual, deberá ser asumido por uno de los intervinientes. «Asociar» el comportamiento típico del partícipe a la conducta justificada del autor es la primer y más frecuente función de la ecuación que hemos planteado; pero ello no quita que eventualmente exista un resto de responsabilidad que deba «repartirse» y atribuirse a un agente. Lo perspectiva de la función dogmática J/α acentúa la idea de que lo único que todos los intervinientes en el hecho comparten es la inmutabilidad del valor de la tipicidad (objetiva) del hecho.²⁹⁸

Lo que está en juego aquí, no es nada menos que un cuestionamiento del concepto de injusto al que adscribe la doctrina dominante y un escepticismo intuitivo a resolver los casos difíciles a partir de un *injusto de encaje*. Que la justificación al igual que la exculpación es individual y, por tanto, lo único que comparten los partícipes como nexo que los integra al hecho colectivo es el aspecto objetivo del tipo, es en el fondo —pero sólo en el fondo²⁹⁹— la concepción de los partidarios del modelo mínimo de la accesoriedad. Aunque no es este el lugar oportuno para hacer una valoración profunda del concepto de injusto welzeliano, la cual impondría realizar un análisis más detenido del que aquí se puede abordar, sí podemos dejar trazadas las coordenadas en orden a la identificación de problemas y construcción de posibles soluciones. Entre ellas, me parece de crucial la respuesta negativa a la pregunta sobre si la accesoriedad mínima destruye la unidad de hecho que une a autor y partícipe, es decir, declarar un hecho antijurídico para el partícipe y lícito para el autor no es contrario al principio de unidad del ordenamiento jurídico. La posibilidad de que un mismo hecho sea simultáneamente lícito para uno e ilícito para otros implica reconocer que ante los ojos del ordenamiento jurídico, se han cometido hechos distintos, unos de conformidad con el mismo y otros en contradicción con él. Y esto se explica con base en las diferentes normas que vinculan a los intervinientes p y A ; me refiero a la norma primaria N y la norma secundaria η , las cuales pueden ser cuestionadas paralelamente por cada uno de los agentes en tanto su contenido es diverso.

²⁹⁸ Aquí, se encuentra subyacente la concepción de que la accesoriedad es independiente del lado subjetivo del hecho (ver reflexiones críticas en el punto relativo a los problemas del aspecto subjetivo del tipo de la participación) y por tanto se distingue de manera tajante la imputación objetiva del comportamiento de la imputación subjetiva.

²⁹⁹ Ello en tanto, por ejemplo, BOLDOVA PASAMAR, autor asociado al pensamiento del modelo mínimo de la accesoriedad, no termina de conceder la propiedad exclusiva del tipo subjetivo a cada uno de los intervinientes.

Aquí no es decisiva la cuestión de si estas conclusiones son obligatorias, basta la plausibilidad —difícil de negar— del planteamiento de los casos problemáticos. Lo que una lectura normativista puede conferir a esta ruptura con el injusto típico, antijurídico y doloso es un giro nuevo e inesperado; la potencia del punto nodal de la accesoriedad mínima para la teoría del delito reside precisamente en el modo en que usa la oposición entre tipicidad y culpabilidad, poniéndose de manifiesto que sólo la accesoriedad mínima es coherente con una concepción sustancial del injusto personal. Aunque el autor esté amparado en una causa de justificación y su conducta no sea, por tanto antijurídica, el partícipe podrá incurrir en responsabilidad si su conducta no está amparada por una causa de justificación (y viceversa).

CAPÍTULO IV

CONCLUSIONES

1º Existe un punto de contacto entre las principales teorías que explican el fundamento del injusto del partícipe, el cual consiste en el entendimiento de que el partícipe no puede ser castigado por la lesión de bienes jurídicos que no están protegidos frente a él. De este modo, ya inicialmente descartamos un principio de accesoriedad no diseñado conforme aquel criterio, sino libremente oscilante y vacío de contenido: si no se afecta el bien jurídico descrito en el tipo de la Parte Especial del Código Penal no será posible la participación delictiva. Ello hace inviable sostener actualmente la propuesta propia de las teorías de la corrupción. Sin embargo, hasta aquí llegan los consensos alcanzados en el marco del debate sobre el fundamento del injusto del partícipe.

2º El concepto restrictivo de autor al que adhiere la doctrina y jurisprudencia mayoritaria, es la base a partir de la cual se construye la teoría de la participación en el injusto como explicativa del fundamento del castigo del partícipe. Esta tesis opera pensando en el supuesto básico de la autoría unipersonal, es decir, en la realización típica de un agente que obra en solitario. De este modo, frente a una pluralidad de agentes que intervienen en un mismo hecho delictivo, el reparto de la responsabilidad entre ellos se articula a partir de la determinación lógica de dos categorías: en primer lugar, la autoría, en segundo lugar, la participación. El resultado de este razonamiento es autoría = a realización típica, por lo tanto, en casos de pluralidad de intervinientes, quienes realicen el tipo serán autores o coautores y, el resto de los sujetos que aparezcan en la misma escena y favorezcan o determinen el injusto del autor, partícipes (perspectiva que hemos denominado “tipocéntrica”). El traslado directo de esta lógica a los casos de pluralidad de agentes, genera un efecto perturbador en la teoría de la participación delictiva. Identificar, como lo hace ROXIN, el hecho típico solamente con el autor, deja a los partícipes en una situación dogmática difícil de sostener a la luz del principio de autorresponsabilidad. Y en relación con las modernas reversiones de la teoría de la participación en el injusto, observamos que al fin de cuentas no hacen más que ocultar las deficiencias congénitas propias de la matriz con la que fueron concebidas. Estas tesis no sólo

continúan padeciendo un bajo rendimiento en orden a la resolución sistemática de los casos complejos de intervención delictiva —no terminan de convencer sus respuestas para los casos de participación necesaria, *agent provocateur*, lesión de un bien propio en error, delitos de infracción de deber, etc. —, sino que además no dejan de ser objetables desde el punto de vista metodológico, ello en tanto, conciben el principio de accesoriadad de un modo incompatible con el principio de autorresponsabilidad. Por ello, las fórmulas de ROXIN, JESCHECK y STRATENWERTH intentan compensar las debilidades del principio de accesoriadad con elementos tomados de las teorías que proponen la autonomía del injusto del partícipe. Lo que falta en la propuesta de estos autores es un principio supraordenador, que produzca una armonización entre los principios de autorresponsabilidad, lesividad y legalidad y establezca el sistema de la participación.

3º Por su parte, la teoría pura de la causación frente a los déficits de las teorías de la participación en el injusto, reacciona y postula la autonomía del injusto del partícipe, diciendo básicamente dos cosas: la primera, que la accesoriadad externa no tiene importancia al igual que la interna tampoco la tiene; la segunda, que el concepto central de la teoría de la participación delictiva es exclusivamente personal, no importando aquí lo que haga o deje de hacer el autor. Si bien estas ideas son atractivas y colocan —en apariencia— al principio de autorresponsabilidad como criterio fundamental de la teoría de la participación, tampoco terminan de convencer, debido al lugar al que son desplazados el hecho típico y la regulación positiva. En efecto, es difícil aceptar que un acuerdo colectivo sin que exista comienzo de ejecución deba ser castigado. Este «contrato» sin manifestación exterior alguna, a la luz del principio de lesividad debería estar libre de pena en un Estado liberal. El precio que pagan LÜDERSSEN, e incluso HERZBERG y SCHMIDHÄUSER al renunciar a la accesoriadad es muy alto, pues acaban caracterizando como perturbación social el favorecimiento del delito psíquica o activamente, avanzando así sobre el principio de lesividad y extendiendo de una manera intolerable la barrera de la punibilidad hacia conductas que no son relevantes jurídico-penalmente.

4º Las teorías tradicionales sobre el fundamento del injusto de la participación (tanto en lo que respecta a las teorías que proponen un injusto autónomo como las que proponen un injusto derivado) han encarado este problema a partir de un enfoque equivocado: entender el injusto del partícipe dissociado del injusto del autor.

En contraste, se presentan las propuestas que hemos agrupado bajo el rótulo de “teorías convergentes”, en las cuales el partícipe interviene en un único hecho, el suyo, pero que también es a la vez el hecho del autor, es decir, un hecho común a ambos que, sin embargo, les pertenece en distinta medida. Aquí, el valor de la postura de JAKOBS no es su pretendido eclecticismo entre las teorías de la causación y las teorías de la participación en el injusto, sino el horizonte que abre para la articulación los principios de legalidad, lesividad y autorresponsabilidad en la construcción del fundamento del injusto del partícipe. Para las teorías de la participación en el injusto el hecho típico era propiedad exclusiva del autor. Por el contrario, según la perspectiva convergente a la que adherimos el paso de lo interno a lo externo no siempre lo decide el autor; también un partícipe puede detonar el inicio de ejecución. De este modo, la diferencia entre autoría y participación no será meramente formal, sino por el contrario, se graduará en función de la mayor o menor importancia de la contribución al hecho delictivo como una unidad de sentido, lo que generalmente coincidirá con el comienzo de ejecución, pero no siempre. Aquí se postula que los actos de organización de distintas personas se unen en un mismo hecho colectivo, es decir, los que toman parte responden porque les pertenece el mismo hecho, aunque por distintas “cuotas”. Este cambio radical de punto de vista que hemos identificado con el desplazamiento de H, significa que cuando una pluralidad de agentes interviene de manera coordinada, organizan conjuntamente algo que les es común y les pertenece a todos: el delito. De este modo, en el marco de la competencia por organización, el hecho es único y se prepara, intenta y consuma para todos los intervinientes.

5º La realidad recortada que le interesa al Derecho penal está siempre simbolizada y el modo en que ella sirve a los fines de la dogmática está mediado, a su vez, por diferentes modos de simbolización. Específicamente en la participación delictiva, el principio de ejecución le agrega a aquella compleja codificación una unidad a través de una “totalización del significado”, siendo una estructura legal que como condición de [im]posibilidad permite atribuirle objetivamente sentido delictivo a la conducta de los agentes que intervienen en el hecho típico. Lo crucial del comienzo de ejecución en los delitos de competencia por organización es que mediante el mismo la conducta de todos los agentes pasa de estar permitida a estar prohibida, es decir, genera un efecto de cesura en relación con la impunidad de los

actos preparatorios de todos los intervinientes. La accesoriedad externa —y esto es una consecuencia del principio de lesividad—impide punir las acciones de preparación que han quedado *aisladas o flotando* antes de que opere \overline{AE} . No sólo cuando se trata de la ideación del plan y la preparación de parte de un autor único, el hecho delictivo germina con la ejecución, sino que esto también ocurre cuando la organización corresponde a una pluralidad de intervinientes. Esta es una consecuencia dogmática ineludible de entender el hecho delictivo como un colectivo en el que son varios los que toman parte y a los que le pertenece igualmente el resultado. Por ello, es posible afirmar que la ejecución es algo propio de cada uno de los intervinientes, pero a la vez compartido con todo el colectivo que interviene en el delito.

6º Frente a los problemas que plantean para la teoría de la participación delictiva los supuestos de aportes previos al inicio de la tentativa, no puede perderse de vista que el comienzo de ejecución es el único que integra en el plano de la imputación a todos los agentes que se encontraban con sus aportes en el plano pretípico, otorgándoles a sus conductas un determinado sentido delictivo según un tipo penal de la Parte Especial. El carácter pretípico de *i* por sí mismo no alcanza para poner en tela de juicio la norma penal, por lo tanto, requerirá de algún modo estructurarse en un campo unificado mediante un punto nodal que le otorgue sentido y fije su significado, el cual no podrá ser otro que el hecho típico como manifestación del principio de lesividad. El espacio en el cual se encuentran las intervenciones sin ligar, sin amarrar, “significantes flotantes”, cuyo sentido está abierto, depende de su articulación en una cadena con otro elemento [I] que le otorgue significado delictivo a través del arco \overline{AE} . En efecto, nada podemos decir de una conducta pretípica, impune o preparatoria, si no la insertamos en una red de significado posterior. A esto le llamaremos «acolchamiento»: una categoría dogmática que se realiza mediante la imputación objetiva del comportamiento, la cual detiene esta «libre flotación» de los significantes pretípicos y produce la totalización de los mismos a través de su inserción en una red de significado jurídico-penal. Para poder proceder a «acolchar» las intervenciones pretípicas en una red objetiva de significado deberemos antes tener por lo menos una tentativa [vector \overline{AE}]. Sin embargo, \overline{AE} no determina todavía, el significado final del aporte, puesto que I para fijar el estado de la intervención previa *i*

cuya significación no ha sido aún determinada debe ser objetivamente imputable a *p*. Entonces, en un determinado punto —precisamente cuando \overline{AE} perfora la intervención del agente que se encontraba sin amarrar— se fija retroactivamente el significado de la cadena, «cosiéndose» la intervención del partícipe *i* a la ejecución del autor *I* y permitiendo la formulación de una pregunta sobre la imputación objetiva del comportamiento del partícipe en relación con *H*.

7º La lógica de la accesoriedad externa en relación con los aportes previos al comienzo de ejecución es engañosa: se presenta como un mecanismo que inicialmente hace parecer que la punibilidad del partícipe depende de un hecho ajeno; pero que, en efecto, es el anverso de que los significantes permanezcan detrás del flujo de significado jurídico-penal de *H* detonado a partir del comienzo de ejecución del autor. Esta faceta de la accesoriedad sumada a la imputación objetiva del comportamiento al partícipe consiste en la ilusión de que el sentido delictivo de un determinado aporte —que quedó retroactivamente fijado— estaba presente en él desde el comienzo como su esencia normativa. La paradoja reside, por supuesto, en que esta ilusión de la accesoriedad es necesaria, en la medida misma del éxito de la división de tareas a la luz del principio del hecho e igualmente, en la medida en que tengamos la intención de operar con categorías normativas. Con la apariencia de la accesoriedad externa el partícipe se transforma —en función del principio de autorresponsabilidad— en lo que siempre debió ser: autor de su propio aporte al hecho común e infractor de la norma que lo vincula personalmente [*n*]. Aquí hemos llegado por fin a la identificación de *p* con *A* en relación con el hecho común, donde ambos ahora son artífices del hecho colectivo, siendo la diferencia meramente cuantitativa [la magnitud de *i* e *I*]. El “efecto de retroversión” se basa precisamente en este nivel aparente respaldado por la lógica de la accesoriedad y la imputación objetiva, en la cual el partícipe acaba siendo un agente autónomo presente desde el origen de sus actos, pero que, paradójicamente no puede constituirse como tal sin que otro interviniente detone hacia atrás el comienzo de ejecución —que funciona como condición de [im]posibilidad de la participación delictiva—. Esta operación dogmática se articula no sólo intrasistemáticamente con los principios rectores de legalidad, lesividad y autorresponsabilidad, sino asimismo con la autoexperiencia del partícipe en la cual éste se reconoce ya desde antes del comienzo de ejecución como

parte del hecho delictivo —a pesar de que la misma, por sí sola, en un Estado de Derecho no alcanza para desestabilizar la norma—.

8º Sólo luego de que nazca H podremos preguntarnos si existe imputación al tipo objetivo de la conducta de participación al agente que intervino en primer lugar. No obstante ello, habrán casos en los que podrá existir un hecho principal y no conseguir el comienzo de ejecución coser los aportes realizados por el agente en la fase previa; esto debido a que su aporte se ve interrumpido por la imposibilidad de retroceder en la imputación. Es decir, porque existe una prohibición de regreso. Si estamos en lo correcto y la pregunta sobre el sentido del comportamiento del partícipe sólo puede formularse luego de que existe un hecho típico al cual referirla y, si no siempre que exista un hecho principal necesariamente el comienzo de ejecución operará retroactivamente hacia p ; entonces puede ser que a pesar de existir un hecho típico, se interrumpa [\leftarrow] el arco trazado por el vector \overline{AE} . Dicho de otro modo, a pesar de que el autor incardina su proyecto delictivo a la intervención de un agente que actúa con anterioridad, no es posible insertar este comportamiento en la red estructurada de significado necesaria para afirmar la existencia de participación punible. El comportamiento del partícipe, incluso en el supuesto de que sea evitable, no bastará para atribuirle una organización un sentido delictivo. Ahora, si bien el agente no se encuentra vinculado por la norma derivada de la participación [η], puede ser que exista N' [N prima], una norma que le imponga no denegar a la víctima la ayuda necesaria en casos de extrema necesidad. Con otras palabras, cuando el rol de ciudadano atribuye de manera excepcional deberes de auxilio [N'], éstos mantienen su plena vigencia aunque no exista η por interrumpirse el arco de \overline{AE} al concurrir un supuesto de prohibición de regreso [\leftarrow].

9º No se puede entender la participación delictiva dissociada de la dinámica de la triada lesividad/legalidad/autorresponsabilidad. La delicada ingeniería de estos principios permite identificar tres funciones fundamentales: como segmentos formales (principios orientadores y delimitadores), como superficies materiales (contenidos hermenéuticos) y como puntos de contacto (representados en las síntesis de sus funciones dogmáticas específicas). Formalmente, los segmentos tienen su propia longitud en relación con la fisonomía de la figura del partícipe que definen articuladamente. Pero sólo formalmente, unidimensionalmente como segmento, pues

en el plano material actúan de otra manera, siendo por ejemplo, la superficie del principio de responsabilidad mayor y comprensiva de los demás principios. Como segmentos y como estructura formal el rendimiento es de limitación, tal como hace una línea en relación con dos planos distintos, separando respectivamente responsable/no responsable; lesivo/no lesivo; típico/atípico. Ahora bien, en el aspecto material, ya no sólo delimitan, separan, sino que además tienen un contenido, es decir, definen una nueva dimensión con base en el segmento que les da origen. Aquí, ya no importa —únicamente— lo que divide el segmento, sino cuál es la proyección del mismo materialmente y en relación con el resto de los principios. Esta integración es específica, erigiéndose como criterio supraordenador el principio de autorresponsabilidad. Por ello, la hipotenusa representa la autorresponsabilidad, pues materialmente su superficie proyectada a partir del segmento —formal— reproduce el cuadrado de los catetos, inyectándole contenido y orientando las funciones de los otros dos principios, el de legalidad y el de lesividad.

10º El principio de legalidad, formalmente funciona como la coordenada vertical del sistema de participación: no se podrá ir más allá del tipo penal como límite máximo prefijado por el legislador. En lo que respecta al plano material, el principio de legalidad adquiere una proyección que no solamente lo inserta en el esquema de la participación delictiva como una pauta hermenéutica frente a la creación y aplicación del derecho positivo, sino que, además, define fenoménicamente la intervención relevante de todos los agentes. Por su parte, el principio de lesividad presenta asimismo dos dimensiones, una formal, que funciona como límite e impide que alguien pueda responder por conductas que no perturben la estructura normativa de la sociedad, es decir, que no pongan en tela de juicio la vigencia de la norma. Y otra material, en cuanto sólo a partir del hecho típico —como totalidad y fracción— será posible atribuirle sentido normativo a la conducta del autor o del partícipe. El principio del hecho es irrenunciable en el sistema de participación en tanto no puede existir quebrantamiento de la norma en tanto no se haya exteriorizado una determinada perturbación social típica. Por último, el principio de autorresponsabilidad por el propio injusto tiene una doble función: por un lado, negativa o limitadora, impidiendo la imputación del hecho principal a quien objetivamente se comporta dentro de los límites trazados por el ordenamiento jurídico y su conducta sólo llega a traducirse en un resultado delictivo mediante la

desviación arbitraria por parte del autor (prohibición de regreso). Y, por otro lado, positiva o material asociando esferas de responsabilidad inicialmente autónomas con base en la existencia de un contexto delictivo común de infracción a la norma (el hecho colectivo como entendimiento normativo). Este es el motivo que permite imputarle al partícipe la ejecución del tipo penal que otro realiza de propia mano: el Derecho garantiza y presume la separación de esferas de responsabilidad, excepto cuando exista un motivo para afirmar lo contrario.

11^o Las tensiones existentes entre los principios de legalidad, lesividad y autorresponsabilidad se condensan en sus puntos de contacto arrojando tres conclusiones ineludibles que diseñan la arquitectura del sistema de la participación delictiva:

A) *La accesoriadad externa es el punto nodal a partir del cual se insertan las intervenciones de los agentes en una red estructurada de significado.* El hecho típico no es un mero requisito exigido por la ley, sino que antes es una consecuencia necesaria del principio de lesividad. Si tenemos presente este enfoque en el terreno de la discusión entre injusto derivado e injusto autónomo, no debería sorprendernos que el injusto del partícipe pueda ser considerado autónomo y a la vez referirse a un hecho principal. El partícipe responde por su propio injusto y a la vez interviene en algo, el hecho colectivo que en parte le pertenece, el cual no puede construirse aisladamente sin tener en cuenta un tipo de la Parte Especial. Una consecuencia crucial de la accesoriadad externa es que frente a un comportamiento inicialmente aislado, tanto en el caso del autor como del partícipe, habrá que esperar el «acolchamiento» de su significado a través del comienzo de ejecución del hecho típico y la respectiva imputación objetiva de su comportamiento. En contra del postulado fundamental de los causacionistas puros, el objeto de imputación no puede ser la relación individual del partícipe con la norma sin referencia a un hecho típico. Sólo el comienzo de ejecución significa un ataque a la vigencia de la norma. Desde luego, los partidarios de la teoría pura de la causación aciertan al postular un injusto del partícipe independiente del injusto del autor. Sin embargo, lo que no capta la idea del “tipo del partícipe” es el real significado de una aportación individual que se inserta en un hecho delictivo considerado como unidad de de sentido. Si nos deshacemos de la accesoriadad externa, si nos alejamos del hecho típico como objeto de referencia normativo corremos el riesgo de reprimir comportamientos que no exteriorizan

perturbación social alguna. El hecho típico es el único que nos provee las coordenadas para atribuirle sentido delictivo a un comportamiento aislado. Sin hecho principal la participación no es materialmente delito; aisladamente, no pasa de ser un acto interno entre los intervinientes sin llegar a constituir una perturbación exteriorizada; sólo el hecho principal exterioriza (también) el comportamiento del partícipe.

B) *El bien objeto de ataque debe estar protegido frente al partícipe y éste debe actuar con dolo propio de consumación.* La propuesta que se defiende en este trabajo es que el fundamento del injusto del partícipe no puede encontrarse en otro lugar que no sea en la responsabilidad individual por el hecho principal, el cual a partir del reparto de trabajo entre los intervinientes, deviene en un hecho colectivo. El partícipe que se vincula con el hecho típico antes o después del comienzo de la tentativa, con base en el sinalagma libertad-responsabilidad, no podrá renunciar a las consecuencias de su actuar. Y por ello, el hecho le pertenecerá del mismo modo en que le pertenece al autor, aunque en distinta medida [i—I]. De este modo, si el hecho principal se convierte en un hecho que también se le imputa al partícipe como obra suya, el bien jurídico debe estar protegido contra su ataque, debiendo pretender la consumación del hecho principal, ya que todos los elementos subjetivos son personalísimos. Esto en el plano dogmático acarrea tres consecuencias dogmáticas cruciales: La primera de ellas es que en caso de ataque por error a los propios bienes el partícipe responderá a lo sumo por participación en una tentativa; en segundo lugar, permite resolver satisfactoriamente los casos del *agent provocateur*, en cuanto este último interviene en el hecho delictivo conociendo que no se consumará o tomando las precauciones necesarias para evitar que ello suceda; finalmente, se resolverán más satisfactoriamente los problemas de realización del riesgo de la aportación del partícipe en el resultado.

C) *La accesoriedad interna debe ser plenamente objetiva, sin importar si el autor actúa dolosamente, justificadamente, y menos aún, si es un sujeto capaz o incapaz de culpabilidad.* Es decir, si no es posible sostener que el partícipe interviene en un hecho ajeno, el del autor, tampoco podremos postular que el hecho al que acceden los intervinientes depende exclusivamente del autor y las circunstancias personales que en ese momento le competen. No podremos estar pendientes de si actúa dolosa, justificada o culpablemente para luego construir el injusto de la participación: el dolo, la justificación y la culpabilidad son —en contra de lo que piensa la doctrina

dominante— personales. Esta hipótesis, supone un injusto primario —término preferible al de mínimo— y a la vez, un injusto objetivo a la luz de los principios de autorresponsabilidad y legalidad, lo que significa, no sólo que el aspecto subjetivo y la culpabilidad son propios de cada interviniente, sino que además la justificación también lo es. El único aspecto accesorio para los intervinientes es el hecho principal, sin el cual no hay delito. Y este hecho, bastará con que sea típico. Los demás elementos, aspecto subjetivo del injusto, justificación, culpabilidad y causas de exclusión de la pena serán personales, es decir, no accesorios.

12º El concepto unitario de autor en los delitos imprudentes pareciera ser la única alternativa en los ordenamientos jurídicos que exigen un hecho principal doloso para poder distinguir entre autores y cómplices. Sin embargo, en los códigos que expresamente no tipifican la dolosidad del hecho principal del autor (como el argentino o el español) aquel obstáculo de derecho positivo no existe y es necesario proceder en el plano de la participación a una distinción similar a la que existe en relación con los delitos dolosos. Ello en tanto, es imprescindible distinguir antes del momento de medición de la pena a quienes materialmente son “cómplices”, realizando, un aporte al proyecto imprudente de menor magnitud. Por otro lado, también debe pensarse que el procedimiento de convertir en autor mediato a todo partícipe que interviene en un hecho no doloso, teniendo él mismo conciencia de todas las circunstancias, es con razón criticado. Como ya pusimos de relieve al desarrollar los supuestos de utilización de un instrumento cualificado no doloso en los delitos especiales, debería reconocerse la posibilidad de participar en un hecho no doloso, si no quieren admitirse lagunas de punibilidad de aceptación sistemáticamente forzosa. En suma, el ilícito del partícipe no debe construirse de manera accesoria en relación con los elementos subjetivos. El dolo es personal de cada uno de los intervinientes en el hecho. La accesoriedad no tendrá que ver con una colaboración conocida y deseada, sino con la competencia que objetivamente haya en común respecto de las condiciones del resultado lesivo.

13º En el plano de la justificación hemos identificado dos funciones fundamentales: la de «asociar» y la de «repartir». Asociar el comportamiento típico del partícipe a la conducta justificada del autor es la primer y más frecuente función de la ecuación que hemos planteado; pero ello no quita que eventualmente exista un resto de responsabilidad que deba repartirse y atribuirse a un agente. Si bien lo usual

será que la operación de la justificación no arroje un remanente de responsabilidad para ninguno de los intervinientes que actúan en un mismo contexto de autorización, en algunos casos puede existir un resto que no sea cancelado para el colectivo por la función de J , el cual, deberá ser asumido por uno de los intervinientes. La perspectiva de la función dogmática J/a acentúa la idea de que lo único que todos los intervinientes en el hecho comparten es la inmutabilidad del valor de la tipicidad (objetiva) del hecho. Declarar un hecho antijurídico para el partícipe y lícito para el autor no es contrario al principio de unidad del ordenamiento jurídico. La posibilidad de que un mismo hecho sea simultáneamente lícito para uno e ilícito para otro se explica con base en las diferentes normas que vinculan a los intervinientes p y A ; me refiero a la norma primaria N y la norma secundaria η , las cuales pueden ser [o no] cuestionadas paralelamente por cada uno de los agentes en tanto su contenido es diverso. Aquí no es decisiva la cuestión de si estas conclusiones son obligatorias, basta la plausibilidad —difícil de negar— del planteamiento de los casos problemáticos puesto en relieve en el ejemplo de los traidores noruegos o el tercero auxiliador que se excede al proveer un medio de defensa al agredido. Lo que una lectura normativista puede conferir a esta ruptura con el injusto típico, antijurídico y doloso es un giro nuevo e inesperado; la potencia del punto nodal de la accesoriadad mínima para la teoría del delito reside precisamente en el modo en que usa la oposición entre tipicidad y culpabilidad, poniéndose de manifiesto que sólo la accesoriadad mínima es coherente con una concepción sustancial del injusto personal. Aunque el autor esté amparado en una causa de justificación y su conducta no sea, por tanto antijurídica, el partícipe podrá incurrir en responsabilidad si su conducta no está amparada por una causa de justificación (y viceversa).

14º Ya no puede postularse que el concepto dominante de injusto, esto es, el del injusto personal welzeliano, constituya el denominador común de la accesoriadad interna de la participación. En todos los niveles de imputación que están situados de modo transversal a la sistemática del delito existen problemas para la teoría de la intervención en el delito. Que la solución frente a ello sea salir a la búsqueda de diferentes injustos contruidos a la medida de cada caso problemático, no es algo a lo que podamos adherir con total tranquilidad. Sin embargo, sí podemos dar un paso adelante al afirmar que, a pesar de que la participación punible tiene una relevancia normativa diversa, nunca podremos prescindir de la referencia al aspecto objetivo del

tipo, ni apropiarnos de la culpabilidad. En efecto, existen dos puntos de acuerdo entre los variados enfoques empleados para encarar los problemas que plantea la dimensión interna de la accesoriedad. El primero de ellos, impuesto por la adscripción al principio de culpabilidad por el hecho como pauta orientativa general. El segundo de ellos, impuesto por el principio de tipicidad, el cual sirve de nexo a las dimensiones externa e interna de la accesoriedad, resultando que frente a aquella, la participación punible debe estar sujeta al comienzo de ejecución de un tipo penal de la Parte Especial, mientras que en el aspecto interno, este principio se proyecta determinando, al menos, que ese hecho principal al cual se refieren los aportes de los intervinientes sea objetivamente típico. La accesoriedad interna se caracteriza por una tensión implacable e insoluble entre sus dos términos constitutivos: tipicidad y culpabilidad. Y a su vez, la tipicidad es el nudo gordiano que vincula sus dimensiones externa e interna; es decir, la tipicidad objetiva debe interpretarse con sus dos funciones principales: como el “fundamento sólido”, el único cimiento sobre el que puede construirse el edificio de la teoría de la participación y como razón-causa principal que vincula a todos los agentes que integran el colectivo en el delito. Lo que sucede en el terreno de la accesoriedad interna con los principios de tipicidad y culpabilidad, es que se desempeñan como topes máximos del injusto de referencia que se construye en relación con el partícipe: el *adentro* de la accesoriedad, no podrá ser menos que un hecho típico ni más que un hecho antijurídico: la tipicidad es lo común y general, la culpabilidad lo específico e individual y la justificación lo asociable.

BIBLIOGRAFÍA:

BACIGALUPO, Enrique, *Derecho penal Parte general*, 2ª Ed., Hammurabi, Buenos Aires, 1999.

BACIGALUPO, Silvina, *Autoría y participación en delitos de infracción de deber*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona-Buenos Aires, 2007.

BOCKELMANN, Paul, *Relaciones entre autoría y participación*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1960.

BOLEA BARDÓN, Carolina, *Autoría Mediata en Derecho penal*, Valencia, 2000.

BURKHARDT, Björn – GÜNTHER, Klaus – JAKOBS, Günther, *El problema de la libertad de acción en el Derecho penal*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2007.

CASTRO, Julio César, “La participación como un tipo autónomo. Hacia un concepto no accesorio en la participación criminal”, *Revista de Derecho penal*, Rubinzal Culzoni Editores, 2005, págs. 279-309.

DE ASÚA, Luis Jiménez, *Principios de Derecho penal. La ley y el Delito*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1997.

DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Miguel, “Coautoría alternativa y coautoría aditiva: ¿autoría o participación? Reflexiones sobre el concepto de coautoría” *Política criminal y nuevo derecho penal: libro homenaje a Claus Roxin*, 1997, págs. 295-330.

— “Autoría y participación”, *Revista de Estudios de la Justicia*, N° 10, 2008.

DONNA, Edgardo Alberto, *La autoría y la participación criminal*, 2ª Ed., Rubinzal Culzoni Editores, Buenos Aires, 2002.

FIERRO, Julio Guillermo, *Teoría de la participación criminal*, 2ª Ed., Astrea, Buenos Aires, 2004.

FRISCH, Wolfgang – ROBLES PLANAS, Ricardo, *Desvalorar e imputar*, BdeF, Montevideo-Buenos Aires, 2014.

FRISTER, Helmut, *Derecho penal Parte general*, 4ª Ed., Hammurabi, Buenos Aires, 2011.

GIMBERNAT ORDEIG, Enrique, *Autor y Cómplice en Derecho penal*, Universidad de Madrid, Facultad de Derecho, Sección de publicaciones e intercambio, Madrid, 1966.

HRUSCHKA, Joachim, “Prohibición de regreso y concepto de inducción. Consecuencias”, *Revista de Derecho penal y Criminología*, 2ª época, núm. 5, 2000, págs. 189-218.

JAKOBS, Günther, “El principio de culpabilidad”, *ADPCP*, Tomo XLV, Fascículo III, 1992, págs. 1051-1083.

— *La imputación objetiva en el Derecho penal*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 1996.

— “Sobre el injusto del suicidio y del homicidio a petición”, *Cuadernos de conferencias y artículos* N° 4, Universidad Externado de Colombia, 1996.

— *Derecho penal Parte general, Fundamentos y teoría de la imputación*, 2ª Ed., Marcial Pons, Madrid, 1997.

— “Sobre el concepto de delito contra la persona”, *El funcionalismo en Derecho penal, libro homenaje al Prof. Günther Jakobs*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2003, págs. 425-444.

— “¿Qué protege el Derecho penal: bienes jurídicos o la vigencia de la norma?”, *El funcionalismo en Derecho penal, libro homenaje al Prof. Günther Jakobs*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2003, págs. 39-90.

— “Zuer Täterschaft des Angeklagten Alberto Fujimori Fujimori”, *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik*, 11/2009, págs. 572-575.

JESCHECK, Hans Heinrich – WEIGEND Thomas, *Tratado de Derecho penal Parte general*, 5ª Ed., Comares, Granada, 2002.

KINDHÄUSER, Urs, “El tipo subjetivo en la construcción del delito”, *Indret*, Barcelona, 2008.

— “Infracción de deber y autoría – Una crítica a la teoría del dominio del hecho”, texto distribuido por el Taller de Ciencias Penales de la UNMSM, 2009.

LÜDERSSEN, Klaus, “La figura del tipo del partícipe” *Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia penal*, Ad-Hoc, N° 7, págs. 145-166.

— “Konsequente Inkonsequenzen in Recht und Literatur”, *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik*, 1/2010, págs. 20-32.

MAÑALICH, Juan Pablo, “La estructura de la autoría mediata”, *Revista de Derecho (Valparaíso)*, núm. XXXIV, 2010, págs. 385-414.

— “Norma e imputación como categorías del hecho punible”, *Revista de Estudios de la Justicia*, N° 12, 2010, págs. 169-190.

MIR PUIG, Santiago, *Derecho Penal Parte general*, 9ª Ed., BdeF, 2004.

MIRÓ LINARES, Fernando, “Intervención en actividades económicas ilícitas y conductas ¿neutrales?”, *Anuario de Derecho penal económico y de la empresa, ADPE I*, 2011, págs. 71-95.

NINO, Carlos Santiago, *Los límites de la responsabilidad penal*, Astrea, Buenos Aires, 1980.

PALERMO, Omar, “Acción e imputación objetiva en el sistema de Günther Jakobs”, *Revista del Foro de Cuyo*, N° 40, Ed. Dike, 2000, págs. 51-93.

— *La legítima defensa: una revisión normativista*, Atelier, Barcelona, 2006.

— “Deberes de tolerancia e indulgencia en situaciones de necesidad: las tesis del Prof. Silva Sanchez”, en SÁNCHEZ-OSTIZ / ROBLES PLANAS (coordinadores), *La crisis del Derecho penal contemporáneo*, Atelier, 2010, págs. 125 y ss.

PASTOR, Nuria, “¿Organizaciones culpables?” *Indret*, Barcelona, 2006.

PEÑARANDA RAMOS, Enrique, *La participación en el delito*, BdeF, Buenos Aires, 2015.

PERDOMO TORRES, Jorge Fernando, “Dos cuestiones actuales en la dogmática del delito de omisión: sobre la supuesta accesoriedad y sobre solidaridad” *El funcionalismo en Derecho penal, libro homenaje al Prof. Günther Jakobs*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2003, págs. 251-270.

PUPPE, Ingeborg, “Der gemeinsame Tatplan der Mittäter”, *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik*, 6/2007, págs. 234-246.

REYES ALVARADO, Yesid, “Intervención delictiva e imputación objetiva”, *Festschrift für Günther Jakobs*, Carl Heymanns Verlag, Köln-Berlin-München, 2007, págs. 553-570.

RIGHI, Esteban, *Derecho Penal Parte general*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2005.

ROBLES PLANAS, Ricardo, *La participación en el delito: fundamento y límites*, Marcial Pons, Barcelona, 2003.

— *Garantes y cómplices. La intervención por omisión y en los delitos especiales*, Atelier, Barcelona, 2006.

- “Participación en el delito e imprudencia”, *Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia penal*, Ad-Hoc, N° 11, págs. 383-414.
- “La identidad de la dogmática jurídico-penal”, *Revista de Derecho penal*, Rubinzal Culzoni Editores, 2010, págs. 179-199.
- (Dir.), *La crisis del Derecho penal contemporáneo*, Ad-Hoc, Barcelona, 2010.
- “Los dos niveles del sistema de intervención en el delito (el ejemplo de la intervención por omisión)”, *Indret*, Barcelona, 2012.
- (Coord.), *La responsabilidad en los “delitos especiales”*, BdeF, Buenos Aires/Montevideo, 2014.

ROBLES PLANAS, Ricardo – RIGGI, Eduardo Javier, “El extraño artículo 65.3 del Código Penal”, *Indret*, Barcelona, 2008.

ROXIN, Claus, *Derecho penal Parte general*, Tomo I, 2ª Ed., Civitas, Madrid, 1997.

- *Autoría y dominio del hecho en Derecho penal*, 7ª Ed., Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2000.
- *Teoría del tipo penal*, 2ª Ed., BdeF, 2014.

SÁNCHEZ LÁZARO, Fernando Guanarteme, “El ocaso de la resolución conjunta”, *Indret*, Barcelona, 2007.

- “Deconstruyendo la participación”, *Indret*, Barcelona, 2010.

SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, Javier, *Delito de infracción de deber y participación delictiva*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2002.

- “En los límites de la inducción”, *Indret*, Barcelona, 2012.

SANCINETTI, Marcelo A., *Teoría del delito y disvalor de acción*, Hammurabi, Buenos Aires, 1991.

- *Ilícito personal y participación*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2001.
- “Exigencias mínimas de la dogmática del hecho punible en la parte general de los códigos penales”, *Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia penal*, Ad-Hoc, N° 11, págs. 93-150.
- “El pensamiento de la Ilustración y el llamado principio de lesividad”, *el Dial* DC13ED.
- *Dogmática del hecho punible y ley penal*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2003.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María, “Aproximación al Derecho penal contemporáneo”, Bosch, Barcelona, 1992.

— ¿Adiós a un concepto unitario de injusto en la teoría del delito? *InDret*, Barcelona, 2014.

STRATENWERTH Günter, *Derecho penal Parte general I, el hecho punible*, 4^a Ed., Hammurabi, Buenos Aires, 2005.

VEGA, Dante Marcelo, *El exceso en la participación criminal*, Hammurabi, Buenos Aires, 2003.

VOGEL, Joachim, "How to determine individual criminal responsibility in systemic contexts: twelve models", *Paper* presentado en el 14th *International Congress on Social Defence: Social Defence and Criminal Law for the Protection of Coming Generations*, Lisboa, 2002.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl, *Derecho penal Parte General*, 2^a Ed. , Ediar, Buenos Aires, 2002.

