



UNIVERSIDAD NACIONAL DEL NORDESTE

CRISIS DE LA ACCESORIEDAD LIMITADA EN LA PARTICIPACIÓN DELICTIVA:

**Una propuesta de sistematización desde el funcionalismo normativista
y criterios de imputación objetiva.**

LISI ROMINA ACEVEDO

TESIS DOCTORAL

DIRECTOR: PROF. DR. HERNÁN GRBAVAC

Co - DIRECTORA: PROF. DRA. ELIZABETH PACE

Corrientes, octubre 2025.

RESUMEN

El presente trabajo aborda el estudio y relevamiento de los fundamentos y presupuestos que justifican la punibilidad y determinan la responsabilidad penal de cómplices e inductores. Se parte del principio de autorresponsabilidad como principio rector para el establecimiento de la responsabilidad penal en el caso de múltiples intervinientes en el hecho único. Luego se exponen las diversas teorías elaboradas por la doctrina para conceptualizar al autor y diferenciarlo de los cómplices e inductores. Seguidamente se desarrollan las teorías que explican el fundamento del injusto del partícipe y se analiza el principio de accesoriedad, fundamentalmente en lo que respecta a su dimensión interna y a su versión limitada, y se exponen las críticas que se le han dirigido. Los propósitos de este trabajo consisten en poner a prueba las consecuencias sistemáticas de exigir que el autor cometa un injusto doloso para que sea posible castigar a los terceros que intervienen en él, es decir, de los presupuestos del principio de accesoriedad limitada. A tal efecto, se realiza una propuesta de fundamentación de la responsabilidad penal de cómplices e inductores desde una visión normativa y funcionalista bajo criterios de imputación objetiva, con base en los aportes de la teoría de la intervención de Günter Jakobs, Heiko Lesch, Ricardo Robles Planas y Alex van Weezel, cuyas ideas marcan el derrotero en la construcción de tal responsabilidad de los intervinientes. La investigación también se nutre de los aportes de la teoría de la imputación objetiva, de creación de un riesgo no permitido, que se traduce en un resultado típico, cuyo sentido delictivo se establece en función de una división de trabajo que acople tal conducta al contexto delictivo, y por tanto, no se encuentre amparada por la prohibición de regreso y el principio de confianza. Estos criterios permiten determinar los límites a la responsabilidad de los intervinientes, sin perder de vista la individualidad de cada acción y, en consecuencia, el cuántum de la pena según la ponderación del aporte. Todo ello, en consideración al marco legal establecido en el Código Penal argentino (art. 45 ssgts. y ccdtes.)

Dedicatoria

Dedicado a mi madre, Erenia Acosta, y a mi padre, Roberto Oscar Acevedo por su amor incondicional, porque desde el principio me hicieron creer que sería capaz de grandes retos, y lo fui. A mi mayor inspiración, mis hijas Rosario y Mía y mi esposo Luis Oscar. Y a hermano Roberto David.

Agradecimientos

Primero dar gracias a Dios, por estar conmigo en cada paso que doy, por fortalecer mi corazón e iluminar mi mente y por haber puesto en mi camino a aquellas personas que han sido mi soporte y compañía durante todo el periodo de estudio.

Mi más profundo agradecimiento a mi director de tesis, Dr. Hernán Darío Grbavac. Su experiencia, comprensión y paciencia contribuyeron a mi experiencia en el complejo y gratificante camino de la investigación. Su guía constante y su apoyo me han motivado a alcanzar alturas que nunca imaginé. Por escucharme y aconsejarme siempre.

Asimismo, no tengo palabras para expresar mi gratitud a la Dra. Elizabeth Pace Wells, por su generosidad, porque sin conocerme, abrió su corazón y su confianza para ofrecerme su invaluable apoyo y colaboración en este camino. Su guía ha sido un faro que iluminó los momentos de dificultad, y esta tesis es el reflejo de esa generosidad.

Quisiera agradecer también al Dr. Héctor Raúl Cornejo, por sus consejos y enseñanzas que han marcado una gran diferencia en mi desarrollo profesional. Gracias por haber compartido conmigo su sabiduría y su pasión por el Derecho.

En general, quisiera agradecer a todas y cada una de las personas que han vivido conmigo la realización de esta tesis doctoral, a mis compañeros de trabajo, del Tribunal de Revisión, que no necesito nombrar porque tanto ellos como yo, sabemos que desde los más profundo de mi corazón les agradezco el haberme brindado apoyo, colaboración, ánimo y sobre todo cariño y amistad.

TABLA DE CONTENIDO

INTRODUCCIÓN	11
Presentación general de los problemas a desarrollar.....	11
Problemas en el ámbito de la tipicidad.	13
Problemas en el plano de la tipicidad subjetiva.	20
Problemas de la accesoriedad en el ámbito de la antijuridicidad:.....	22
Marco teórico. Objetivos.	23
Hipótesis.	28
Metodología.	33
Breve reseña de la influencia germana en la doctrina argentina. La fuente germana como cita de autoridad en materia penal.	34
CAPITULO I	38
PRINCIPIO DE AUTORRESPONSABILIDAD Y SU INCIDENCIA EN LA CONFIGURACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD PENAL.	38
Introducción.	38
Principio de autorresponsabilidad: concepto.	39
Alcance del principio de autorresponsabilidad en la configuración de la responsabilidad penal.	41
Conclusión.	50
CAPITULO II	50
CONCEPTOS BÁSICOS SOBRE INTERVENCION DELICTIVA.....	50
Introducción	50
Concepto unitario de Autor.....	55
Concepto extensivo de autor.	57
Concepto restrictivo de Autor.	58
Distinción entre autoría y participación.	60
Teorías subjetivas.....	60
Teorías objetivas	61
Teoría formal-objetiva.	62

Teoría material-objetiva.....	63
Teoría del dominio del hecho.....	64
Welzel y el dominio final del hecho.	65
Teoría del dominio funcional del hecho de Roxin.....	66
Propuesta de reconstrucción dogmática del Dr. Nelson Pessoa: Autor en el derecho argentino es el “ejecutor del hecho”, art. 45 del CP.....	68
Teoría Funcionalista Sistémica de Jakobs. La normativización del concepto de autor.	69
Tesis de Bolea Bardón. La autoría como realización típica (imputación de riesgos). El dominio del hecho como dominio del riesgo.	72
Teoría de Michael Pawlik. Breves consideraciones.....	73
Recapitulación.....	75
Conclusión	76
CAPITULO III.....	77
ESTADO ACTUAL DE LA DISCUSIÓN TEÓRICA SOBRE EL FUNDAMENTO DE LA PUNIBILIDAD DE LA PARTICIPACION CRIMINAL	77
Introducción	77
Fundamento de la punibilidad de la participación criminal.	78
Teorías de la causación.	80
Teoría de la causación pura: la construcción del denominado delito del partícipe (Lüderssen)...	80
Teoría de la causación o del favorecimiento.....	81
Teorías del ataque accesorio al bien jurídico (Roxin).....	82
Teorías de la Corrupción.....	83
Teoría de la participación en la culpabilidad del autor (Mayer)	83
Teoría de la participación en el injusto ajeno o de la participación en el ilícito (Less)	85
Modernas tendencias.....	85
Teoría de las normas de Rudolphi y Stein	85
Teoría de la solidarización con el injusto ajeno de Schumann	86
Teoría de Jakobs o teoría de la participación en el injusto referida al resultado.....	87
Teoría de Robles Planas. La complicidad como sentido conjunto objetivo.....	89
Conclusión.	91

CAPITULO IV.....	93
ACCESORIEDAD O RESPONSABILIDAD COLECTIVA DE LOS INTERVIENTES	93
Introducción	93
Accesoriedad: Breve consideración general del Derecho Comparado y origen del término.....	94
Concepto.	96
Dimensiones de la accesoriedad: Cuantitativa y Cualitativa. Sistemas.	101
Problemas de la accesoriedad desde el punto de vista subjetivo: ¿resulta admisible la punibilidad de la participación culposa? ¿Y la participación dolosa en hecho culposos?.....	104
Críticas a la accesoriedad.....	112
Responsabilidad colectiva de los intervinientes en el hecho único. Conducta con expresión de sentido delictivo e imputación objetiva.	119
Conclusión	129
CAPITULO V	131
INTERVENCION DELICTIVA CON BASE FUNCIONALISTA	131
Introducción	131
Intervención delictiva con base funcionalista.	133
La teoría de la imputación objetiva: su aplicación en el ámbito de la intervención delictiva.....	142
División de trabajo vinculante y aislante.	159
Prohibición de regreso. Límites normativos a la responsabilidad en la intervención delictiva.	164
Principio De Confianza.....	173
Aplicación del principio de confianza al ámbito de la participación criminal.....	176
Conclusión.	178
CAPITULO VI.....	179
SUPUESTOS DE INTERVENCIÓN EN PARTICULAR.....	179
Introducción.....	179
Recapitulación de las teorías que abordaron el estudio y delimitación de la autoría y la participación.....	179
Instigación.....	190
Concepto	190
Caracteres.....	193

Desde el plano Subjetivo.	201
El dolo del inductor y el problema del agente provocador	206
Diferencias entre el instigador, el autor mediato y el cómplice psicológico.....	207
Instrumento que actúa bajo coacción u otros procedimientos similares.	207
Instrumento que actúa bajo error.	208
Utilización de inimputables.	209
Los delitos especiales.....	211
Los supuestos de “instrumento doloso no cualificado”, de utilización de cualificado por no cualificado y de “instrumento doloso sin intención”.	213
La llamada autoría mediata mediante instrumento doloso no cualificado.	213
Utilización de un instrumento cualificado por parte de un no cualificado.....	216
Exceso de la conducta del instigado.	217
Complicidad.....	218
Elementos objetivos de la complicidad.....	219
Elementos Subjetivos.....	220
Comunicabilidad de las circunstancias.	226
Clases de complicidad: Teorías que diferencian entre partícipe primario y secundario.	228
Diferencias entre coautoría y complicidad.....	231
El cuántum del aporte	235
Conclusión	237
CONCLUSIONES	238
Referencias Bibliográficas	246

Abreviaturas

ADPCP	Anuario de Derecho penal y ciencias penales
AFDUAM	Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid
apdo.	Apartado
art./arts.	artículo/artículos
AT	Allgemeiner Teil (Parte General)
BGH	Bundesgerichtshof (Tribunal Federal Alemán)
BGHSt	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Strafsachen
Cap.	Capítulo
CP	Código penal
CPC	Cuadernos de Política Criminal
(dir.)/(dirs.)	director/directores
Ed.	edición
(ed.)/(eds.)	editor/editores
et al.	et alii
FS	Festschrift (Libro-homenaje)
GA	Goltdammer's Archiv für Strafrecht
LH	Libro Homenaje
n.	nota
p./pp.	página/s
RDPC	Revista de Derecho penal y Criminología
RECPC	Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología
RG	Reichsgericht (Tribunal Supremo del Reich)
s./ss.	siguiente/s
StGB	Strafgesetzbuch (Código penal alemán)
STS	Sentencia del Tribunal Supremo

TS	Tribunal Supremo
ZIS	Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik
ZStW	Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft

INTRODUCCIÓN

Presentación general de los problemas a desarrollar.

La determinación de la autoría resulta sencilla cuando el hecho delictivo es preparado, ejecutado y consumado por una única persona. Sin embargo, la cuestión se complejiza cuando intervienen una pluralidad de sujetos. Así, mientras la autoría individual ha dejado de ser un tema de debate, la participación delictiva continúa siendo objeto de controversia en la doctrina, en este ámbito se discuten diversas posturas, desde aquellas que consideran que todos los intervinientes en un hecho deban ser tratados como autores, como también que no resulta posible concebir al partícipe si no es en relación con la figura del autor, y por último que pueden existir partícipes sin autores. La presente investigación trata sobre el principio de accesoriedad de la intervención delictiva e intenta arrojar luz sobre estas cuestiones.

El artículo 45 del Código Penal argentino constituye el fundamento legal que tipifica y sanciona las distintas formas de intervención delictiva, tales como la coautoría, la inducción y la participación necesaria. Conforme a esta norma, la respuesta punitiva es idéntica tanto para la conducta del autor como para la del partícipe necesario y el instigador, equiparando la pena establecida para el delito en cuestión. Solo en el caso de la complicidad secundaria, según el art. 46, se establece una distinción obligatoria en la respuesta punitiva. Sin perjuicio de lo establecido en los arts. 40 y 41, que regulan el proceso y los criterios para la individualización de la pena por parte de los jueces, y entre cuyos criterios figura la participación que haya tomado en el hecho.

En materia de participación, según la doctrina, rige el principio de la accesoriedad, que consiste básicamente en “tomar parte en el hecho ajeno realizado por el autor” (Donna, 2006, p. 226). En función de tal principio se establece una especie de relación de dependencia

del partícipe respecto del autor, por lo cual, para ser partícipe, ha de preexistir un hecho, llamado “hecho principal”, al cual se hace referencia al mencionar a un “autor”.

Esta dependencia puede ser analizada desde dos puntos de vista, según se tome como base: la fase de ejecución del *iter criminis* o el aspecto interno de los hechos, a la que se denomina accesoriedad cuantitativa, aspecto que no plantea grandes problemas, y consiste en que si el hecho principal se ha realizado totalmente el partícipe responderá por su participación en hecho consumado, mientras que si el hecho se ha realizado parcialmente responderá por su participación en un delito tentado.

Y el aspecto denominado cualitativo o interno, en el que juega un papel primordial aquello que ha de exigirse al hecho del autor que, según el sistema que se adopte, puede requerirse que la conducta principal sea típica (accesoriedad mínima), típica y antijurídica (accesoriedad limitada), o típica, antijurídica y culpable (accesoriedad máxima o extrema). La doctrina mayoritaria aboga por la accesoriedad limitada, a lo que se agrega que, la actuación tanto del autor como del partícipe sean dolosas.

En el Título VII del Código Penal argentino que se dedica a tratar la participación criminal no surge una consagración expresa del modelo de la accesoriedad limitada. Los artículos de dicho título se refieren al 'hecho' para la instigación y la complicidad, sin detallar los presupuestos de este modelo. Pese a ello, la doctrina mayoritaria asume la accesoriedad limitada y algunos autores sostienen que este modelo se desprende de una interpretación armónica de los artículos 47 y 48 del Código Penal (Zaffaroni, 2002, Sancinetti, 1991).

Asumir que el hecho tiene que ser típico, antijurídico y doloso para poder responsabilizar al partícipe en la comisión del delito presenta una serie de problemas, frente a los cuales se han proporcionado diversas soluciones que intentan subsanar las grietas que se presentan por asumir tal sistema autoimpuesto. Pues, no está del todo fuera de discusión que

siempre deba ser impune la intervención en calidad de cómplices e inductores en un hecho no doloso o justificado, o que, tratándose de un hecho culposo, no se pueda de por sí indagar acerca del rol de cada agente en los supuestos de codelincuencia. Como así tampoco que, la existencia de un hecho típico, antijurídico y doloso, implique cerrar la discusión en relación con la eventual responsabilidad del partícipe, en tanto frente a una hipótesis de 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. A continuación, veremos cada uno de estos problemas:

Problemas en el ámbito de la tipicidad.

Entonces, según la doctrina de la accesoriedad limitada la conducta del partícipe solo es punible si se vincula a un hecho principal típico, antijurídico y doloso. Esto significa que el partícipe debe acceder a los elementos del injusto del autor principal, tanto en su dimensión objetiva como subjetiva, para que su participación pueda ser sancionada. Esta 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.

Los delitos de infracción de deber.

La participación solo es posible cuando concurre un hecho objetivamente típico. Por ejemplo, en el caso del suicidio, 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, la consecuencia dogmática sería la impunidad para los partícipes. El tema se complejiza cuando, para que la intervención del agente sea punible, se exige en él que también concurren todos los elementos de la autoría específicos del delito (Jakobs, 1997a). Ámbito este de los delitos especiales.

El diseño original de los delitos de infracción de deber corresponde a Claus Roxin (2014), 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 descripto 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. 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.

En el Código Penal argentino se pueden hallar como delitos de infracción de deber los siguientes: 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.

En estos casos, para la fundamentación de la autoría 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 es la lesión de un deber contenido en una norma *extra penal* (Roxin, 2014) que solo está dirigida al autor y no alcanza a los partícipes que no poseen la calidad exigida por el tipo. Es decir, solo podrá ser autor quien tenga un determinado vínculo con el bien jurídico (funcionarios, administradores, garantes en delitos de omisión, etc.).

Para la doctrina dominante los delitos especiales son aquellos delitos cuya conducta a título de autor solo es punible si es realizada por determinados sujetos. En los delitos especiales propios, si quien realiza la conducta no ostenta la cualificación requerida no puede ser en ningún caso autor (Robles Planas, 2003). Los delitos especiales impropios, son aquellos en los cuales la especial cualificación es constitutiva de una agravante, mas no de la punibilidad por la figura básica.

Los delitos de infracción de deber para Jakobs

Jakobs (1997a) elabora su teoría del delito sobre la base de la distinción entre deberes que provienen de la organización del agente y deberes que provienen de su posición institucional. Entonces, “en los delitos comisibles por cualquiera, el dominio del hecho 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” (p. 791).

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.

Para Jakobs (1997a) en los delitos de infracción de deber el dominio del hecho es un criterio irrelevante para distinguir entre autores y cómplices. Y, a diferencia de Roxin, 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, entre otro – que determinan derechos y deberes. 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.

Esta delimitación de la autoría a la existencia previa de una institución, tiene otra consecuencia: 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 consuma 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. En este caso, decae la participación a favor de una autoría más amplia.

Según Jakobs (1997a),

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 (p. 797).

Entonces 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. Y en los delitos de infracción de deber, si el obligado infringe su deber (por acción u omisión), lo hará siempre a título de autor, incluso aunque no haya tenido el dominio del hecho. Solo podrá ser autor de cohecho quien reúne la calidad de funcionario, y si en el hecho interviene un agente que no tiene esa calidad, solo podrá ser partícipe.

Por último, sostiene Jakobs (1997a)

Como en los delitos de infracción de deber la distribución de formas de conducta siempre va a verse eludida por la inmediatez del deber, no puede servir 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 solo cabe determinarlo en función de su propio comportamiento (solución individual). Esta solución tiene especial trascendencia para la intervención de garantes, cuya posición se debe a relación conyugal, paterno-filial, etc., en delitos de comisión: La aportación del garante sin dominio del hecho puede ya constituir una tentativa en concepto de autor, incluso si no se produce la tentativa del «hecho principal». Ejemplo: El marido que auxilia al asesino de su esposa es autor de un homicidio intentado, aun 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 (p. 792).

Por ello, Jakobs (1997a) propone como más exacta que la denominación “delitos de infracción de deber”, la de “delitos con deber que eluden la accesoriedad” (p. 792).

La 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 más problemáticos:

1) *Instrumento doloso no cualificado*: este caso se presenta en el ámbito de los delitos especiales, pues, como dijimos, aquí solo 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*).

El problema se presenta aquí para la teoría del dominio del hecho, pues el *extraneus* 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 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 *extraneus* no puede ser autor por falta del requisito de autoría y el *intraneus* no puede ser instigador porque la instigación supone la autoría en el instigado. Casos como este se han considerado tradicionalmente como supuestos de autoría mediata, descartándose tanto el dominio del hecho como la accesoriedad limitada. Sobre lo que existe acuerdo inicial es respecto de la punibilidad del *intraneus* como autor mediato, que realiza la acción de ejecución por medio de un *extraneus* que obra con dolo, y del instrumento, que realiza la acción de ejecución en forma directa, como partícipe (Bacigalupo, 1999, p. 515).

En esta clase de delitos se pone que la accesoriedad no juega ningún papel. En efecto, la acción del partícipe no depende del dominio del hecho y del dolo del autor (*intraneus*), sino de la infracción de su deber, 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. Jakobs considera que el *extraneus* ejecuta la acción, pero no es autor de un delito a causa de su carencia de calidad especial requerida y el *intraneus* no lo comete como autor, sino que simplemente participa.

2) *Instrumento cualificado que obra en error*: este caso se presenta cuando alguien que no puede ser autor directo por no ostentar la calidad exigida por el tipo utiliza como instrumento a quien posee 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:

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 accesoriedad limitada, pues, si la amenaza solo elimina la culpabilidad del autor de falso testimonio, resulta punible el hombre de atrás como instigador de un hecho típico, antijurídico y doloso. 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 accesoriedad 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.

Las dificultades que plantea este caso, se ven aún más claras cuando el hombre de atrás causa un error que excluye el dolo en el autor *intraneus*; 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.

Jakobs (1997a) 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 (p. 800). El autor proporciona el ejemplo de alguien que origina que un médico revele un secreto fingiendo que todo el mundo

lo sabe ya de sobra, y el caso en que tras un accidente de tráfico, se le hace creer a un interviniente que no ha pasado nada; el interviniente se aleja sin sospechar nada.

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. Pero si el que obra sin dolo es responsable por la conexión, cabe fundamentar una responsabilidad accesoria, es decir, en concepto de participación (o bien, de coautoría)

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 (Jakobs, 1997a, p. 800 y 802).

En suma, la punición de la participación es adecuada en la medida en que el hecho principal es injusto imputable para el cualificado.

Problemas en el plano de la tipicidad subjetiva.

¿Es posible la participación punible en hechos culposos?

La pregunta que también nos formulamos es si, se puede ser partícipe en el ámbito de los delitos de dominio. Dado que, cuando varias personas cometen conjuntamente un delito culposo, no es posible hacer una distinción entre autoría y participación, pues, en todos los intervinientes está ausente la previsión del resultado típico. Por ende, no podría hablarse del dominio del hecho por parte de ninguno de ellos. La violación del deber de cuidado y el nexo causal con el resultado conducen directamente a la autoría del agente, por lo tanto, tanto la coautoría como la participación no serían posibles.

Algunos autores como Mir Puig (2006), no obstante, adherirse al modelo limitado de la accesoriedad, la admite la participación en hechos culposos. Sostiene que sería posible la participación culposa en un hecho culposo, por ejemplo, el acompañante que induce al conductor a conducir a una velocidad temeraria, lo que produce un accidente. Por otro lado, también sería posible la participación dolosa en un hecho culposo, 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.

Entonces si la respuesta a la pregunta sobre la posibilidad de distinguir entre autoría y participación en los casos en que el actuar culposo de varias personas confluye en el mismo resultado fuera positiva, la instigación y la complicidad culposas, tendrían que quedar impunes puesto que solo se conmina penalmente la participación dolosa. En suma, la eventual intervención culposa en un delito doloso es tratada como una autoría culposa. 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 (Jakobs, 1997b). Por su parte, en el caso de una eventual intervención dolosa en un hecho culposo, se resuelve generalmente como una autoría mediata del hombre de atrás que actúa dolosamente.

Jakobs (1997b) advierte que 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. 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.

De lo expuesto se infiere que el concepto unitario de autor sería la alternativa para estos casos, no obstante, en ordenamientos positivos como el nuestro, que no tipifican expresamente la dolosidad del hecho principal del autor, aquel obstáculo de derecho positivo no existe y debería de ser posible proceder a una distinción similar a la que existe en relación con los delitos dolosos en el plano de la participación. 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 (Jakobs, 1997b).

Problemas de la accesoriadad en el ámbito de la antijuridicidad:

¿Es posible la 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 solo en consideración a su contexto, o sea, a la situación de justificación (Jakobs, 1997a, p. 419). 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 extienden a todos los protagonistas que hayan participado en la comisión del hecho, es consecuencia del principio de accesoriadad sostenido mayoritariamente por la doctrina (Bacigalupo, 1999, p. 521).

Bajo el modelo de accesoriadad limitada, la participación es punible solo si la conducta del autor principal es típica y antijurídica, por ende, bajo dicho sistema no se puede castigar a los partícipes si la conducta del autor está justificada. En torno a esta cuestión, Jakobs (1997a) propone el caso del tercero que 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) (p. 463).

En este caso la defensa del autor es conforme a derecho, pero es antijurídica para el cómplice o partícipe. Por lo tanto, la consecuencia lógica del modelo de accesoriedad limitada es la impunidad del partícipe. Igual consecuencia se seguiría en el caso en que 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 (2004), 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) (p. 425).

Entonces, la pregunta 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, lo cual implicaría un quiebre en el presupuesto de la antijuricidad exigido por la accesoriedad limitada para la punibilidad del partícipe.

En relación a estos supuestos Jakobs (1997a) postula que, la valoración de la obra en común puede tener lugar con carácter relativo (p. 453), y al respecto responde Sancinetti (1991) que una dependencia que es relativa a la situación de cada participante, deja de ser dependencia; es autonomía, lo que sería un argumento a favor de la tesis de que el ilícito de cada participante es un asunto propio.

Marco teórico. Objetivos.

La naturaleza accesorio de la participación conforme la concepción expuesta es la que ocasiona las deficiencias que se presentan en el tratamiento del tema por sus consecuencias prácticas, dado que solo se puede hablar de participación dolosa y únicamente cuando se trate de un hecho principal típico, antijurídico y también de carácter doloso.

Como advierte Jakobs, esto se opone a los principios generales de distribución de la responsabilidad. Si, por ejemplo, A lanza a la víctima una piedra en la cabeza, la responsabilidad de quien le ha proporcionado la piedra (B) no puede depender de si A ha actuado de manera imprudente o dolosa. Según el Derecho alemán vigente, si A actuó dolosamente, B deberá responder como cómplice; en cambio sí A actuó de manera imprudente, B deberá responder como autor mediato (Robles Planas, 2000).

Además, el principio así concebido resulta contra-intuitivo con la idea de que la responsabilidad penal siempre es por el hecho propio, lo que se conecta con los principios de dignidad y de culpabilidad que tienen una función decisiva en la garantía de la libertad, propios de todo Estado de derecho. Mir Puig (1994) ha considerado que la aplicación de sanciones penales respeta la dignidad humana solo cuando se impone a alguien por algo que pueda considerarse obra suya en cuanto ser racional.

Por ello, para comprender la responsabilidad del partícipe se debe acudir al principio de autorresponsabilidad según el cual a una persona solo se la puede sancionar penalmente por aquello que forme parte del ámbito de responsabilidad propio, y no por aquello que le sea extraño (Miró LLinares, 2009). Así pues, desde esta perspectiva, es inevitable reconocer que la tesis de la participación en el hecho ilícito, cuya lógica consiste en que la responsabilidad jurídico penal a título de participación radica en la intervención en el hecho de otro (el autor), no es compatible con el mencionado principio (Bringas, 2008).

“El fundamento de la punibilidad del partícipe solo puede construirse sobre aquello que de él depende” (Robles Planas, 2007, p. 145), dado que una persona, que goza de un campo libre para poder auto-administrarse, asume, con ello, también la propia responsabilidad por las consecuencias de una administración deficiente. Existe así un sinalagma entre propia administración y propia responsabilidad; entre el derecho de gozar de

campos de libertad y la obligación de cargar con los costes. Libertad sin responsabilidad no es libertad personal, es pura arbitrariedad (Lesch, 1995)

El principio de autorresponsabilidad establece un límite general a la atribución de responsabilidad, pues no permite castigar por conductas ajenas. Según Renzikowski (1997), cada uno solo puede ser castigado por su propio injusto y el fundamento de la participación se halla en la lesión de una norma de conducta independiente y no en la imputación del injusto ajeno (como se citó en Bolea Bardón, 2000, p. 118).

Una formulación general de este principio también nos ofrece Mayer cuando afirma que la persona responde frente al derecho no por lo que quiere sino por lo que hace y no por lo que otro hace - y Schumann - cuando sostiene que la primera y más evidente consecuencia del principio de propia responsabilidad consiste en la limitación del ámbito de responsabilidad de cada uno al propio actuar de cada sujeto (como se citó en Bolea Bardón, 2000, pp. 116-117).

Por su parte, Sancinetti (1998) ha sostenido la autonomía del injusto del partícipe respecto de todo tipo de accesoriedad, desde un enfoque subjetivista radical (p. 36).

Desde el punto de vista de una teoría de la responsabilidad que se base en el quebrantamiento de una norma de conducta que sirve de modelo del contacto social, ni una ni otra forma de accesoriedad tiene razón de ser. Construida que sea la norma dirigida personalmente al partícipe, él infringe el precepto por su comportamiento individual. Al menos cuando él asume la posibilidad, ya no revocable con seguridad, de que el hecho en el que colabora puede llegar a lesionar el bien jurídico, ya habrá infringido la “norma máxima”, cualquiera

que sea el contexto objetivo real y los hechos o representaciones del autor principal. (Sancinetti, 1997, p. 90).

Por su parte, Jakobs (1997) parte de considerar que la responsabilidad jurídico penal se fundamenta en el quebrantamiento de roles: el rol especial, basado en una institución positiva, y el general de persona o ciudadano, que se asienta en la institución básica de toda estructura social. El rol común, en su lado positivo, constituye al ser humano en persona en derecho; en centro de imputación construido normativamente. Desde el lado negativo, mientras tanto, los somete al mandato jurídico elemental negativo: ¡no lesionar a otro! Deber cuya finalidad es mantener una separación entre las distintas esferas de organización de las personas: respetar un Estado de libertades. Considera además que la responsabilidad del portador de un rol ligado a una institución no es definida a través de un ámbito de organización, sino mediante un status altamente personal, debiéndose entender por status una madeja de relaciones entre el obligado y el bien en cuestión de la cual el deber reforzado penalmente representa tan solo una parte.

Estas afirmaciones constituyen, *grosso modo*, el esquema de imputación en los delitos de dominio o por competencia de organización. Asimismo, expone que es admisible la organización conjunta para llevar a cabo una empresa criminal, pero esta organización no significa que cada uno realice una propia obra dentro de un marco común, sino, por el contrario, que todos se unan en una sola obra. Puesto que, en definitiva, el campo de la participación consiste en lo que suele denominarse reparto de trabajo (Jakobs, 1997).

De los planteamientos de Jakobs se desprenden dos consecuencias para la teoría de la participación delictiva. La primera, debido a que se imputa el mismo injusto como consecuencia de la organización conjunta de los intervinientes con sentido objetivamente delictivo, ya no se puede admitir como incuestionable la accesoriedad cualitativa según la

cual la responsabilidad del partícipe depende del injusto del autor. La segunda consecuencia es la subsistencia de la accesoriedad cuantitativa. La transición del hecho hasta el estadio de ejecución para la concreta determinación de un injusto punible resulta más que necesaria tanto para la imputación a los intervinientes, lo cual rige para todos los intervinientes no solo para el cómplice o el inductor, sino también para el propio autor. Ya no se analiza cuando un aporte de un individuo cobra relevancia penal, sino cuándo determinadas personas (un colectivo) resultan competentes por un riesgo típico, el que solo adquiere relevancia —para todo el colectivo— con el inicio de la ejecución del hecho.

Sostiene Lesch (1995) que las características subjetivas típicas del delito, en la responsabilidad accesoria, no deben ser reunidas por todos los intervinientes en su persona (al contrario de lo que opina la concepción habitual), sino que solo deben concurrir como tendencia supraindividual de la acción del colectivo. Ello es así porque en el campo de la organización de comportamientos mediante división de trabajo, el sujeto de la acción que se confronta con la descripción del delito recogida en la parte especial es la unidad organizativa colectiva de los intervinientes, y no cada unidad organizativa por separado. Es decir, para la atribución de responsabilidad penal a un sujeto, no es suficiente la causación directa del hecho, sino que se le debe agregar un elemento más, el elemento normativo.

El dominio sin competencia no es de interés ni jurídico-penalmente ni en los demás aspectos de la vida social (Jakobs , 2000, p. 92) El empleo de la imputación objetiva ofrece una nueva estructura relativa a la participación. En la cuestión de la esencia y fundamento punitivo de la complicidad, podemos ver un caso especialmente importante de aplicación del principio de imputación objetiva del incremento del riesgo. A partir de la aplicación del principio del incremento del riesgo a la complicidad se deriva que, la actividad del cómplice que incrementa las chances de éxito del hecho principal, es punible como complicidad

consumada. Sin embargo, si no se produce un incremento del riesgo, solo puede tratarse de tentativa de complicidad impune (Schaffstein, 2016).

Si bien Jakobs (1997a) no se ha referido expresamente respecto a la corrección o insuficiencia de la accesoriedad, sí lo hace, en cambio, cuando considera posibles la intervención culposa en ejecuciones dolosas, la intervención dolosa en ejecuciones culposas y la intervención culposa en ejecuciones culposas.

Ha señalado que la evitabilidad del interviniente no se refiere a una realización del tipo sino a la infracción de su incumbencia, esto es, a la conducta que proporciona el fundamento para imputarle la ejecución. Asimismo, ha considerado posible la inducción imprudente, (p. ej. un parlanchín que no se da cuenta de que el lábil destinatario de su perorata toma como vinculantes las fantásticas promesas de recompensa que el parlanchín no ha formulado en serio) (Jakobs, 2016, p. 71).

El reconocimiento lógico de que cada interviniente responde por su aporte (autorresponsabilidad) no debe llevar, necesariamente, a la conclusión de que cada uno ha realizado un injusto propio. Es perfectamente posible, en términos conceptuales, entender que los distintos ámbitos de responsabilidad se fundan en una expresión de sentido mancomunada. Esta unidad de sentido la da, precisamente, el hecho típicamente relevante (Reátegui Sánchez, 2014)

Hipótesis.

Se aborda la concurrencia de personas en el delito, partiendo de la base que la responsabilidad solo puede ser estrictamente individual, que injusto solo puede ser la realización de un tipo delictivo, y que, tratándose de supuestos de intervención delictiva, dicho injusto constituye siempre una obra común. Asimismo, que cada interviniente responda

por su aporte (autorresponsabilidad) no debe llevar, necesariamente, a la conclusión de que cada uno ha realizado un injusto propio. Sino más bien que los distintos ámbitos de responsabilidad se fundan en una expresión de sentido mancomunada. Esta unidad de sentido la da, el hecho típicamente relevante.

Así, sería el hecho típico el que se imputa a todos en conjunto, y tanto, lo más importante ya no sería determinar si alguien es autor o cómplice, sino establecer si los sujetos son competentes por la realización típica. Esta *realización típica*, o como se prefiere mencionar en el presente trabajo, *conducta con expresión de sentido delictivo* se halla íntimamente vinculada con los niveles de la *teoría de la imputación objetiva*: imputación objetiva del comportamiento e imputación objetiva del resultado. Asimismo, cobran especial importancia los criterios de: división de trabajo, prohibición de regreso, principio de confianza, entre otros, que serán objeto de análisis a la luz de su aplicación a la teoría de la intervención delictiva.

La sistematización de la participación que se propone se basa en el funcionalismo normativista, que pregona el cumplimiento de expectativas sociales y la vigencia de la norma, pilares de la Teoría de la imputación objetiva y además de mi propuesta. Es así como la estructura criminal desarrolla un hecho mancomunado y así mismo debe entenderlo el Derecho, pues el resultado delictivo les pertenece a todos, esta es una importante conclusión, ya que deja sin sustento a la Teoría de la accesoriedad. Es así como, a pesar de que el hecho es total, cada uno debe responder por la infracción de sus propios deberes.

Esta construcción teórica se fundamenta en los aportes de la teoría de la intervención de Günter Jakobs, Heiko Lesch, Ricardo Robles Planas y Alex van Weezel, cuyos conceptos y postulados marcan el derrotero en la construcción de la responsabilidad de los intervinientes. La investigación también se nutre de los aportes de la teoría de la imputación

objetiva, de creación de un riesgo no permitido, que se traduce en un resultado típico, cuyo sentido delictivo se establece en función de una división de trabajo que acople tal conducta al contexto delictivo, y por tanto, no se encuentre amparada por la prohibición de regreso y el principio de confianza. Estos postulados dilucidan los límites a la responsabilidad de los intervinientes, sin perder de vista la individualidad de cada acción y, en consecuencia, el quántum de la pena según la ponderación del aporte. Todo ello, en consideración al marco legal establecido en el Código Penal argentino (art. 45 ssgts. y ccdtes.)

El objetivo general de nuestra investigación es determinar la responsabilidad de los varios sujetos intervinientes en el delito a partir de la idea de autorresponsabilidad, desde una visión funcionalista de la responsabilidad penal entendida como el quebrantamiento de un rol y de la reformulación del principio de accesoriedad como mancomunidad de significado de los diversos aportes en la realización típica común, acudiendo para la determinación y delimitación de las esferas de responsabilidad a criterios de imputación objetiva.

Para ello, nos hemos propuesto los siguientes objetivos específicos:

a) Determinar el contenido del principio de autorresponsabilidad y su incidencia en la configuración de la responsabilidad penal (capítulo I).

b) Desarrollar las teorías que diferencian al autor de los partícipes (capítulo II).

c) Desarrollar las teorías que fundamentan la punibilidad del partícipe (capítulo III).

d) Analizar el carácter accesorio de la participación y el requisito del doble dolo (tanto en el partícipe como en el autor) y la posibilidad de participación culposa y participación dolosa en hecho culposo (capítulo IV).

e) Reformular normativamente la fundamentación de la responsabilidad penal del partícipe (capítulo IV y V).

f) Explicar los criterios de imputación objetiva que sirven en la delimitación de las esferas de responsabilidad entre los intervinientes: división de trabajo, prohibición de regreso y principio de confianza (capítulo V).

g) Analizar de modo particular la instigación y la complicidad, conceptos, requisitos y su relación con otras figuras (autoría mediata, coautoría, agente provocador) (capítulo VI).

Entonces, la línea argumental de la presente investigación, se divide en los siguientes capítulos:

La primera parte estará, orientada al desarrollo del principio de autorresponsabilidad, pues constituye la premisa base del planteamiento teórico. En el segundo capítulo se analizan las teorías acerca de la autoría y las críticas que se le formularon a cada una de ellas. Los intentos teóricos tendientes a cubrir y/o abarcar conceptualmente todas las formas de autoría: directa, mediata y coautoría. Como así también el esfuerzo por desarrollar un concepto único de autor abarcativo de las distintas modalidades de manifestación de la conducta delictiva: activa y omisiva, dolosa y culposa.

En el tercer capítulo, se categoriza y conceptualizan las teorías elaboradas para explicar el injusto de la participación. Se exponen críticamente aquellas que explican el fundamento del injusto del partícipe como accesorio del injusto del autor, con el fin de posicionarnos 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. Puntualmente en su versión limitada.

En el cuarto capítulo se aborda el estudio de la función del principio de accesoriedad en la participación, prestando especial atención a la discusión trabada en torno a su dimensión cualitativa, es decir, respecto a la necesaria concurrencia de un hecho típico, antijurídico y doloso para la punibilidad del partícipe. Como así también la necesaria exclusión en todos los casos de la responsabilidad penal en los supuestos de participación culposa y de participación dolosa en hecho culposo. Este tramo se concluye con la formulación de una concepción teórica normativa que establece la responsabilidad colectiva de los intervinientes en el hecho único y de la conducta con expresión de sentido delictivo.

En el capítulo quinto, se exponen los principios de la teoría de la imputación objetiva que resultan de aplicación al plano de la participación criminal. Es decir, en este tramo se procura enmarcar el comportamiento del interviniente como perteneciente o no al obrar conjunto, a través de la delimitación objetiva y/o normativa de su aporte, determinando cuando y a partir de qué momento su conducta adquiere el significado objetivo de favorecimiento en el delito. En este capítulo se procura establecer los límites del Derecho Penal frente a los espacios de normalidad cotidiana, es decir, aquellas conductas consideradas neutrales de las que revisten carácter delictivo. El nudo en esta línea discursiva se encuentra, por tanto, en establecer cuáles han de ser los factores para determinar la relevancia típica de una conducta de participación y si la misma se considera inserta en el actuar conjunto o mancomunado, o si reviste más bien carácter autónomo o independiente. Ello a través del desarrollo de los criterios imputación objetiva de división de trabajo aislante o vinculante, de prohibición de regreso y principio de confianza.

Por último, en el capítulo sexto, se desarrollan los supuestos de intervención en particular, la complicidad y la instigación. Su conceptualización, caracteres y requisitos. Los problemas que ocasiona el principio de accesoriedad en cada supuesto en particular, como el

dolo del inductor y el problema del agente provocador, la frontera entre instigación y la autoría mediata, los casos de “instrumento doloso no cualificado”, de utilización de cualificado por no cualificado y de “instrumento doloso sin intención”. En lo que respecta a la complicidad, sus elementos objetivos y subjetivos, las teorías que diferencian entre partícipe primario y secundario, el difuso límite entre coautoría y complicidad.

Metodología.

La investigación será teórica, no empírica, de enfoque cualitativo. Las actividades tienen que ver con la lectura y análisis de los conceptos. La metodología es cualitativa y el diseño metodológico adoptado tiene una etapa exploratoria y otra, explicativa. Se califica de exploratoria, en tanto que se intenta reexaminar categorías teóricas existentes en la literatura propia del campo disciplinar, y es explicativo, dado que un aspecto de la realidad (la intervención delictiva plural) en su significatividad será reinterpretado desde una concepción normativa en función de corroborar la hipótesis.

Nuestro trabajo gira en torno a exponer la crisis por la que atraviesa el principio de accesoriedad limitada en la participación. En principio, en función de su incompatibilidad con el principio de autorresponsabilidad, dado que, pregona una especie de relación de dependencia del partícipe respecto del autor. Lo cual exige explicar el concepto del principio de autorresponsabilidad y su alcance en la configuración de la responsabilidad penal. Se continúa con la exposición de las teorías sobre la autoría, las teorías que establecen los criterios para distinguir la autoría de la participación, y las teorías que explican el fundamento de la punibilidad de la participación. Se desarrolla el principio de accesoriedad, su concepto, sus dimensiones cualitativa y cuantitativa, se exponen las críticas a las que se han sometido sus postulados y se advierten acerca de los problemas que plantea su adopción. A continuación, propondremos una sistematización de criterios como alternativa de solución a

los problemas que plantea el principio de accesoriedad en su versión limitada. Comenzando así, por la construcción de la noción de responsabilidad colectiva de los intervinientes en el hecho único y de la conducta con expresión de sentido delictivo, lo que se conecta con el ulterior desarrollo de los fundamentos de un tipo de intervención con base en el funcionalismo normativista. En esta propuesta de sistematización se exponen también los criterios de la teoría de la imputación objetiva que resultan de aplicación al ámbito de la intervención delictiva. Finalmente, se desarrollan en particular la instigación y la complicidad, en lo que respecta a su regulación normativa, su conceptualización, sus requisitos, elementos y diferencias con otras figuras (autoría mediata, coautoría). Se analizan sus configuraciones desde una mirada de la doctrina tradicional como así también respecto de las consecuencias que acarrea en dichas modalidades de intervención, la propuesta de sistematización de la intervención basada en la teoría del funcionalismo normativista.

Breve reseña de la influencia germana en la doctrina argentina. La fuente germana como cita de autoridad en materia penal.

La inclusión del presente acápite se debe a la circunstancia de contar con un marco teórico eminentemente fundado en las teorías provenientes de autores de raíz germana. Por ello, consideramos necesario exponer brevemente la influencia que ha tenido y tiene la dogmática de aquel país en la ciencia jurídico penal argentina.

Thomas Duve (1999) explica, que la recepción parcial del Código de Feuerbach en nuestra primera codificación penal no tuvo impacto teórico, tal vez porque a fines del siglo XIX y principios del XX eran los italianos, tales el positivismo de Ferri y Garófalo y la llamada Escuela Moderna quienes dominaban la discusión penal.

Sostiene Zaffaroni (2014) que ha sido Luis Jiménez de Asúa sin duda el autor que más contribuyó a la difusión de la dogmática penal alemana en la región, y la traducción de

Edmund Mezger, tuvo gran importancia también en esta difusión. Por su parte, Sebastián Soler, con su tesis de 1929 había emprendido un fuerte embate contra el peligrosismo, además tradujo a Beling y publicó en la década de los cuarenta su obra general. La obra de Soler significó el comienzo del ocaso del positivismo peligrosista italiano en la literatura penal argentina y del ascenso de la dogmática penal alemana.

En síntesis, en los años sesenta del siglo pasado, las obras generales que dominaban la ciencia jurídico-penal argentina eran las de Soler, Núñez, Fontán Balestra y Jiménez de Asúa. Era de rigor la lectura de Liszt, Beling y Mezger (Zaffaroni, 2014), y en lo que respecta a la introducción al país del finalismo de Welzel, sostiene Zaffaroni (2014) que tuvo un notable impulso a raíz de un evento académico importante, que fueron las *Jornadas Internacionales de Derecho Penal argentino* de la Universidad de Belgrano en 1971, que convocó a un notable grupo de profesores europeos, entre los que se hallaba el propio Welzel, Jürgen Baumann, Klaus Roxin y Armin Kaufmann.

Sostiene Muñoz Conde (2000 como se citó en Pierre Matus, 2008) que la polémica antes estaba entre las teorías causalista y finalista de la acción con sus implicancias dogmáticas (diferencia entre error y error de prohibición, autoría y participación, etcétera.), posteriormente bajo el influjo de Roxin, se tomaron como base de la metodología penal la teoría de la imputación objetiva y el dominio del hecho, y la relación entre política criminal y dogmática penal. Y que hoy en día, sobre todo entre los jóvenes, se puede sentir la influencia de los planteamientos funcionalistas como, por ejemplo, los de Jakobs.

De cualquier manera, si hoy nos preguntáramos porqué citamos en derecho penal a los autores alemanes, la respuesta sea en razón del mérito científico de su producción científica. Como así también lo destaca Weezel (2008) cuando afirma que,

Habitualmente, el investigador opta por una de aquellas opciones, presenta los argumentos por los que la prefiere e introduce los matices que considera del caso. Mientras no se pierda de vista la identidad de la sociedad, la configuración normativa del ámbito para el cual se propone esa solución, el origen de los argumentos, puntos de vista, consideraciones, etc. es relativamente indiferente (p. 4).

Si la doctrina alemana no aportara elementos valiosos sobre la forma de plantear algunos problemas, si no explorara en profundidad cuestiones de interés para los investigadores no alemanes, si no abriera horizontes en la comprensión de algunos asuntos propios de la disciplina, hace tiempo que se habrían seguido otros derroteros. Puede ser que esto termine ocurriendo, que la ciencia penal alemana “se agote”, que se imponga una manera distinta de hacer derecho penal que convierta en obsoleto al “*mos germanicus*”, etc. Pero todo parece indicar que eso aún no ha ocurrido (Weezel, 2008).

Relacionando lo anterior con el tema a tratar en la presente investigación, tal importación extranjera se evidencia en la misma adopción del principio de accesoriedad en materia de participación, pues este principio es asumido en nuestro país, no obstante que, no hallarse expresamente regulado en nuestro Código, a diferencia de lo que ocurre con el Código Penal Alemán.

Entonces, la cita constante a los alemanes en los trabajos de investigación, constituye un método que es admitido y casi obligatorio en materia penal, al punto tal que es prácticamente impensable considerar como serio o fundado un texto sobre derecho penal sin que su autor haya citado profusamente a la doctrina germana. Por tal motivo es que en esta investigación se cita fundamentalmente la doctrina alemana, no obstante, también se ha intentado ampliar el marco teórico con autores pertenecientes a otras latitudes, como España,

Chile, Colombia y Perú. Dado que, se advierte por ejemplo en países como España que ha experimentado un amplio desarrollo dogmático, no solo en lo que respecta a la autoría y la participación, sino en la materia penal.

CAPITULO I

PRINCIPIO DE AUTORRESPONSABILIDAD Y SU INCIDENCIA EN LA CONFIGURACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD PENAL.

Introducción.

El primer aspecto a desarrollar es el paradigma a partir del cual se va a analizar el problema del fundamento y los criterios que servirán para la delimitación de la responsabilidad de cómplices e inductores desde un punto de vista normativo.

La idea consiste entonces en dejar a un lado las concepciones tradicionales que definen la participación a partir del principio de accesoriedad y que justifican su punibilidad dependiendo de la conducta del autor, es decir, alejado de las teorías que entienden la participación como una forma de intervención en un hecho ajeno, concepción que implica considerar a tales formas de intervención en el delito como una excepción al principio de autorresponsabilidad.

En efecto, tal paradigma está constituido por la idea de la autorresponsabilidad, interpretado normativamente en el sentido que dicha categoría no responde a una capacidad empírica, sino a una competencia normativa. Considerado a su vez desde tres aspectos fundamentales, en primer lugar, el principio en cuestión es el fundamento de la responsabilidad en la propia conducta, con lo cual se establece el límite general a la atribución de responsabilidad tal que, no se puede castigar por conductas ajenas. Seguidamente, se presenta como el reverso de la autonomía de la voluntad del individuo, según el cual cada sujeto ha de responder por las consecuencias de su propio comportamiento, y que se deriva de la idea del individuo como sujeto autónomo a quien el ordenamiento jurídico le reconoce un ámbito de libertad, construcción normativa que no

necesita de comprobación adicional. Pues la autonomía o libertad, en el sentido señalado, no se define como categoría ontológica.

Y por último que, la idea de autorresponsabilidad se vincula con la delimitación de esferas o ámbitos de responsabilidad, es decir, con establecer diferentes formas de intervención en un hecho, lo que resulta consecuente con nuestra regulación positiva que obliga a distinguir entre autores, cómplices e inductores.

Éstos y otros aspectos son los que se van a desarrollar en el presente capítulo, conectados a su vez con los principios de dignidad y de culpabilidad, que en su conjunto se consideran como los principios básicos para la imputación jurídico penal, pues para el presente trabajo, servirán fundamentalmente para delimitar la responsabilidad que les cabe a los cómplices y a los inductores y establecer su distinción respecto de los autores, por supuesto que para saber de qué tiene que responder cada uno no basta con la sola remisión general al principio en cuestión, sino que habrá que hallar criterios operativos intermedios que faciliten la tarea de delimitación entre esferas de responsabilidad.

En síntesis, el principio de propia responsabilidad se erige así en el punto de partida, mientras que su concreto funcionamiento será elaborado en función de parámetros dogmáticos, lo que será desarrollado en los capítulos que siguen.

Principio de autorresponsabilidad: concepto.

En relación a los principios, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha sostenido que la misión judicial no se agota con la remisión a la letra de la ley, toda vez que los jueces, en cuanto servidores del derecho y para la realización de la justicia, no pueden prescindir de la *ratio legis* y del espíritu de la norma; ello así por considerar que la admisión de soluciones notoriamente disvaliosas no resulta compatible con el fin común tanto de la tarea legislativa como de la judicial (Fallos, 249:37 y 302:1284).

Sostiene Yacobucci (2002) que los principios, en algunos casos son normas en sí mismos y en otros constituyen la razón o fundamento de la norma. Y dentro de la variedad de principios penales, algunos tienen un carácter material, objetivo e iusfilosófico, otros operan de manera directa a través de su carácter constitucional o legal general y finalmente, algunos constituyen el marco ideológico o los fines políticos del ordenamiento positivo. En cualquiera de los supuestos, los principios penales sostienen las decisiones político-jurídicas y jurisdiccionales en ese campo, con sentido normativo.

En el fuero penal, la responsabilidad siempre es por el hecho propio, alcanzando solo a los intervinientes en el injusto típico comprobado. Es decir, cada uno solo puede ser responsable por su propio comportamiento, lo que se conecta con el principio de culpabilidad y dignidad, éstos a su vez íntimamente vinculados.

Mir Puig (1994) considera que la aplicación de sanciones penales respeta la dignidad humana solo cuando se impone a alguien por algo que pueda considerarse obra suya en cuanto ser racional, y agrega que el Estado democrático de derecho tiene que ofrecer al individuo la posibilidad de evitar la pena comportándose según el derecho, y ello no sucedería si, por ejemplo, cupiese castigar a alguien por hechos no realizados por él o que no pudiera prever o controlar con determinada racionalidad.

De esa forma, del principio de culpabilidad surge como regla fundamental, “la personalidad de la pena, entendida como prohibición de castigar a alguien por el hecho ajeno. La teoría italiana y su referente constitucional señalan esto como *il principio costituzionale della responsabilita personale*, que incluye básicamente, no responder por el hecho de otro y que debe integrar a su vez la no responsabilidad por el propio hecho inculpable” (Yacobucci, G., 2002, p. 317)

El principio de autorresponsabilidad constituye el fundamento de la imputación penal, tiene un efecto aislante, pues, en síntesis, cada sujeto es responsable por su propio hecho y no por lo que haya ejecutado otro. Así pues, desde esta perspectiva, es inevitable reconocer que

la tesis de la participación en el hecho ilícito, cuya lógica consiste en que la responsabilidad jurídico penal a título de participación radica en la intervención en el hecho de otro (el autor), no es compatible con el mencionado principio (Bringas, 2008, p. 230), y esto es lo que será explicado en los capítulos que siguen, además de ofrecerse los fundamentos que justifican la penalidad de cómplices e inductores.

Alcance del principio de autorresponsabilidad en la configuración de la responsabilidad penal.

La cuestión se presenta sencilla cuando la imputación de un hecho delictivo lo es respecto de una sola persona. Por cuanto las dificultades se presentan cuando en tal intervención concurre una pluralidad de agentes.

Es en la segunda posibilidad donde el examen debe ser cuidadoso en la identificación de quiénes han asumido un comportamiento penalmente reprochable y son susceptibles de ser perseguidos penalmente, y en qué medida. Dado que, en consonancia con el principio de autorresponsabilidad, una persona solo puede ser sancionada penalmente por aquello que cae dentro de su propio ámbito de responsabilidad, y no por aquello que le es extraño (Miró LLinares, 2009, p. 45).

En este análisis, el principio de legalidad y de culpabilidad – con el contenido señalado anteriormente – van de la mano, admitiéndose la posibilidad de efectivizar el reproche legal, desde la respuesta punitiva solo a quien tuvo la oportunidad de elegir entre la transgresión a la norma y la adecuación de su comportamiento al orden jurídico preestablecido. En efecto, la capacidad de elección constituye un presupuesto para hacer responder penalmente a una persona por los riesgos que proceden de su propia esfera.

La imagen que el Derecho tiene de la persona es por consiguiente la de un individuo que dispone de autonomía (siempre en términos relativos) y que está capacitado para

responder de sus propias acciones. Esta imagen normativa, que el ordenamiento ha elegido del hombre, tiene consecuencias en los distintos ámbitos del Derecho.

Desde el planteamiento defendido a lo largo de este trabajo, se parte de una imagen normativa del hombre como persona capaz de adoptar decisiones autónomas (Bolea Bardón, 2000), y que para atribuir responsabilidades, la dogmática jurídico-penal ha de conformarse con la capacidad de la persona de escoger entre varias alternativas de acción, sin las cuales no cabría hablar de autonomía (o autodeterminación). Autonomía entendida como capacidad del sujeto de tomar una decisión propia y responsable.

La capacidad de elección constituye un presupuesto para hacer responder penalmente a una persona por los riesgos que proceden de su propia esfera (Bolea Bardón, 2000, p. 116).

Adquiere así relevancia en materia penal el principio de autorresponsabilidad al cuál se irá haciendo constante referencia a lo largo de esta investigación.

Renzikowski (1997) con un desarrollo consecuente del concepto de injusto personal, sostiene que se llega a la consecuencia de que cada uno solo puede ser castigado por su propio injusto; y que el fundamento de la participación se halla en la lesión de una norma de conducta independiente y no en la imputación del injusto ajeno (como se citó en Bolea Bardón, 2000, p. 118).

Por su parte, M. E. Mayer (1967) expresó en relación al mencionado principio que “la persona es responsable frente al Derecho no por lo que quiere, sino por lo que hace y no por lo que otro hace, sino por lo que ella misma hace” (como se citó en Bolea Bardón, 2000, p. 116-117). Schumann (1986) sostuvo que la primera y más evidente consecuencia del principio de propia responsabilidad consiste en la limitación del ámbito de responsabilidad de cada uno al propio actuar de cada sujeto (como se citó en Bolea Bardón, 2000, pp. 116/117).

Es decir, cada uno es responsable jurídico penalmente por su propio hecho y no por el de otro. Y es precisamente sobre esto que se asienta el principio de autorresponsabilidad en derecho penal (Bringas, 2008, p. 230).

Desde esta perspectiva, es inevitable reconocer que la tesis de la participación en el hecho ilícito, cuya lógica consiste en que la responsabilidad jurídico penal a título de participación radica en la intervención en el hecho de otro (el autor), a lo que se conoce en doctrina como principio de accesoriedad - cuyo contenido y alcance será desarrollado más adelante - no es compatible con el mencionado principio (Bringas, 2008).

Por ello, el fundamento de la punibilidad del partícipe solo puede construirse sobre aquello que de él depende (Robles Planas, 2007). Dado que una persona que goza de un campo libre para poder autoadministrarse asume con ello, siempre, también la propia responsabilidad de las consecuencias de una administración deficiente; existe así un sinalagma entre propia administración y propia responsabilidad; entre el derecho de gozar de campos de libertad y la obligación de cargar con los costes. Libertad sin responsabilidad no es libertad personal, es pura arbitrariedad (Lesch, 2000).

Esta idea ha venido siendo repetida por la doctrina desde diversas formulaciones. La idea principal que subyace a todas ellas es que el principio de propia responsabilidad impide la existencia de una “responsabilidad general por el actuar ajeno”.¹

A tal punto que algunos sostienen que solo mediante una fundamentación autónoma de la participación logra respetarse el principio de autorresponsabilidad (Lüderssen, 1967, 1995; Schmidhäuser, como se citó en Robles Planas, 2002, p. 14).

Igualmente, sosteniendo la autonomía del injusto del partícipe sobre la base del principio de autorresponsabilidad enfocado desde el subjetivismo radical, Sancinetti (1996). Sin embargo, con una fundamentación autónoma de la participación, se respeta el principio de autorresponsabilidad en su vertiente negativa, pero no en su vertiente positiva o fundamentadora de la responsabilidad (¿no hay delito por el que responder!). (Robles Planas, 2002; Lesch, 1995).

¹ Gimbernat Ordeig, E. (2001) precisa, con cita de Rudholpi (1992) que, “Según el principio dominante en el Derecho penal de la propia responsabilidad de cada persona, en principio está excluido que una persona tenga que responder por el comportamiento antijurídico de un tercero” (p. 1).

Según Jakobs (1977) “no a cada uno concierne lo de todos” (como se citó en Lesch, 1995, p. 935). Es decir, que nadie debe responder por el comportamiento inadecuado de otros, por un injusto ajeno.

Desde el aspecto limitador de la autorresponsabilidad, tal que toda distinción entre formas de intervención en un hecho debe partir de la responsabilidad por lo que uno hace y no por lo que hacen los demás, no solo el autor inmediato individual responde por su propia conducta, también lo hace el autor mediato, el coautor, e incluso los partícipes responden por lo que ellos mismos hacen, y esto tampoco impide que se les pueda imputar el hecho realizado en común. Y han sido precisamente los intentos de fundamentación de la imputación de un hecho a varias personas autorresponsables lo que han dado forma a las distintas teorías de la intervención delictiva, las que serán desarrolladas en los capítulos siguientes.

Jakobs (2001) sostiene que en el ámbito normativo no solo hay posesión de bienes, sino también ámbitos de responsabilidad, en tal sentido afirma que no se espera de todos y cada uno que evite toda lesión de un bien, sino, precisamente, solo de aquel al que ello incumbe, y en esa medida solo el cuidado suficiente por aquello que le compete.

En sentido similar, con la expresión esferas de responsabilidad, entre otros, hablan Bolea Bardón (2000), Cancio Meliá (1998), Feijóo Sánchez (1999, 2000, 2019), Peñaranda Ramos (2018) y Robles Planas (2003).

Y lo hacen en el sentido de que, esta idea de responsabilidad personal no solo tendrá reflejo en la responsabilidad que el ordenamiento jurídico exige a quienes infrinjan las normas penales, sino que debe tener repercusión también en el establecimiento de esferas de responsabilidad cuando son varios los sujetos que intervienen en el hecho.

Cancio Melia (1998) expone que el núcleo de la idea de autorresponsabilidad está delineado en atención a que a todo ciudadano le corresponde un ámbito de organización propia de su ámbito vital, y que, en consecuencia, a quien es titular de ese ámbito de

autoorganización le incumbe la responsabilidad por los daños que puedan derivar de esa organización propia. Y lo hace en referencia a la víctima, bajo la idea de introducirla como sujeto responsable en la discusión dogmática.

De este modo, el “principio de propia responsabilidad” afirmará “que alguien responda única y exclusivamente por aquello que jurídicamente se le atribuya a su propia esfera de organización y no a una ajena” (Robles Planas, 2003, p. 109).

Desde algunos sectores doctrinales se afirma que el principio de autorresponsabilidad tuvo su origen en el marco del desarrollo de la teoría de la imputación objetiva, en razón de la insuficiencia de una mera conexión causal para la imputación del resultado, exigiéndose una conexión normativa entre la acción y el resultado.

Desde otro sector doctrinal, Roso Cañadillas (2002) afirma que el principio de autorresponsabilidad constituye un principio rector e informador que está en la cúspide, como otros principios limitadores y de política criminal del sistema y que afecta a cada uno de los elementos o instituciones de éste, no obstante que exista o no exista imputación objetiva. Así, según su concepción, lo más lógico es que el principio esté presente a la hora de conformar los criterios de la imputación objetiva y de fundamentar los criterios de autoría.

Robles Planas (2003) también reconoce su valor como eje sobre el que gira toda la teoría de imputación —en sentido amplio, esto es, de la responsabilidad jurídico-penal. Posturas que parecen lo suficientemente convincentes.

Se plantea también la estrecha vinculación entre el principio de propia responsabilidad con el principio de confianza. Así Stratenwerth (2000) señala que el ámbito de responsabilidad del individuo se limita básicamente a su propio actuar y solo en caso de circunstancias especiales abarca el actuar de otros. La salvedad estaría constituida por aquellos casos en que, la conducta del otro fuera especialmente evidente en la situación concreta.

A esta misma conclusión llegan a partir de diversos razonamientos diversos, Bolea Bardón (2000, p. 119; 2004, pp. 27, 36), para quien el hecho de que la participación constituya una forma de intervención en un hecho ajeno, no conduce necesariamente a entender que al partícipe se le imputa un injusto ajeno; y Robles Planas (2002) para quien la solución al problema de la autorresponsabilidad reside en entender que “el partícipe, con su conducta, dispone una razón material suficiente para que... el injusto ajeno se le impute como algo propio” (p. 14/15) . Y que esa “razón material” es la que permitiría establecer “la relación de sentido—de carácter normativo— necesaria para entender el injusto del autor como propio del partícipe”, y que además ha de manifestarse inequívocamente en el aporte llevada a cabo por este último (Robles Planas, 2000).

Asimismo, que el partícipe con su conducta debe “interponer una razón de la que se pueda inferir que entre ella y el hecho delictivo del autor hay una relación de sentido conjunto. Cuando ello sucede, el hecho tiene el significado de ser tan propio del autor como del partícipe, quedando de esta manera salvaguardado el principio de autorresponsabilidad” (Robles, Planas, 2000, p. 15)

Roxin, en el marco de la coautoría, afirma que resulta difícil de armonizar con el principio de culpabilidad, castigar a alguien por algo que otro ha hecho de manera responsable (2000, p. 307). Precisamente, es el principio de autorresponsabilidad uno de los principales obstáculos que el autor citado ha encontrado en la elaboración de su tesis sobre la autoría mediata con aparatos organizados de poder. Por ello, afirma que allí debe admitirse una excepción, cuya razón radica en que la calificación del hombre de atrás como mero inductor no parece que permita captar de forma adecuada la relevancia de su intervención en tales hechos.

No obstante, en opinión de Bolea Bardón (2000) la autoría mediata no supone responder por la conducta de otro, sino responder por la propia conducta, que consiste en instrumentalizar a otro para cometer un delito. De ahí que no quepa decir que la autoría

mediata supone una excepción al principio de autorresponsabilidad, sino a la regla según la cual la plena responsabilidad del último interviniente en el hecho (autor doloso) excluye la autoría en relación a las intervenciones anteriores.²

Distingue así dos nociones de responsabilidad: una responsabilidad por el propio comportamiento organizador, que deriva de la imputación al sujeto de los riesgos que surgen de su esfera de organización; y la responsabilidad criminal, que resulta de atribuir el hecho antijurídico a su autor en un contexto de ausencia de causas de inimputabilidad y de exculpación. Y conforme a ello sostiene que el principio de responsabilidad no debe interpretarse en términos de responsabilidad criminal, sino en términos de posibilidad de imputación objetiva y subjetiva del riesgo creado con la propia conducta.

Jakobs (1997) expone que el sujeto, en principio, solo es competente de lo que surge de su ámbito de organización, y esta idea de autorresponsabilidad no se asienta en la posibilidad de tomar como referencia el ámbito de responsabilidad ajeno para limitar el propio, sino que se centra únicamente en la conducta del primer sujeto para destacar que no todo es asunto de todos y que, en esa medida, es necesaria la imputación objetiva para delimitar el propio ámbito de responsabilidad.

Bolea Bardón (2000) nos acerca la teoría del dominio del riesgo, y al respecto entiende que lo decisivo es poder determinar quiénes son los que comparten una posición de control de la organización, si el dominio del riesgo es compartido, ello sirve de base para la figura del autor detrás del autor.

Como se puede observar en la tesis de la autora citada, la cualidad de autor del hombre de atrás dependerá así de su propia conducta y no de la cuestión de si el instrumento es o no penalmente responsable. Considera a la conducta del autor detrás del autor desde la

² Esta regla está basada en la prohibición de regreso tradicional elaborada por Frank. En estos casos rige una prohibición de regreso en el sentido de que condiciones que se hallan más allá de determinada situación no pueden considerarse como causas: no son causa aquellas condiciones anteriores a la que libre y conscientemente (con dolo y culpabilidad) condujo a la producción de un resultado (Hruschka, J., 2000, p. 189; Feijóo Sánchez, 1999, pp. 20-34)

perspectiva del dominio del riesgo, y no hace depender su responsabilidad en función de si el autor inmediato tuvo o no libertad de decidir, supone entonces que así se supera el obstáculo que representa para ésta concepción el principio de autorresponsabilidad.

Bolea Bardón (2000) insiste en que un planteamiento fiel al principio de responsabilidad tendría como consecuencia acabar fundamentando la responsabilidad del hombre de atrás en función de cómo califica el Derecho la conducta del autor inmediato, lo que según su parecer descuidaría “la propia conducta que realiza el de detrás” y en consecuencia, supondría “una quiebra intolerable del principio de propia responsabilidad” (p. 287).

En síntesis, el dominio del hecho de Roxin se transforma en Bolea Bardón en dominio del riesgo, concepción esta que será también central en el desarrollo de esta investigación.

Como se mencionó anteriormente, el principio de accesoriedad, según sostiene la doctrina, define a la participación y es un principio garantístico por cuanto limita la intervención del derecho penal (Peñaranda Ramos, 2018), pero debe ser, en todo caso, compatible con otro derecho irrenunciable para un derecho penal moderno, tal que nadie puede ser responsable por la conducta o el injusto de otro (Feijoo Sánchez, 1999). Caso contrario, que entre ambos se advierta una incompatibilidad tal, la accesoriedad o merece ser reemplazada o reformulada normativamente.

Y en tal sentido, se comparte el punto de partida de Bolea Bardón (2000) el de una concepción de hombre de carácter normativo – no psicológico ni empírico – como aquel capaz de tomar decisiones propias y responsables. Como así también que el principio de propia responsabilidad impide hacer responder a una persona por conductas ajenas, y que la distinción entre autores y partícipes, punto de partida del concepto restrictivo, tiende a asegurar que cada uno responda por su propio aporte al hecho.

Pero en tal tarea de separación entre esferas de responsabilidad, además de tener en cuenta la regulación legal, que en nuestro caso se rige por lo establecido en el art. 45 del CP,

del que surge la distinción entre autores, cómplices e instigadores, también han de tenerse en cuenta dos criterios: el de la autonomía de la voluntad (que comprende la posibilidad de contar con alternativas de actuación y ser conscientes de las mismas) y la responsabilidad por el propio comportamiento organizador de riesgos.

A su vez que, conectados los principios con los fenómenos que aparecen en la realidad se pueden obtener reglas, como aquella que permite afirmar en general que, cuando el ejecutor material del hecho decide de forma autónoma su ejecución, la persona de detrás es en principio partícipe, porque la realización del riesgo depende en último término del autor que es quien tiene el dominio del riesgo.

Cabe señalar también que, desde la perspectiva jurídico - penal, el principio de autorresponsabilidad se ha proyectado a diferentes puntos de la teoría del delito, con lo que se advierte su vital importancia en la determinación de la responsabilidad penal de autores - en sus distintas variantes -, y de los cómplices e instigadores.

Se advierte así que Bolea Bardón desarrolla la importancia que representa tal principio en la teoría de la autoría (2000), Robles Planas lo ha hecho en el ámbito de las formas de intervención en el delito en general (2003) y Cancio Meliá en relación con la problemática de la conducta de la víctima dentro de la teoría del tipo (Conducta de la víctima e imputación objetiva, 2001). Uno de los primeros autores en emplear el principio de responsabilidad fue Gallas y Roxin también se refiere al mismo, aunque solo lo utiliza para las situaciones de necesidad.

Sentadas las consideraciones teóricas anteriores, y en virtud de que, los conceptos de autoría y participación se hallan indisolublemente ligados entre sí, para abordar el estudio de las construcciones sistemáticas de la participación, se hace necesario hacer una introducción abreviada sobre las principales teorías elaboradas respecto de la autoría, con el fin de apreciar cómo influyen concretamente en la interpretación de la conducta del partícipe. Desarrollo que se realizará, en lo posible, a la luz del fundamento que ofrecen tales teorías para resolver el

problema de la autorresponsabilidad. Ello, a su vez relacionado con el surgimiento del principio de accesoriedad, cuyas formas depende de la concepción de autoría que se adopte, lo que será explicado también en los párrafos siguientes.

Conclusión.

En el presente capítulo se determinó el concepto del principio de autorresponsabilidad y se desarrolló el alcance y la importancia que tiene como criterio rector en la configuración de la responsabilidad penal.

Su desarrollo fue precedido en función de una idea normativa del mismo, en función de la postura de distintos autores que han analizado la cuestión bajo la idea central de que cada sujeto debe responder por lo hace y no por conductas ajenas, es decir, bajo la idea de que cada uno es responsable por sus propias acciones dado el carácter de sujeto autónomo capaz de organizar su propio ámbito de competencias.

Además de exponerse las consecuencias que tal concepción acarrea en el ámbito de la determinación de las responsabilidades de los sujetos interviene en la comisión de un hecho ilícito.

CAPITULO II

CONCEPTOS BÁSICOS SOBRE INTERVENCION DELICTIVA.

TEORÍAS QUE ABORDARON EL ESTUDIO Y DELIMITACIÓN DE LA AUTORÍA Y LA PARTICIPACIÓN

Introducción

Tradicionalmente, el término participación es entendido en dos sentidos, uno amplio que se refiere al fenómeno que opera cuando una “pluralidad de personas *toma parte en el*

delito, como *participantes* en el carácter que fuere, es decir, como autores cómplices o instigadores” y en sentido limitado “se entiende *por participación* el fenómeno por el que una o más personas *toman parte en el delito ajeno*, siendo *partícipes* solo los *cómplices* y los *instigadores*, con exclusión de los autores (Zaffaroni, et. al, 2000, p. 735).

A fin de evitar partir de la premisa, tal que la conducta del partícipe es dependiente de la conducta del autor, que a los “autores” se les puede imputar el hecho como propio y a los “partícipes” solamente se les puede imputar el hecho como ajeno, es preferible, a los efectos de la presente investigación, la utilización del término “intervención” en el delito a fin de reflejar un posicionamiento respecto a la materia de estudio, y por cuanto hablar de “autoría y participación” conforme a la concepción generalizada implica asumir un concepto restrictivo de autor con la consiguiente aceptación del principio de accesoriedad. No obstante que la idea que subyace a este principio es esencialmente correcta, tal que la punibilidad de ciertas conductas de intervención depende de que se produzca una realización típica, es decir que se dé por lo menos inicio la tentativa (Robles Planas, 2020).

Por lo tanto, intervenir en un delito es aportar algo penalmente relevante al hecho injusto, y una conducta forma parte de un delito cuando quien la lleva a cabo le ha dado la forma específica para que encaje en él (Robles Planas, 2020), es decir, le ha dado a su conducta una expresión de sentido delictivo, y la determinación de cuándo estamos ante una conducta de intervención en el delito tiene lugar con arreglo a los criterios generales de la desaprobación de conductas, fundado en un concepto normativo, tal como decir que mata no solo aquel que dispone de una condición causal, sino todo aquel al que se le puede “imputar objetivamente” una muerte.

Hay intervención, pues, siempre que se configure de modo no permitido una de las características delictivas de una realización típica (Robles Planas, 2012).

La doctrina de la autoría en el delito constituye el banco de pruebas de la dogmática penal, y en países como Alemania, el concepto de autor atraviesa toda la teoría jurídica del

delito, entendido como centro de imputación del ilícito y, por tanto, como síntesis máxima de los aspectos objetivos y subjetivos del delito.

Nuestro país ha seguido la doctrina alemana en lo que respecta a las consideraciones sobre la autoría y sus distintas modalidades, como así también en lo vinculado a la intervención de cómplices e inductores.

Puntualmente, algunos autores nacionales se han dedicado de manera específica al tratamiento de la cuestión de la autoría y la participación criminal, entre ellos, se puede citar al profesor Sancinetti (Ilícito personal y participación, 1997), como así también Donna (Autoría y participación criminal, 2009), Fierro (Teoría de la Participación Criminal, 2004), Terragni quienes lo hacen desde la perspectiva del delito culposo (Autor, partícipe y víctima en el delito culposo, 2012).

De corte normativista se puede mencionar a Berruezo que desarrolló la cuestión como tema de su tesis doctoral (Autoría y participación desde una visión normativa, 2012), al igual que Vachelli (tesis doctoral Intervención delictiva. Significado y función del principio de accesoriedad, 2020). En la misma línea normativista se ubica Falcone (¿Autonomía y accesoriedad? Hacia un sistema superador de la teoría del dominio del hecho, 2021; Fundamentos de la intervención delictiva, 2020).

También se pueden mencionar – sin agotar la lista – las publicaciones de Balcarce - Amuchástegui (Autoría, participación y tentativa en el derecho penal de tres velocidades, 2016) y más recientemente las obras de Rusconi, Pierre Matus y Sánchez-Vera Gómez-Trelles (La instigación: ¿una forma polémica de participación punible?) y Adler (Autoría y delitos contra la humanidad, 2018), entre otros.

Núñez al tratar el tema de la participación criminal en su Manual de Derecho Penal sostiene la posibilidad de la participación culposa³ (1999), en contra de esta posición se

³ El autor brinda como ejemplo el caso en que un conductor es determinado por su acompañante a la conducción imprudente causante de la lesión; o si el maestro permitió que el aprendiz de conductor manejara el vehículo a

ubica Zaffaroni (1973) fundándose en que el que instiga otro a la comisión del delito culposo tiene el dominio del hecho y por esto es autor del delito.

Cabe también citar a Nino, cuyo estudio sobre los fundamentos de la responsabilidad penal ha sido desarrollado dentro de su obra *Los límites de la responsabilidad penal: una teoría liberal del delito*, fundamento de su tesis doctoral presentada en la Universidad de Oxford (1980). Sus consideraciones no dejan de ser interesantes, por cuanto Nino afirmaba que, siendo la responsabilidad de cada agente una responsabilidad individual, o sea, una responsabilidad por su propia acción que contribuye a generar el daño o peligro que la ley pretende evitar, cada cual es punible en la medida en que haya consentido en asumir la respectiva responsabilidad penal y en forma completamente independiente de factores que puedan afectar la punibilidad de los demás.

Agregó que la accesoriedad parece ser un resabio de una asociación entre participación y responsabilidad indirecta. Y que no se trata de que algunos respondan por una acción principal de otro, que debe, en consecuencia, reunir ciertos requisitos; sino que, cada uno responde de su propia acción de tomar parte en la generación de cierto daño o peligro. Por supuesto que en la instigación debe haber otra acción, pero esto solo porque, por definición, sin ella no habría daño o peligro efectivo. Y que, de este modo, algunas de las acciones que contribuyen a producir el hecho pueden estar justificadas (por ejemplo, por obrar ese agente en particular en ejercicio de un derecho personal) sin que lo estén las otras, o algunos de los agentes pueden no haber consentido en asumir responsabilidad (por ejemplo, por haber obrar por error de hecho o de derecho) sin que ello beneficie a los demás (Nino, 1980).

velocidad excesiva lo que ocasionó el accidente letal para un tercero o si el autor solicitó la intervención de la víctima en una tarea riesgosa para un niño de seis años, como es la de intervenir con otros menores para arrastrar, junto a él, un pesado vehículo de su propiedad desde el extremo correspondiente a la dirección en que se realizaba el desplazamiento, maniobra que produjo la muerte del menor, en tanto la esposa del primero, con autoridad para evitar esa intervención del menor, no solo se limitó a omitir prohibirla, sino que requirió a la víctima que lo hiciera. En este caso, mientras uno fue autor, la otra que no intervino en la ejecución del hecho sino que hizo posible que se realizara en la forma en que ocurrió, es, sin dudas, partícipe necesaria. (Núñez, Un caso de participación en delito culposo, nota a fallo, *Semanario Jurídico* N° 239, 11/10/982, p. 234)

Más adelante nos referiremos nuevamente a la obra de Nino, toda vez que sus argumentos servirán de apoyo a la postura que se sostiene en la presente investigación.

A su vez España y Chile son países que presentan un gran desarrollo doctrinal en la materia, es por ello que también se citarán mayormente trabajos bibliográficos de autores pertenecientes a tales nacionalidades.

En efecto, no obstante, el desarrollo doctrinal del tema en nuestro país, no se ha logrado una relativa unidad de criterios para delimitar la autoría, sino que, la categoría de doctrina dominante está disputada por dos tesis principales: la teoría objetivo-formal y la teoría del dominio del hecho, ésta mayoritariamente asumida en Alemania.

Así las cosas, no es de extrañar que la doctrina penal argentina, en las diversas fases de su decurso histórico, no haya renunciado por completo a la búsqueda de un concepto general de autor, dado que, tal como se encuentra establecido en nuestro ordenamiento legal - art. 45 del CP – se plantea el problema de la no definición de autor en parte alguna, o, al menos, la no delimitación conceptual ni material, lo que acarrea que no se pueda extraer directamente del texto legal dicho concepto en ninguna de sus tres modalidades: autoría directa, mediata y coautoría.

Tradicionalmente existen dos soluciones: considerar a todos los que intervienen incluidos en la categoría de autor, o bien, afirmar entre ellos la posibilidad de establecer distinciones. La primera trata acerca del concepto unitario de autor, y la segunda plantea el problema de encontrar criterios válidos para establecer dicha distinción. Los conceptos de autor que se han mantenido o se mantienen pueden reducirse a tres: unitario, extensivo y restrictivo, cuyas características principales se desarrollarán en los apartados que siguen a continuación.

Concepto unitario de Autor.

Esta teoría parte de la no distinción entre las conductas del autor y de los partícipes. En función de la teoría de la equivalencia de las condiciones, todos los que intervienen en el delito, prestan una contribución causal al hecho. No existe participación en el delito ya que todos los que intervienen aportan una condición y todas las condiciones tienen idéntico valor, todos los que participan son autores y no cabe buscar criterios de distinción a efectos de una aplicación diferenciada de la pena. El problema de la accesoriedad pierde sentido desde la perspectiva del concepto unitario de autor.

Jakobs (1997) sostiene que el concepto unitario de autor niega la trascendencia de la accesoriedad, toda vez que, todo aquel que toma parte ha de considerarse autor del 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).

Por lo tanto, bastaría tan solo una conexión causal con el hecho para ser considerado autor. Es decir, cada uno ha realizado algo contrario al derecho y debe responder de las consecuencias con independencia de que haya también otros responsables y en qué medida estos otros lo sean.

En efecto, conceptos unitarios de autor hay de dos clases: el concepto unitario tradicional, de base causal, y el concepto de base normativa. Así, según el primero, “la relación causal entre la contribución y la producción del resultado típico (o la realización del tipo) fundamenta la imputación. Y como todas las causas son equivalentes desde el punto de vista natural, responden como autores todos los que contribuyeron. Este esquema puede considerarse predominante hoy respecto de los delitos imprudentes” (Weezel, 2009, p. 435).

Esta postura fue seguida por Kienapfel quien expresaba que la teoría jurídica de autoría aprehende toda forma imaginable de la colaboración en el acontecer típico sin distinción alguna (como se citó en Donna, 2004, p. 14)

Por su parte, “El concepto unitario de base normativa, en cambio, parece algo más sofisticado, y sortea el problema de la autorresponsabilidad señalando que cada sujeto ha vulnerado una norma de conducta dirigida personalmente a él”, (Weezel, 2009, p. 435), aquí cabe hablar de “delito de participación”.

De esta índole es la propuesta del profesor Sancinetti (1997). Para quien, el injusto del partícipe no solo no sería accesorio sino que, el ingreso al estadio de ejecución por parte de un tercero tampoco constituiría, en principio, una condición objetiva de punibilidad.

Y propone el caso en que D entrega el arma para que A ejerza violencia sobre el comerciante, aquel ya habría infringido todo su deber, con independencia de lo que A realice con posterioridad. En este sentido, según Sancinetti (1997), el injusto del partícipe se extendería desde el nacimiento del riesgo de perder el control sobre la frustración del hecho del autor principal y hasta el efectivo acaecimiento de esa pérdida – en ambos casos, a partir de la perspectiva interno-subjetiva del interviniente –.

Este concepto sortea el problema de la autorresponsabilidad señalando que cada sujeto ha vulnerado una norma de conducta dirigida personalmente a él. Pues prescinde por completo de la idea de accesoriedad y establece como relevante únicamente la relación entre cada interviniente y su norma.

Sostiene Van Weezel (2009) que en realidad, no son teorías de la intervención delictiva, dado que no resuelven el problema de la autorresponsabilidad, “sino que lo quitan de en medio: a nadie se le imputa lo que otro hace autorresponsablemente, cada uno responde solo por su contribución causal o por su propia infracción del deber” (p. 436).

La idea central de los conceptos unitarios de autor, es la de si cada uno ha realizado algo contrario al derecho debe responder de las consecuencias, con independencia de que haya también otros responsables y en qué medida estos otros lo sean.

Concepto extensivo de autor.

Seguidamente surgen posiciones que procuran hacerse cargo de la autorresponsabilidad.

Y se desarrollan las primeras auténticas teorías sobre la autoría que pretenden aislar a los cómplices de los autores, y se fueron sucediendo en el tiempo con mayor o menor fortuna, no obstante, se seguía dejando de lado el fundamento de la responsabilidad penal mancomunada, que pasó a un capítulo conocido como “fundamento de punibilidad de la participación”.

Los primeros intentos se enmarcaron en la absolutamente dominante concepción causal de la imputación. Conforme a ello, el fundamento de esta concepción – al igual que la teoría anterior – también parte de la teoría de la equivalencia de las condiciones, donde el término “extensivo” quiere decir que los tipos de la Parte Especial abarcan toda forma de tomar parte y que la regulación de la participación en la Parte General constituye una limitación de la responsabilidad (Jakobs, 1997).

Así, los preceptos que regulan la inducción y la complicidad (tipos de participación) aparecen como causas de restricción de la pena, puesto que sin ellos habría que castigar a todos los intervinientes como autores. Todo ello determina que el autor venga definido de forma negativa, pues “autor será quien no sea partícipe” (Bolea Bardón, 2000, p. 20).

Esta teoría se desarrolló para reparar las carencias del antiguo concepto restrictivo de autor (restrictivo quiere decir: Los tipos de la Parte Especial comprenden solo a la autoría; la regulación de la participación en la Parte General representa una extensión de la responsabilidad), ya que el concepto de ejecución del hecho, concebido en principio como

ejecución de propia mano, excluía de la responsabilidad por autoría todo el ámbito de la autoría mediata (Jakobs, 1997, p. 721).

Así, “La principal ventaja que parece ofrecer el concepto extensivo de autor frente a la denominada «teoría objetivo-formal», radica en la facilidad con la que es capaz de abarcar al autor mediato y al coautor que no realiza ninguna acción típica” (Roxin, 1994, como se citó en Bolea Bardón, 2000, p. 43).

“En el ámbito objetivo, debido a su carácter causal, todos los que toman parte son autores potenciales; según esta teoría —que no tiene en cuenta lo que ocurre objetivamente, salvo la causalidad— solo cabe diferenciar con arreglo a lo subjetivo” (Jakobs, 1997, p. 721).

Concepto restrictivo de Autor.

Sostiene Robles Planas (2020) que, según la concepción todavía hoy dominante, los tipos de la Parte Especial los realizan los autores y que los partícipes son punibles en virtud de las reglas de la Parte General que extienden la punibilidad a intervenciones accesorias.

En tal sentido se afirma que la dependencia de la responsabilidad de los partícipes, toda vez que “su castigo requiere un hecho realizado por un autor con unas determinadas características. Esta es la esencia del denominado concepto restrictivo de autor y de su complemento indispensable: el principio de accesoriedad de la participación” (Robles Planas, 2020, p. 994)

Se desarrolló así la idea que entre los autores (incluidos los inductores, que entonces no se distinguían de los autores mediatos) y el cómplice menos importante no solo hay una diferencia de cantidades o participaciones causales, sino, mucho más, una diferencia de índole cualitativa: mientras el autor comete su propio delito, el partícipe presta una contribución al delito ajeno. Lo que permite imputar al partícipe el “hecho principal” es justamente el principio de accesoriedad (Van Wezeel, 2009).

El concepto restrictivo de autor parte de que no todo el que interviene en un hecho típico es autor del mismo, sino solo aquél que reúne los presupuestos necesarios para poder afirmar que realiza un tipo de la Parte especial (Bolea Bardón, 2000). Con ello se restringe, enormemente, el concepto de autor, no podría considerarse al autor mediato ni al coautor en la mayoría de los casos (Bustos Ramírez, 1994, p. 463).

Dentro de ésta visión, a su vez caben dos interpretaciones distintas, según se atiende a los datos normativos de la tipicidad que se correspondería con la teoría formal objetiva, o el valor del aporte de cada partícipe, que se trataría de la teoría material objetiva.

Lesch (1995) propone abandonar el concepto restrictivo de autor, por cuanto considera que no ofrece una solución en caso para los casos de ejecución en forma de división de trabajo, y como aparente factor delimitador es significativo tan solo desde puntos de vistas naturalistas, que interpreta el injusto como merma causal o doloso –causal de bienes jurídicos.

Y representa solo “un factor aparentemente delimitador, puesto que fuera del campo de la autoría, esto es, en el ámbito de la participación, el espacio que deja a la imputación, es excesivo. En cambio, una delimitación de la responsabilidad razonable, y en general considerablemente más extensa, puede prestarse de mejor forma mediante una imputación de carácter normativista (especialmente: mediante la prohibición de regreso)” (Lesch, 1995, p. 937).

Debe advertirse que la única coincidencia del autor citado con un concepto restrictivo de autor es el concepto de ejecución, si bien entendido de forma distinta.

Para Lesch (1995) el principio de autorresponsabilidad no establece una diferencia cualitativa entre autoría y participación, sino solo una frontera de responsabilidad en general. Asimismo, la prohibición de regreso no es tratada como un problema de participación en un hecho ajeno, sino como un momento general de imputación. Asimismo, que la diferencia entre autoría, inducción y complicidad es de carácter cuantitativo que ha de entenderse en el

sentido “que cada una de las cuotas de responsabilidad cuando el delito se organiza en forma de trabajo dividido, se rige, en principio, según la *envergadura* de la intervención” (p. 941).

Distinción entre autoría y participación.

Sostiene Roxin (2000) que, “A pesar de una amplia jurisprudencia y de una doctrina inabarcable que se remonta hasta el pasado siglo, a pesar del rico material de la práctica y de numerosas y sutiles teorías, sin embargo, hasta hoy no se ha conseguido delimitar satisfactoriamente estas formas de participación entre sí” (p. 20).

Los principales criterios que se han utilizado para distinguir entre autoría y participación provienen de las teorías subjetivas, la teoría objetivo-formal, las teorías objetivo - materiales, la teoría del dominio del hecho y algunas otras, como la de la determinación objetiva y positiva del hecho, que están emparentadas con las anteriores.

Teorías subjetivas

La escasa recepción que han tenido y tienen actualmente estas teorías tanto en la doctrina como en la jurisprudencia, dispensa de un exhaustivo análisis de las mismas.

Se debe partir de que los criterios subjetivos aparecen históricamente vinculados a la concepción extensiva dado que a ellos tiene que recurrir finalmente esta concepción para diferenciar entre autores y partícipes.

“Estas teorías se apoyan, por un lado, en un concepto especial de dolo, en concreto, una específica *voluntad de ser autor (animus auctoris)* —que permitiría distinguir al autor del partícipe, que solo actuó con *animus socii*—”(Bacigalupo, 1999, p. 493).

Así, según esta concepción lo que decide la penalidad como autor o como partícipe en la coproducción de un delito por varias personas, no es lo objetivamente producido por el aporte al hecho, sino la dirección subjetiva de la voluntad del partícipe.

Pero mientras que para la teoría del dolo el criterio determinante para establecer el *animus socii* consiste en la subordinación de la voluntad a la resolución de otro (el autor), siendo de este modo partícipe quien deja a criterio de otro si el hecho debe llegar a ejecutarse o no, para la teoría del interés, lo que distingue entre autor y partícipe es el grado del propio interés en el resultado: el partícipe carece o tiene un interés mínimo en la producción del resultado y el autor, en cambio, tiene un interés propio en el mismo.

Las teorías subjetivas están hoy prácticamente abandonadas, tanto en la doctrina como en la jurisprudencia. Las principales críticas se fundan, en su falta de vinculación al tipo, en la inseguridad jurídica que deriva de la intercambiabilidad de conceptos en función de las necesidades de pena, por referirse a elementos subjetivos indemostrables y por la arbitrariedad con la que los tribunales pueden llegar a decidir sobre la calificación de autor o de partícipe (Bolea Bardón, 2000).

No obstante, Bacigalupo (1999) le ha otorgado la importancia de haber realizado “un considerable acercamiento a las teorías material-objetivas (ver *infra*, c) introduciendo el concepto de *voluntad de dominio del hecho* y apreciando en los casos concretos que quien *objetivamente* tiene el dominio del hecho, por regla, tendrá también la voluntad de poseerlo” (p. 494).

Teorías objetivas

La característica común que presentan estas teorías es que persiguen configurar un criterio con el que se pueda diferenciar partícipes de autores. En el análisis que sigue se partirá de la distinción fundamental entre las llamadas teorías objetivo-formales y las teorías objetivo-materiales, cuya diferencia principal se funda en que las primeras delimitan al autor en función del criterio normativo que constituye la tipicidad.

Teoría formal-objetiva.

Según esta concepción, autor es solo el que ejecuta por sí mismo todas o algunas de las acciones descritas en los tipos de la Parte Especial, los demás son inductores o cómplices (Roxin, 2000), entonces “lo decisivo es solo y siempre la realización de todos o algunos de los actos ejecutivos previstos expresamente (literalmente) en el tipo legal” (Mir Puig, 2006, p. 373).

Esta teoría ha sido de máxima importancia para la evolución de la teoría de la autoría y de la participación, sin embargo, desde hace ya algún tiempo se ha visto desplazada por la teoría del dominio del hecho. No obstante, Mir Puig (2006) afirma que en su país constituye el planteamiento dominante.

En nuestro país, Núñez (1987) se aferra a la postura formal objetiva y critica la teoría del dominio del hecho, sostiene que autor es el que lo ejecuta o lo hace (p. 292.). Así también Soler, para quien autor es el sujeto que ejecuta la acción expresada por el verbo típico de la figura delictiva (el que se apodera, art. 162 C.P.; el que retiene, art. 173, 2º). Y agrega a esto que no otra cosa significa la ley cuando se refiere a los que tomasen parte en la ejecución del hecho art. 45 C.P. Por supuesto, aclara que aquí están comprendidos tanto el sujeto que solo y por sí mismo ejecuta la acción, como los que la ejecutan directa y conjuntamente con otros (1989, p. 286 y 244). Soler (1989) se acerca también a parámetros materiales cuando, por ejemplo, reconoce la coautoría en el homicidio (art. 79 del CP), de quien sujeta a la víctima mientras otro la acuchilla (p. 272).

La crítica más frecuente a la que se ha expuesto esta teoría se centra en su incapacidad para explicar la autoría mediata, razón principal por la que se afirma que fue abandonada en Alemania, y por la que hoy se declara incompatible con la regulación legal vigente en aquél país, dado que en el § 25 expresamente establece que se castiga como autor a quien cometa el hecho punible a través de otro.

También se ha dicho que plantea problemas en sede de coautoría, cuando alguno de los intervinientes principales no realiza ningún acto típico en sentido estricto.

Otras objeciones que se han dirigido contra esta teoría ha sido “La imposibilidad de indicar en toda clase de delitos cuales son los criterios objetivos sobre las acciones de ejecución. Pues el concepto de acción típica carece de límites precisos” (Gimbernart Ordeig, 2012, p. 20). Pero fundamentalmente la crítica que se dirige a esta teoría y que ha sido la causa de su decadencia radica en la imposibilidad de explicar la autoría mediata, y concluye en que esta crítica es contundente. Dado que el autor mediano no realiza un acto de ejecución (Gimbernart Ordeig, 2012).

La concepción de Gimbernart (2012) parte de cuestionar la validez del concepto de autor basado en entender por tal, a quien realiza una acción ejecutiva.

En resumen, para la teoría formal – objetiva, autor es quien realiza, total o parcialmente, la acción o acciones descritas en el correspondiente tipo de la Parte Especial. Y posee dos versiones: la clásica, según la cual autor es todo aquel que realiza una acción ejecutiva y la moderna, en la que, autor es el sujeto cuya conducta puede subsumirse sin más en el correspondiente tipo de la parte especial, o sea, el que realiza la acción típica, no bastando la realización de una acción ejecutiva no típica (por ejemplo para la clásica, en el delito de lesiones sería autor, no solo quien golpea a la víctima, sino también la persona que la sujeta para que el otro la golpee, mientras que para la versión moderna este último no es autor).

Teoría material-objetiva.

Las teorías objetivo-materiales nacieron con el propósito de encontrar un criterio material que no se conformara con la mera remisión a la descripción típica, superando así los defectos que planteaba la teoría objetivo-formal. A la hora de establecer la delimitación entre autoría y participación, atienden al valor objetivo de la contribución realizada, no emplean

criterios que tengan en cuenta la posición interna del sujeto respecto de su contribución al hecho y a grandes rasgos consideran autor a quien realiza la contribución objetiva de mayor importancia al hecho.

Díaz y García Conlledo (2004) explica que estas teorías (de la necesidad, de la simultaneidad, las que diferencian según el carácter directo o indirecto de la causalidad, las de la supraordinación, entre otras) no pueden ser aceptadas para distinguir entre autoría y participación, pues parten bien de diferenciaciones causales que, además de incorrectas también son ajenas al concepto de autor, o bien de diferencias extrajurídicas que prescinden de la tipicidad en la determinación de la autoría.

Y es en este último aspecto, donde radica el mayor inconveniente de estas teorías, tal que se fundamentan en teorías diferenciadoras de la causalidad (por cuanto distinguen entre causa y condiciones caracterizando al autor por la aportación de una causa y al partícipe, por la contribución con una condición al resultado típico). La fundamentación causalista de estas teorías ha supuesto, con seguridad, la principal razón de la franca decadencia en la que se encuentran en el panorama penal actual. Todas estas teorías están hoy en día prácticamente superadas. En efecto, la causalidad no puede decidir si uno es autor o partícipe. Y en razón del escaso seguimiento que han tenido resulta ocioso exponer las diversas variantes que participan de los rasgos objetivo –materiales, habida cuenta además que la caracterización de las mismas ha sido lo suficientemente concretada en la doctrina penal (Roxin, 2000, pp. 58-69).

Teoría del dominio del hecho

Entre las primeras versiones de esta teoría, adquiere capital importancia la concepción de Welzel (1976, 2002), a la que le sigue la de su principal propulsor, esto es, Roxin. Ambas posturas serán desarrolladas brevemente en los siguientes epígrafes. Para Gimbernat Ordeig (2012), la doctrina del dominio del hecho aparece como una continuación de la teoría

subjetiva, de modo que la conexión entre ambas ya puede apreciarse en Welzel. No obstante, también se ha podido decir que, por otra parte, surge como reacción a esta teoría y por contradicción al concepto causalista de autor (Welzel, 2002).

Para la teoría del dominio del hecho tradicional, el autor es el dueño del hecho porque lo domina, mientras que el partícipe se caracteriza porque contribuye al hecho sin dominarlo o dejando el dominio en manos de otros.

Todas las posiciones son mixtas, toda vez que comprenden elementos subjetivos y objetivos. Por lo general, se requiere el despliegue de una conducta externa y una cierta disposición subjetiva en el partícipe (Van Wezeel, 2011).

En líneas generales, autor es el que domina el hecho delictivo, el que con su actuación decide el sí y el cómo de la producción del delito y dirige el proceso que desemboca en dicha producción (Díaz y García Conlledo, 1991). Por otra parte, puede caracterizarse al partícipe como el que, sin dominar dicho proceso, contribuye a la realización del hecho.

Welzel y el dominio final del hecho.

Welzel parte de la concepción finalista de la acción para definir al autor en los delitos dolosos. Así, señala que autor es el que tiene el dominio final del hecho, es decir, domina el hecho quien lo conforma y planifica según su voluntad final de realizarlo.

Por lo tanto, autor es solamente aquel que, mediante una conducción, consciente del fin, del acontecer causal en dirección al resultado típico, es señor sobre la realización del tipo. Mediante el dominio final sobre el acontecer el autor se destaca del mero partícipe, el que, o bien solo auxilia el acto dominado finalmente por el autor o bien incite a la decisión. Únicamente en los tipos dolosos existe la diferencia entre autoría y participación, y solo aquí esta diferencia es exigida por la materia misma. Quien no toma en consideración lo anterior, incurre en graves errores de interpretación en la teoría de la participación (Welzel, 1976).

Señor del hecho es aquel que lo realiza en forma final, en razón de su decisión volitiva. La conformación del hecho mediante la voluntad de realización que dirige en forma planificada es lo que transforma al autor en señor del hecho. Por esta razón, la voluntad final de realización (el dolo de tipo) es el momento general del dominio sobre el hecho (Welzel, 1976).

Hay dos conceptos de autor que son completamente distintos: el autor de los delitos dolosos, que se estructura en el dominio finalista del hecho; y el autor de los delitos culposos, que se estructura en la causación de un resultado evitable.

Según Welzel (1956) el instigador y el cómplice no tienen el dominio del hecho, sino que solo han inducido a la decisión del hecho o ayudaron en su ejecución. Por eso, una participación auténtica solo es posible dentro de los tipos dolosos.

Teoría del dominio funcional del hecho de Roxin

Roxin (2000) reconoce que la noción del dominio del hecho es un concepto abierto, que debe ser concretado en función de cada modalidad de autoría; es precisamente ese carácter abierto lo que le permite abarcar no solo la autoría directa individual, sino también la autoría mediata y la coautoría.

No obstante, ello no implica que sea indeterminado y que la cuestión relativa a la diferenciación entre autoría y participación quede librada al arbitrio del aplicador del derecho, sino que, partiendo de esa noción genérica, habrá de ser concretada en cada una de las formas de autoría.

Se identifican tres formas de manifestación del dominio del hecho: dominio de la acción, en que se sustenta la autoría inmediata o autoría directa individual según la cual siempre será autor quien realiza de propia mano los elementos el tipo.

Seguidamente, el dominio de la voluntad, que sustenta la autoría mediata, según ésta, se manifiesta respecto de quien hace ejecutar el hecho mediante otro cuya voluntad, según

parámetros jurídicos, no es libre, o que no conoce el sentido objetivo de la acción de su comportamiento o lo abarca en menor medida que el sujeto de detrás o que es sustituible a voluntad en el marco de una maquinaria de poder organizada (Roxin, 2000). Que presenta a su vez tres modalidades: dominio de voluntad por coacción, dominio de voluntad por error, y dominio de voluntad en virtud de aparatos organizados de poder.

Y, por último, el dominio del hecho funcional, en que se sustenta la coautoría; será coautor quien ostente el dominio funcional del hecho. Ese dominio funcional pasa por el aporte de una parte esencial del hecho, de la cual dependa la consecución del proyecto delictivo global.

Dominio de la voluntad por aparatos organizados de poder.

El principio de responsabilidad es uno de los principales obstáculos que ha encontrado la autoría mediata con aparatos organizados de poder.

Roxin (2000) señala que, en el marco de la discusión sobre la coautoría resulta "difícil de armonizar con el principio de culpabilidad, el que hubiera que castigar a alguien por algo que otro ha hecho responsablemente" (p. 307). Por ello, en el desarrollo de su tesis del dominio de la voluntad por aparatos organizados de poder, afirmó que esta teoría es precisamente una excepción al principio de culpabilidad.

En contra de la postura del autor citado, es decir, que en estos casos se trata de la imputación de una conducta ajena se encuentra Bolea Bardón (2000) quien considera que "Cometer un hecho en autoría mediata no supone responder por la conducta de otro, sino responder por la propia conducta, que consiste en instrumentalizar a otro para cometer un delito. De ahí que no quepa decir que la autoría mediata supone una excepción al "principio de propia responsabilidad" (p. 120). Para esta autora "lo decisivo es poder constatar que (los hombres de atrás) comparten el dominio del riesgo con el hombre de delante desde una posición de control de la organización" (2000, p. 368).

Propuesta de reconstrucción dogmática del Dr. Nelson Pessoa: Autor en el derecho argentino es el “ejecutor del hecho”, art. 45 del CP.

El Dr. Pessoa (2020) sostiene actualmente que la teoría forma objetiva “indicó el camino correcto al postular que la noción de autor debe elaborarse en torno al tipo penal o dicho con más rigor, en tono al verbo o expresión verbal usada por la ley para denotar el comportamiento que habrá de ser sancionado” (p. 595).

Respecto a la teoría del domino del hecho no solo no tendría límites fijos, sino que además es incapaz de explicar el injusto imprudente, posiblemente los tipos omisivos dolosos, pero sin duda alguna que no puede explicar el tipo omisivo culposos.

Entonces, el profesor Pessoa sostiene, en función de lo expresamente establecido en el texto del art. 45, que la expresión “hecho” consiste en la “conducta (acción u omisión) descrita por un tipo penal de la llamada parte especial y a la que se impone una pena”, en otras palabras “es el comportamiento típico” (p. 598). Y expone que existen distintas clases de hecho según las diferentes formas de descripción de la conducta a través del tipo.

Así, pone de manifiesto distintas clases de “hecho”, tales: el hecho activo doloso, hecho activo culposos, hecho omisivo doloso o cuasi doloso, hecho omisivo culposos, hecho de infracción de deber, hecho de propia mano.

Acto seguido, analiza la expresión “ejecutar” un hecho, y al respecto afirma que quiere decir “comportarse del modo relevado por el tipo de la parte especial”, entonces “Autor es quien ejecuta la conducta típica”.

Así en los “hechos” *activos dolosos*, “ejecuta” – es autor – quien lleva a cabo la acción final prohibida con conocimiento y voluntad; a veces, en los tipos de resultado, con control del proceso causal que lo produce: muerte, lesión, daño” (Pessoa, 2020, p. 601). En los “hechos” *activos culposos*, “ejecuta” – es autor – quien realiza la conducta infractora del deber de cuidado, que causa el resultado típico en los delitos de resultado o simplemente

realiza tal acción en los tipos de pura conducta. En los hechos omisivos dolosos, ejecuta la conducta típica quien no realiza intencionalmente, el comportamiento ordenado por la ley (Pessoa, 2020).

En síntesis, Pessoa (2020) afirma que en el derecho penal argentino “autor es quien “ejecuta el hecho” y, en el caso de los tipos de especiales, además posee calidad requerida por el tipo” (p. 604).

Teoría Funcionalista Sistémica de Jakobs. La normativización del concepto de autor.

Jakobs sin desvincularse por completo de la teoría del dominio del hecho, aunque vaticinando su ocaso (Jakobs, 2000), sostiene un planteamiento que, en líneas generales, podría denominarse normativista.⁴

Para Jakobs (1997b) solo es posible apreciar que el comportamiento humano adquiere relevancia penal mediante una interpretación social basada en la interacción entre individuos y en la adecuación o desviación de su conducta respecto a las expectativas que se derivan de su rol.⁵ Conforme a ello, “los límites de los roles funcionan como límites de la responsabilidad penal” (Jakobs, 1997b, p. 27) habida cuenta de que el fin del Derecho penal no es tanto la protección de los bienes jurídicos como el posibilitar el funcionamiento de la sociedad al permitir interacciones entre los individuos (Jakobs, 1997b).

Así pues, la responsabilidad jurídico-penal se fundamenta, ante todo, en la superación o quebrantamiento de un rol, “quien se mantiene dentro de los límites de su rol, no responde de un curso lesivo aun en el caso en que bien pudiese perfectamente evitarlo” (1997b, p. 27).

⁴ No solo en el ámbito de la intervención delictiva Jakobs sostiene una postura normativista, sino que, la idea de la normativización se encuentra presente en todos los aspectos del delito, dado que, conforme sostiene el mismo “el Derecho genera por sí mismo el contexto normativo; especialmente, éste no queda preconfigurado por la naturaleza” (Sobre la normativización de la dogmática jurídico-penal, traduc. Cancio Meliá, M./Feijoó Sánchez, B., 2003, p. 44. También respecto a la idea de normatividad en “¿Derecho penal del enemigo? Un estudio acerca de los presupuestos de la juricidad”, 2006, pp. 97 a 101)

⁵ Jakobs concibe el rol como un sistema de posiciones definidas de modo normativo, ocupado por individuos intercambiables. Y se obtiene “por medio de una generalización de las facultades de las que disponen las personas de las que se espera que participen en la actividad en cuestión” (Jakobs, G., 1997b, p. 61)

En la propuesta de Jakobs, adquiere importancia el principio de autorresponsabilidad que implica – como se indicó anteriormente – que cada persona debe responder por las consecuencias de su comportamiento, para lo cual es fundamental atender al rol que ocupa dicha persona (Donna, 2002).

Conceptos como el de competencia o ámbitos de responsabilidad sirven en la actualidad de base para estudiar el tema de la intervención o participación. Tal concepto es precisamente el punto de partida de Jakobs para la delimitación entre autores y partícipes, es decir, la determinación de las competencias de las diferentes personas.

Se puede ser competente por organización y por institución, y ello determina la naturaleza de los delitos que se pueden cometer, esto es, delitos de organización o de infracción de deber respectivamente, lo que se conoce como concepto normativo de autor.

Una de las consecuencias más importantes de esta nueva perspectiva en materia de intervención delictiva es que la calidad de interviniente se infiere de la naturaleza de la expectativa defraudada, de la posición de garante del sujeto y su infracción. De forma concisa: el problema de la participación o intervención delictiva es, desde esta perspectiva, un problema de imputación objetiva.

Conforme a ello, en la medida en que la competencia del autor está fundada solo a través de la lesión de deberes protegidos institucionalmente y que afectan exclusivamente a los titulares de un determinado status -que no pueden ser meros partícipes-se trata de delitos de infracción de deber; sin embargo, en la mayor parte de los casos, la competencia no se vincula a deberes especiales, sino a actos de organización del titular de una esfera de organización y, en ellos, es característica de la autoría de organización decisiva o determinante; por ese motivo se denominan delitos de dominio (López Barja De Quiroga, J. 2004).

Seguidamente, según esta concepción la delimitación entre autoría y participación, ya no gira en torno a la realización de actos ejecutivos, sino que se trata de un concepto

normativo, y así se puede ser autor, aunque el aporte se otorgue en la etapa de los actos preparatorios, y cómplice, aunque la contribución se preste durante los actos de ejecución (Montealegre Lynet & Torres, 2006).

A su vez, en esta perspectiva, “la accesoriedad de la participación no depende de un hecho principal doloso y se admite toda forma de participación imprudente en un delito doloso” (Montealegre Lynet & Torres, 2006, p. 85).

La accesoriedad gira en torno al alcance de la posición de garante, más exactamente, en torno a la posibilidad de imputación conjunta del hecho y de la prohibición de regreso. No lo hace en función del concepto de dolo y la existencia de un acuerdo entre los intervinientes. Por consiguiente, entra a jugar un papel central la competencia por las conductas de terceros; es decir, si existe alguna razón especial para que a la persona que realiza el primer comportamiento le sea imputable la conducta posterior delictiva. La accesoriedad de la participación también es un problema de la imputación objetiva (Montealegre Lynet, & Torres, 2006).

Jakobs (1996) propugna así una postura puramente normativa y el rechazo de cualquier base ontológica, que lo lleva a decidir en función de la existencia o no de deber. Deber cuyo contenido habrá de hallarse en la sociedad.

Lesch por su parte sostiene que la postura de Jakobs tiene también relación con sucesos del mundo exterior, pues la configuración del hecho es una configuración externa. Pero el mundo exterior no tiene aquí, *per se*, nunca, un significado, sino solo de forma mediata en relación con la estructura normativa de la sociedad, mientras que en un concepto orientado fácticamente el mundo exterior determina las consecuencias dogmáticas.

Conforme a ello, la diferenciación entre autoría y participación ha de ser “separada completamente del proceso causal externo, y trasladada al plano comunicativo-simbólico de significado de ese proceso para la vinculación de la norma” (Jakobs, 2007, p. 441)

Tesis de Bolea Bardón. La autoría como realización típica (imputación de riesgos). El dominio del hecho como dominio del riesgo.

En el desarrollo de su tesis sobre la autoría mediata, Bolea Bardón (2000) parte de la idea de que resulta imprescindible hallar un concepto de autor que pueda abarcar tanto al que ejecuta materialmente el hecho como al que solo realiza una ejecución parcial del mismo, o al que utiliza a otra persona para cometer el delito. En tal sentido “autor será aquél al que se pueda imputar el hecho como suyo en términos normativos” (p. 129)

No obstante que asume un criterio de autoría entendido en términos normativos, considera que no se puede, prescindir de la realidad que le sirve de base que es, en definitiva, lo que intenta regular. Considera así que a la hora de establecer criterios de imputación hay que tener en cuenta las prescripciones legales y los principios axiológicos, que informan el ordenamiento jurídico; pero, también, los referentes fácticos (Bolea Bardón, 2000).

Por lo tanto, a juicio de la autora no resulta acertado prescindir de todo dato fáctico en la configuración del concepto de autor, por cuanto es más conveniente adoptar un criterio que combine una cierta base fáctica con una decisión jurídica. En consecuencia, se decanta por un criterio fáctico-normativo de dominio (Bolea Bardón, 2000).

La autoría se basa así en “la creación, el no control o el aumento de un riesgo de forma objetiva y subjetivamente imputable”. Es decir que “cuando al sujeto se le puede imputar dolosamente la creación, no control o aumento del riesgo, hablamos de plena responsabilidad por el peligro” (Bolea Bardón, 2000, p. 135).

En resumidos términos, en lo que respecta a la autoría mediata la autora señala que el “*dominio del hecho* se consigue a través de la *instrumentalización* de otro” (Bolea Bardón, 2000, p. 164).

Bolea Bardón (2000) agrega, que dicho dominio no depende de que el hombre de detrás domine a su vez al ejecutor carácter de autor. “El término dominio debería reservarse

para explicar la relación del autor con el suceso típico (dominio del hecho o, mejor, dominio del riesgo), dejando la expresión instrumentalización para reflejar la relación entre el hombre de detrás y el ejecutor material” (p. 165).

Así se puede decir que el hombre de atrás domina el hecho, “sin necesidad de ejecutarlo de propia mano, a través de la instrumentalización de otro que, a su vez, podrá ser o no autor, ya que el proceso causal y el resultado pueden ser imputados jurídicamente a más de una persona”. (Bolea Bardón, 2000, p. 165).

Teoría de Michael Pawlik. Breves consideraciones.

El concepto global de delito que propone Pawlik irradia sus consecuencias sobre casi todas las categorías analíticas de la teoría de la imputación, y la teoría de la intervención no es la excepción.

El autor sostiene que corresponde eliminar la distinción entre tipicidad y antijuridicidad, pues ambas constituyen dos caras de una misma moneda (Pérez Barberá, et. al., 2021, p. 4), pues para él una conducta típica, pero justificada, es una ajustada a la norma de comportamiento. Por tanto, resultaría irrelevante desde un punto de vista material que no se trate de una conducta habitualmente denominada atípica. No existiría ni una diferencia material, ni se justificaría una valoración social diferenciada entre tipicidad y antijuridicidad. En todo caso, se trataría de una diferencia meramente didáctica o de conveniencia (Pérez Barberá, et. al, 2021, p. 5).

Considera que “tampoco es válida la distinción entre injusto y culpabilidad como etapas independientes de la teoría del delito. Afirma así, que la posibilidad de concebir un injusto no culpable sería equivalente, en los términos de la teoría de las normas, a afirmar que el legislador puede sostener que una determinada conducta está prohibida y a la vez que no lo está” (Pawlik, 2010, p. 125).

Por ello, el injusto no culpable no presenta diferencias cualitativas con la conducta justificada o incluso atípica. Por lo tanto, “un homicidio no culpable resulta tan irrelevante como la muerte ocasionada por un rayo o por un lobo: en suma, naturaleza pura” (Pawlik, 2016, p. 125; 2010, pág 128).

Por lo tanto, “si un injusto no culpable debe valorarse como un mero evento de la naturaleza – y por ello incapaz de comunicar un posicionamiento frente al orden de libertades que impone el Derecho, ya sea en un sentido negativo o positivo – no sería posible participar en él. En consecuencia, la intervención delictiva en un injusto no culpable o se califica como autoría mediata o resulta jurídico penalmente irrelevante” (Pawlik, 2010, pp. 134-135).

“En cualquier caso, lo único que el Derecho penal debe valorar de modo neutral es la intervención en un hecho no antijurídico, puesto que, resulta reprochable tanto la intervención en un hecho principal antijurídico —a título de participación—, como en un hecho principal no culpable —como autoría mediata—” (Falcone, 2021, p. 8).

Explica Falcone (2021) que, en los términos de Pawlik “entre el dolo y la imprudencia existe solo una diferencia de grados, por lo tanto, la conducta solo puede evidenciar una lesión de mayor o menor gravedad de la incumbencia de adquirir y mantener el conocimiento necesario para cumplir con las prohibiciones y mandatos que el Derecho impone” (p. 9).

De este modo, señala Falcone (2021), que Pawlik se opone a las principales soluciones de la teoría del dominio del hecho en lo referido a las exigencias subjetivas de la teoría de la intervención delictiva, y que el autor bajo análisis se muestra conservador en la defensa del concepto restrictivo de autor en delitos de organización. En este sentido, sostiene que del mismo modo que se puede participar en un debate mediante el sostenimiento de una posición, también se puede intervenir en él haciendo nacer la idea en el que luego afirma o incluso apoyando su afirmación y, en ambos casos, sin que pueda considerarse que la inducción o el apoyo sean, per se, equiparables a aquella adopción de posición. En efecto, el

apoyo solo debe ser valorado negativamente si la posición apoyada también merece el mismo reproche.

Entonces, el fundamento de la accesoriedad de la participación —en un hecho ajeno es esta relatividad: “solamente quien dice sí respecto de algo malo, manifiesta con ello a su vez algo malo” (Pawlik, 2010, p. 134).

Según Falcone (2021) “una teoría moderna de la intervención delictiva debe considerar un equívoco la atribución de autoría a partir de la ejecución del hecho en términos formales, de forma tal que no ejecuta el hecho necesariamente aquél que realiza el verbo típico de propia mano, sino, antes bien, quien apartándose de su rol supera con su conducta el riesgo prohibido (p. 9).

Recapitulación

El desarrollo del tema tuvo a su vez en miras el surgimiento del principio de accesoriedad cuyas formas depende de la concepción de autoría que se adopte.

Además, se tuvo en cuenta el fundamento que las teorías ofrecen para resolver el problema de la autorresponsabilidad, puntualmente en el caso de la autoría mediata en los delitos de dominio por organización y/o en el de los coautores, situaciones en las cuales se responsabiliza a un sujeto por el comportamiento de otro plenamente responsable. Situaciones en las que además se presenta el problema, en lo que refiere al objeto de la presente investigación, respecto a su distinción con la inducción y la complicidad respectivamente.

Así, conforme a la exposición expuesta se advierte que las teorías sobre la autoría que se fueron sucediendo en el tiempo tenían la finalidad de aislar a la figura del cómplice, mientras que la discusión acerca del fundamento de la participación, pasó a un capítulo conocido como fundamento de la punición de la participación delictiva.

Lo cierto es que, ninguno de los modelos de autoría individualmente considerado es idóneo para construir una teoría de la intervención normativamente orientada.

Jakobs, Lesch y Robles Planas comparten la adopción de un principio de autorresponsabilidad normativo y el rechazo del concepto restrictivo de autor, así como del criterio del dominio del hecho. Estos puntos de partida comunes los conducen a afirmar que el delito es una obra mancomunada que le pertenece a autor y partícipe, pero en distinta medida.

Conclusión

El presente capítulo tuvo por objeto el breve desarrollo de las principales teorías que abordaron el concepto de autor, y los distintos criterios que, con el paso del tiempo se comenzaron a ensayar para establecer la diferencia entre autor y partícipes. También se esbozaron las críticas que se le han efectuado a cada una, y la incapacidad de algunas para absorber y explicar bajo un mismo concepto, todas las formas de autoría.

En ese andar, se advierte que se impusieron primero las llamadas teorías restrictivas en materia de participación, las cuales sobrevinieron en el tiempo a las teorías extensivas. Seguidamente, para establecer la diferencia entre autores y partícipes se recurrió a criterios puramente subjetivos, lo que dio lugar a las llamadas teorías subjetivas (teoría del interés). Luego se fueron sucediendo, la teoría formal objetiva cuyo punto de partida lo constituyó el verbo rector como criterio nuclear para diferenciar entre el autor del hecho y los demás que intervienen en su realización, cuyos reparos provocaron el surgimiento de otras elaboraciones, de contenido material.

Posteriormente surgió la teoría del dominio del hecho, según la cual autor del delito es quien tuvo el dominio – final del suceso, mientras los partícipes carecen de ese dominio del hecho-. Es el autor quien tiene el señorío del suceso en sus manos o las riendas del acontecimiento. Y así, en sentido opuesto, quien carece del dominio del hecho, deberá ser

estimado como partícipe (determinador o cómplice). Fueron las posturas finalistas del delito, quienes, con Welzel a la cabeza, acuñaron y difundieron esta posición.

Y luego, Roxin retomó esta postura y a su vez se encargó de imprimirle su propio sello tales los casos de dominio de la acción (autoría directa), dominio de la voluntad (autoría mediata por coacción, situaciones de error y aparatos organizados de poder) y funcional del hecho (coautoría). Además de otros criterios aplicables a la tesis de los por él denominados delitos de infracción de deber. Zaffaroni, por su parte se hizo eco de la teoría material objetiva, también sobre la base del dominio del hecho.

Por último, se han expuesto las posturas de Jakobs quien cuestiona la teoría del dominio del hecho y aboga por una teoría funcionalista de la intervención delictiva. Haciéndose una breve mención de la teoría de Michael Pawlik y de la tesis de Bolea Bardón, cuya definición se funda en un dominio del hecho como dominio del riesgo.

En el capítulo que sigue se procederá precisamente a desarrollar el fundamento del injusto del partícipe conforme a los criterios ofrecidos por las teorías que se fueron sucediendo en el tiempo.

CAPITULO III

ESTADO ACTUAL DE LA DISCUSIÓN TEÓRICA SOBRE EL FUNDAMENTO DE LA PUNIBILIDAD DE LA PARTICIPACION CRIMINAL

Introducción

En el presente capítulo se van a desarrollar las teorías que se han formulado a través del tiempo y que, previa aceptación de la diferenciación entre las formas de intervención en el delito, a saber, entre autoría y participación, se preguntan y ofrecen una respuesta acerca del

porqué de la punibilidad de quien, sin realizar la conducta típica, contribuye en términos generales a la ejecución de la misma.

Debido a que el partícipe, se encuentra sujeto a una posible responsabilidad penal producto de su contribución, se hace necesario en primer término indagar por aquellas teorías que han intentado ofrecer una explicación respecto a la punibilidad de estas figuras. Estas teorías pueden ser clasificadas en dos grandes grupos: aquellas que fundamentan la punibilidad de la participación con base en la tesis de la corrupción, y aquellas que ven en la teoría de la causación la justificación del castigo de tales formas de intervención en el delito. Ambos grupos, claro está, cuentan con diversas vertientes producto de la reinterpretación o complementación de sus cimientos iniciales.

Fundamento de la punibilidad de la participación criminal.

El término participación es utilizado en dos sentidos distintos. En sentido amplio se emplea a veces esta palabra para referirse a todas las formas de intervención en el hecho — incluyendo la autoría—. Y en sentido estricto, se contrapone a la autoría.

A su vez, un injusto penal, en consecuencia, por regla general puede ser perfectamente realizado por una sola persona, caso del homicidio, lesiones, robo, etc., salvo que el tipo penal exija la concurrencia de una pluralidad de sujetos, como acontece en los llamados tipos penales plurisubjetivos.

Para evitar entonces que queden impunes aquellas personas que confluyen en la realización del ilícito, sin llevar a cabo de propia mano o por sí mismos la conducta descripta en el tipo, el legislador acude al dispositivo amplificador del tipo de la participación criminal o concurso de personas en la realización de la conducta punible, el cual se encuentra regulado en las partes generales de los códigos penales, art. 45 en el caso nuestro, y por cuyo intermedio abarca los aportes o contribuciones de estos sujetos, cómplices e instigadores.

La construcción dogmática de intervención delictiva se ha ocupado en general de dos cuestiones centrales tales, la unidad o la diversidad del título de imputación y su naturaleza accesoria, ambas se encuentran estrechamente ligadas.

Pero no hay que confundir fundamento del castigo del partícipe con la accesoriedad. Pues, aunque se encuentran muy relacionadas, son cosas distintas, la primera tiene por objeto indagar acerca de “por qué” se castiga al partícipe, y la segunda, “en qué supuestos y con qué requisitos”.

La primera cuestión es la que será abordada a continuación. El presente capítulo tiene entonces por objeto el desarrollo del estado de la discusión teórica sobre el fundamento del injusto de la participación criminal hasta el surgimiento de las modernas teorías que han aparecido.

En efecto, para dar respuesta al interrogante acerca de *por qué motivo debe responder el partícipe* – cómplice e inductor –, se han elaborado distintas teorías, pues según la doctrina clásica sus acciones contribuyen a la realización del delito por el autor, no son acciones típicas en sí mismas, en el sentido de que no realizan por sí solas la acción descrita en el tipo, sino que se ensamblan a la tipicidad del autor.

Entre tales se encuentran las *teorías de la causación* que agrupa a aquellas que insisten en el delito del partícipe, tal que el cómplice y el inductor serían responsables de su propio delito, que consiste en causar el resultado típico en forma mediata.

En contraposición a las anteriores, se encuentran las *teorías de la corrupción o de la participación en la culpabilidad o en el injusto*, que sostienen que el fundamento de la punibilidad del partícipe no está en la causación del resultado típico, sino en el hecho de que el partícipe envuelve al autor en un hecho antijurídico.

En cierto modo, a expensas del debate entre los dos planteamientos anteriores, se desarrolló la *llamada teoría de la causación accesoria del resultado* que rechaza tajantemente la idea de que el partícipe realizaría un delito o un injusto propio, por cuanto al

partícipe se le imputa la realización del tipo penal por parte del autor y, por lo tanto, un injusto ajeno. Que el motivo de su imputación es la conducta descrita en los preceptos sobre inducción o complicidad. Por ello se dice que el partícipe causa accesoriamente el resultado. Una variante de esta posición es el planteamiento de Roxin, la “teoría” del “ataque accesorio” al bien jurídico.

Por último, existen actualmente otras propuestas que no se pueden encuadrar entre las anteriores, consideradas como las modernas teorías sobre la fundamentación del injusto del partícipe. En primer término, un sector de la doctrina que construye el injusto del partícipe desde el análisis de la teoría de las normas y que concluye que autor y partícipe lesionan normas de conducta distintas. En segundo lugar, la llamada *teoría de la solidarización con el injusto ajeno* desarrollada por Schumann, en tercer lugar, se ubica *la participación en el injusto referida al resultado de Jakobs* y por último se va a desarrollar la tesis de Robles Planas por resultar una postura novedosa que tiene un punto de partida y de llegada diferente a todas las anteriores.

A continuación, se desarrollarán los aspectos más relevantes de las teorías mencionadas.

Teorías de la causación.

Teoría de la causación pura: la construcción del denominado delito del partícipe (Lüderssen)

Según esta teoría no es el injusto del autor lo que se le imputa al partícipe, sino la causación de aquel resultado que constituye el resultado del hecho del autor (Jakobs, 1997)

Fue expuesta por Lüderssen, quien rechaza el principio de la accesoriedad entendiendo que la participación consiste en la provocación meramente causal y voluntaria de la lesión punible de un bien jurídico. Según ella, si la punición tiene su fundamento en el injusto propio y el bien jurídico también es lesionado por la acción del partícipe, el motivo

para mantener la accesoriedad pierde su razón de ser, por cuanto el ataque al bien jurídico proveniente de la actividad del partícipe tiene autonomía (Fierro, 2004).

La circunstancia de que el aporte causal del partícipe se canalice a través del autor determina su mayor distancia en relación al resultado y, por lo tanto, su menor punibilidad.⁶ “Se mengua la mediación del resultado por un autor que actúa injustamente” (Jakobs, 1997a, p. 795).

Bacigalupo (1999) explica, que el fundamento de punición del partícipe radica en sí mismo, en su propio injusto. Si lo esencial es el aporte causal, la tipicidad de la conducta del autor desaparece como requisito y, en consecuencia, la participación se convertiría en un delito autónomo, es decir, perderla su naturaleza accesorio.

La formulación que esta teoría presenta se ajusta a la participación activa y a los delitos de lesión, pero no así respecto a la participación por omisión o los casos en los que no se requiere que el autor cause un resultado de lesión del bien jurídico.

Teoría de la causación o del favorecimiento

Según esta teoría, la razón por la cual se considera culpable al partícipe, es porque favorece psíquicamente o materialmente al autor a la consumación del hecho delictivo realizado.

De ella se deduce que la voluntad del partícipe se debe dirigir a la ejecución del hecho principal, y que este hecho requiera para su configuración del dolo. El desvalor de la conducta del partícipe consiste en colaborar en la violación de la norma por parte del autor (Jescheck, 2003)

No es relevante aquí que el autor obre o no culpablemente, sino que basta la causación o favorecimiento de un hecho antijurídico del autor por parte de un partícipe que

⁶ Esta disminución de la punibilidad no se aplica en el caso de nuestra legislación, por cuanto, conforme a lo que establece el art. 45 del CP, la escala penal es la misma tanto para el autor como para el cómplice primario y el instigador. La diferencia en la punibilidad se da únicamente en el caso del cómplice secundario.

actúa, él sí, culpablemente (Mir Puig, 2006). “Esta es la concepción dominante en Alemania” (Mir Puig, 2006, p. 401). Asimismo, “No se trata de castigar al partícipe como causante directo de la lesión del bien jurídico, sino a través del hecho principal del autor” (Ruiz Antón, 1980, como se citó en Mir Puig, 2006, p. 401).

Mir Puig (2006) agrega que esta teoría es la más convincente. Y considera que,

El partícipe contribuye a causar el hecho del autor, sea interponiendo una condición propiamente causal del mismo (así el inductor y el cooperador necesario), sea favoreciendo eficazmente su realización (lo que basta para la complicidad). Si además puede imputársele personalmente esta contribución, ¿por qué no habría de atribuírsele por la circunstancia, ajena a él y que no empece a la antijuridicidad del hecho favorecido ni por tanto a la de su favorecimiento, de que el autor no pueda atribuírsele personalmente su hecho? (p. 402).

En igual sentido Sancinetti (1991) que la opinión dominante se expresa en la forma de la llamada teoría del favorecimiento (o de la co-causación). Y que, según esta teoría,

El fundamento del castigo de la participación se halla en que el partícipe *produce* la acción típica y antijurídica del autor, es decir, *co-causa* la lesión del bien jurídico, sea generando el dolo del autor (instigador), sea favoreciendo su plan de acción (cómplice). Esta idea de co-afectación del bien jurídico permite dejar impune los casos en los que el partícipe reconoce de antemano la inidoneidad del plan de acción del autor, que, con la teoría de la participación en la culpabilidad, debería ser igualmente punible, por darse el presupuesto de una acción principal (antijurídica) y culpable (p. 734).

Teorías del ataque accesorio al bien jurídico (Roxin)

Esta teoría es sostenida por Roxin, y según ella el fundamento de la participación deriva de la propia naturaleza de ésta, al ser caracterizada como el ataque al bien jurídico mediante la causación accesorio. Se posiciona en un lugar ecléctico, ya que se construye a

partir de elementos independientes provenientes de la teoría de la causación pura y en elementos derivados, de la teoría de la participación en el injusto.

En función de ello, la participación se constituye en una causación accesoria que no puede ser separada del injusto del hecho principal, pero al mismo tiempo implica un ataque autónomo al bien jurídico protegido. Es decir, que requiere que el partícipe ataque efectivamente el bien jurídico a través del autor (Van Weezel, 2009).

Con lo cual hallaría explicación la impunidad del agente provocador; cuando, en cambio, se afirma que ella se funda en la falta del “doble dolo” del inductor, Roxin afirma que la exigencia de ese “segundo dolo” se debe precisamente a la exigencia previa de un ataque al bien jurídico por parte del partícipe (Van Weezel, 2009).

Según Alex van Weezel (2009) la teoría de la causación accesoria destaca un elemento esencial, que sin relación al hecho típico no se puede fundar la responsabilidad, pero no logra explicar esto. “La intuición es correcta, pero la explicación no está por ninguna parte y se agota en ejemplos: ¿qué significa atacar accesoriamente el bien jurídico? Cuando se hurga un poco más, se encuentra una visión subjetivista: todo depende del dolo de los actores” (2009, p. 440)

Teorías de la Corrupción

Teoría de la participación en la culpabilidad del autor (Mayer)

Su principal exponente fue H. Mayer, el autor proponía que el fundamento de la pena del partícipe residía en que, el partícipe ha corrompido al autor, ya sea seduciéndolo (que asumiría la forma de la inducción) o bien apoyando la idea pecadora (sería el caso de la complicidad), además de contribuir en la ejecución (Fierro, 2004).

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 sustraído su fundamento con la derogación del requisito de un hecho principal culpable (Frister, 2011, p. 544).

Bajo esta concepción, la inducción aparece como la conducta atentatoria en contra del propio autor, al que se corrompe, pervierte y conduce por el camino del delito y de sus múltiples consecuencias (Olmedo Cardenete, 2017).

Por lo tanto, considera que el partícipe contribuye a que el autor sea culpable. De ahí también que se le denomina teoría de la corrupción.

“La teoría que sustentó H. Mayer afirmaba una especie de corrupción del autor por parte del partícipe, quien logra envolverlo en un agudo conflicto con la sociedad” (Donna, E. A., 2002, p. 94).

Según Jakobs (1997) el partícipe no origina, ciertamente, el hecho, pero sí al autor culpable, y critica ésta teoría señalando 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.

Nuestra legislación no es compatible con un fundamento como éste, dado que el art. 48 del C.P. establece que "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". Por consiguiente, según nuestro derecho, “la falta de culpabilidad del autor principal – más allá de si, en el caso, se pudiera fundar una "condición de intermediación" suficiente para la autoría mediata, o no – dejaría siempre intacta la participación, como tal” (Sancinetti, 1991, p. 733).

Teoría de la participación en el injusto ajeno o de la participación en el ilícito (Less)

Según Stratenwerth (2005) “la explicación de la participación se halla, en principio, en el hecho de que el instigador y el cómplice contribuyen a la realización del ilícito que comete el autor” (p. 415).

De esta manera la esencia de la participación está en la motivación o en el apoyo de un ilícito típico ajeno, sin consideración de la causalidad del aporte del partícipe para la punibilidad, ni tampoco de si la causalidad debe ser reconocida como elemento esencial fundante de la pena junto a otros.

Jakobs (1997) señala que según esta tesis “el fundamento de punición puede ser que el autor haga posible el injusto de otro: el hecho ajeno es entonces el resultado de la acción de participación (teoría de la participación en el injusto en sentido propio)” (p. 795).

Esta teoría considera en síntesis que el partícipe no infringe la forma del tipo -de la parte especial- sino las respectivas disposiciones de la participación establecidas en la parte general.

Modernas tendencias

Teoría de las normas de Rudolphi y Stein

Esta teoría construye el injusto del partícipe desde el análisis de la teoría de las normas, en esta línea se encuentra Rudolphi y posteriormente su discípulo Stein.

Según señala Lesch (1995), los autores citados han intentado fundamentar una desigualdad cualitativa entre autoría y participación, bajo la suposición de la existencia de normas de comportamiento del autor y del partícipe respectivamente.

“Se trata por tanto del terreno de la ya tradicional teoría de las normas, que constituye el fundamento dogmático de la llamada “teoría personal del injusto” hoy dominante en Alemania, y que en *Armin Kaufmann* encontró su defensor más sobresaliente (Lesch, 1995, p. 927).

Según nos explica Roxin (2000), el enfoque de Stein es básicamente distinto al marco establecido por la doctrina del dominio del hecho. Este autor “Distingue entre autor, inductor y cómplice no según la dominación o no dominación de la realización del hecho que conduce al resultado, sino según las distintas “normas de conducta” que ellos infringen” (p. 168).

Roxin (2000) considera que no se pueden reducir las formas de participación a una infracción de normas de conducta, o al respectivo desvalor de acción, porque autoría es realización del tipo y el resultado pertenece al tipo.

Como así también, las diferencias de comportamiento solo pueden tener relevancia en las formas de participación en la medida en que repercuten en la realización del tipo. Roxin (2000) considera más adecuado entonces el principio del dominio del hecho que una «doctrina de normas de conducta» desprendida del resultado.

Robles Planas (2003) cuestiona también esta teoría considerando que se encuentra con la enorme dificultad de legitimar una norma de conducta autónoma dirigida al inductor o al cómplice.

Teoría de la solidarización con el injusto ajeno de Schumann

El principal representante de la idea de solidaridad como fundamento del castigo del partícipe ha sido Schumann.

Este autor sostiene que “el eje de la responsabilidad del cómplice se ubica en una solidaridad con el injusto ajeno. El criterio utilizado para la atribución de responsabilidad del partícipe en este supuesto específico es considerado por él como un criterio general de imputación objetiva” (Schumann, 1983, como se citó en Busato, Paulo C., 2014, p. 14).

Para Schumann la actuación del cómplice debe contener un desvalor de acto que sea reconocido por la comunidad como un ejemplo de que el cómplice se puso al lado del autor en la realización del injusto, prestándole *solidaridad* (Busato, Paulo, 2014).

Algunos criterios para identificar cuándo se produce la mencionada solidaridad, son: la cercanía al hecho, como un factor temporal de identificación, es decir, la inmediación entre el aporte del partícipe y la realización del autor. En segundo lugar, el aporte del partícipe debería favorecer aspectos nucleares del injusto típico. Y en tercer lugar, se excluye la responsabilidad del cómplice que solo realizó un acto de su rutina profesional cotidiana, punto en el que coincide con Jakobs (Busato, 2014).

Este autor pone en cuestión la compatibilidad de la tipificación de las formas de participación con el principio de autorresponsabilidad, pues parece que se está haciendo responsables a los partícipes por una actuación ajena, en vez de responder por su propio comportamiento.

La idea de solidaridad ignora que, como tal, dicha solidaridad no es punible. Fundamentando de este modo el castigo de la participación, ésta vendría a convertirse en una especie de delito que perturba la paz. Pero si esto fuese así, darle una pistola a otro para que mate, por ejemplo, ya sería una especie de tentativa de homicidio, lo cual no es cierto. La idea de solidaridad con el autor no puede explicar cuál es la razón por la que a pesar de dicha solidaridad el partícipe no responde si el hecho principal no llega al estado de la tentativa. Lo fundamental, por tanto, no es si se produce dicha solidaridad con el autor, sino si el comportamiento del cómplice ha influido o no en el resultado delictivo.

Teoría de Jakobs o teoría de la participación en el injusto referida al resultado.

Una de las formulaciones desarrolladas actualmente en el ámbito de la participación en el ilícito es la teoría propuesta por el profesor Günther Jakobs, denominada teoría de la participación en el injusto referida al resultado; y viene a complementar, la teoría de la causación con la teoría de la participación en el ilícito.

Se estima que el delito es una obra de todos, de manera que “quien participa en la fase previa no responde jurídico penalmente por coproducir el hecho de otros, sino porque el hecho resultante también es el suyo propio” (Jakobs, 1997, p. 77).

No es la comisión de propia mano lo que convierte el injusto en injusto propio, sino el sentido delictivo del comportamiento.

Conforme a ello, el fundamento de la participación radica en que el partícipe liga su comportamiento al del autor en un contexto con consecuencias delictivas, cuando había obligaciones de evitarlo. De modo que es el ser competente por lo que acontezca lo que fundamenta la obra en común en los intervinientes. Un resultado delictivo es reconducido a los ámbitos de competencia de los partícipes sean estas dolosas o culposas.

En palabras de Jakobs (1997), para la determinación del injusto de participación hay que tener cuenta, que “el partícipe no configura el hecho igual que el autor... el hecho no es obra suya en la medida en que lo es del autor, pero, desde luego tiene una parte en el hecho, solo que reducida *cuantitativamente*... El comportamiento de intervención es el motivo por el que se imputa al partícipe la ejecución del hecho principal como obra (también) suya...” (p. 796).

Así pues, sin el hecho principal no se lleva a cabo el injusto material de la participación. Seguidamente, el partícipe no infringe la prohibición de realizar el tipo, sino solo la prohibición ampliada por medio de la regulación de la participación. Y agrega que el partícipe responde porque la ejecución del hecho principal 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 (Jakobs, 1997)⁷.

⁷ En el Código Penal Alemán el instigador tiene la misma pena que el autor, pero el cómplice tiene una pena atenuada. § 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.(2) La pena para el cómplice se sujeta a la sanción penal para el autor. La pena debe reducirse conforme al § 49, inciso 1.

El partícipe pasa así 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.⁸

Así, 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 en concepto de autor, o más exactamente: la causación imputable de un hecho de autor con dolo propio de consumación (Jakobs, 1997).

Teoría de Robles Planas. La complicidad como sentido conjunto objetivo.

Robles Planas desarrolla una novedosa teoría sobre la intervención delictiva en su tesis doctoral denominada *La participación en el delito: Fundamentos y Límites* (2003).

El autor expresa que el problema de esta comprensión del fenómeno de la intervención en el delito reside en que deja huérfano de *fundamento positivo* al injusto del partícipe. Simplemente presupone que quien lleva a cabo un comportamiento accesorio (no típico) debe responder. Pero ¿por qué responde? Si el hecho típico, por muchas características que se exija que concurran en él, es el hecho *del* autor ¿no estamos ante responsabilidad por un hecho *ajeno*? (Robles Planas, 2020).

Expone al respecto que la idea que late detrás de la accesoriedad es esencialmente correcta: la punibilidad de ciertas conductas de intervención depende de que se produzca una realización típica (se dé por lo menos inicio la tentativa). Lo que no es correcto es entender que esa realización sea propiedad del autor y, por consiguiente, algo ajeno para el partícipe. (Robles Planas, 2003).

⁸ En este sentido, se pronunciaba 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.

Considera que los tipos de la Parte Especial no se refieren exclusivamente a la conducta de una clase de sujetos, los autores. Esto es, no definen el injusto punible y a su vez a los que responden como autores del injusto punible. Si así fuera, el criterio de autoría (p. ej. el dominio del hecho), sería co-constitutivo del injusto. Sino que los tipos de la Parte Especial contienen descripciones típicas “neutrales” en cuanto a la ordenación de una u otra conducta dentro de las clásicas conductas de intervención en el delito (“autoría” y “participación”). (Robles Planas, 2020).

En ella señala en principio, que todas las teorías anteriores pasan por la puja entre una fundamentación propia y una fundamentación accesoria del injusto del partícipe, y que sus dificultades radican por un lado, en lo que respecta a la teoría del favorecimiento de la causación, la teoría de la participación en el injusto y la teoría del ataque accesorio al bien jurídico, que si bien tiene la ventaja de ser compatibles con la letra de la ley, al no dotar de contenido propio al injusto del partícipe resultan incompatibles con el principio de autorresponsabilidad, y por su parte, la teoría del delito autónomo de participación debe rechazarse por que olvida la existencia de un hecho principal ejecutado por un sujeto que es, a su vez, autorresponsable.

Su tesis principal considera que hecho y autor no son la misma cosa. En tal sentido expone que el hecho típico no pertenece en exclusiva al autor y que por tal el hecho pertenece a todos aquellos intervinientes a los que se le puede imputar objetivamente el mismo. Que en la medida en que hay varios sujetos vinculados con un mismo hecho, éste se objetiviza, se independiza del autor y puede así tener lugar la intervención en el mismo.

Señala dos momentos fundamentales de la responsabilidad penal de todo interviniente: la fundamentación de la relevancia típica de su intervención y la valoración de la intensidad de su injusto en relación con el injusto del hecho común (Robles Planas, 2020).

La tesis del autor se ve ciertamente influida por la tesis de Peñaranda Ramos (1990, como se citó en Robles Planas, 2007) la cual también puede ser ubicada dentro del grupo de

teorías que proponen la intervención en un hecho común. Este autor expresaba que el propio desvalor del hecho del partícipe solo 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 conducta dentro del conjunto del acontecimiento es aquí también imprescindible. Peñaranda Ramos afirma que nadie 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.

Conclusión.

En este capítulo se esbozaron las teorías acerca de ¿por qué debe responder el partícipe?, es decir, las teorías que han intentado ofrecer una explicación respecto a su punibilidad.

Estas teorías pueden ser clasificadas en principio, como se ha visto, en dos grandes grupos: aquellas que fundamentan la punibilidad de la participación con base en la tesis de la corrupción, y aquellas que ven en la teoría de la causación la justificación del castigo de tales formas de intervención en el delito. Ambos grupos, con diversas vertientes producto de la reinterpretación o complementación de sus cimientos iniciales.

En una posición ecléctica se ubica Roxin, que recoge aspectos tanto de la teoría de la causación pura como de la teoría de la participación en el injusto, para quien la participación exige que el bien jurídico que vulnera el partícipe también encuentre protección respecto a dichos ataques. Para esta corriente entonces lo que se desvalora en la participación es la contribución a la puesta en peligro o lesión de un bien jurídico ejecutado por otro.

Por último se han mencionado otras teorías a las que se han caracterizado de modernas, por su reciente surgimiento y por su separación total de los postulados de las anteriores, entre ellas, desde el plano del funcionalismo radical se ubica la de Jakobs, que lejos de entender la participación como una forma de intervención accesoria en el delito, bien

sea de colaboración en la comisión de la conducta punible o de instigación a la misma, traduce esta categoría a partir de defraudaciones y expectativas de comportamiento, le siguen la teoría de las normas de Rudolphi y Stein, de la solidarización con el injusto ajeno de Schumann, y la teoría de Robles Planas quien parte desde una postura parcialmente discrepante con respecto al tradicional abordaje de la cuestión por parte de la teoría dominante, pues parte de la distinción entre dos momentos de la responsabilidad penal de todo interviniente: la fundamentación de la relevancia típica de su intervención y la valoración de la intensidad de su injusto en relación con el injusto del hecho común.

Introduce así la noción de hecho común, la idea de un hecho global, de una acción colectiva, consideraciones también mencionadas por otros autores apegados a la corriente normativista como Lesch, Yesid Alvarado, Weezel, entre los nacionales Falcone.

Estas corrientes se fundan en la idea de que existe un único hecho que se imputa a todos por igual, de cuya idea se deriva un concepto de autor no basado en la causalidad, sino normativo tal que mata todo aquel al que se le puede “imputar objetivamente” una muerte, por lo que, primero correspondería examinar lo que vincula a todos los intervinientes y luego lo que los separa, es decir, determinar, normativamente, qué aportes se engarzan en un mismo hecho, de manera que se les pueda atribuir a todos ese hecho, aunque este no se haya ejecutado de propia mano.

Estas ideas, y muchas otras, serán retomadas, desarrolladas en detalle y servirán de base para los temas que se expondrán en los capítulos que siguen a continuación.

CAPITULO IV

ACCESORIEDAD O RESPONSABILIDAD COLECTIVA DE LOS INTERVIENTES

Introducción

En el presente capítulo nos acercamos al meollo de la discusión acerca de, si la accesoriidad representa el criterio central de la teoría de la participación.

A tal efecto, la línea argumental que atraviesa el presente capítulo parte de la concepción que se le otorga al principio de accesoriidad, seguidamente se analizan sus dimensiones: interna y externa. Se exponen las críticas que se formulan respecto de los requisitos que exige la accesoriidad limitada para la punibilidad del partícipe y se exponen los problemas dogmáticos que acarrea su aplicación a un grupo de casos en función de las soluciones poco satisfactorias a las que se arriba.

Se exponen también de qué manera se comunican las circunstancias atenuantes y agravantes y el tema del exceso en la conducta del partícipe. Se analiza el requisito del dolo que se exige tanto en el partícipe como en el autor, y la ausencia de regulación legal en nuestra normativa. A lo que sigue el análisis sobre la posibilidad de admitir la participación culposa y la dolosa en hechos culposos y dolosos, y se toma postura en relación a tales posibilidades.

Por último, se realiza una síntesis de las críticas que se le formulan al principio de accesoriidad quienes se ubican en el polo opuesto de dicha teoría y se esboza la postura que se asume en este trabajo en torno al criterio que define la responsabilidad colectiva de los múltiples intervinientes en el hecho típico considerado de manera global y se adelantan los criterios de imputación objetiva que servirán para delimitarlos.

Accesoriedad: Breve consideración general del Derecho Comparado y origen del término.

Según Kleszczewski (2011) el Derecho comparado enseña que son tres los sistemas de intervención que se pueden diferenciar, aquel por el que se identifican conjuntamente todas las formas de intervención (sistema de autor unitario), el sistema en el que se pueden diferenciar dos formas de intervención que al mismo tiempo se relaciona una con otra (sistema de participación accesorio) y por último, el sistema por el que se postula que todas las formas de intervención pueden ser delimitadas una de las otras, sin que ninguna se adapte a las demás (sistema de participación no accesorio).

La ventaja de los sistemas unitarios es que no tienen que enfrentarse con los problemas que surgen al determinar la naturaleza principal (autores) o derivada (partícipes) de la responsabilidad de quienes intervienen en la comisión del delito. Este sistema ha sido implementado en el *Código Rocco*, el Código Penal italiano de 1930.⁹

En Dinamarca e Italia “autores” son todas las personas que contribuyen a la comisión del hecho punible con el elemento subjetivo requerido por el delito en cuestión. Estos sistemas afirman, por tanto, la responsabilidad penal autónoma como autor de toda persona que contribuye a la comisión del delito. Austria y Polonia han adoptado el llamado “sistema unitario funcional”, opuesto al sistema unitario puro adoptado en Dinamarca e Italia. El § 12 del Código Penal austríaco y el art. 18 del Código Penal polaco formalmente distinguen entre autoría y participación. Sin embargo, los sistemas austríaco y polaco no reconocen la naturaleza accesorio de la participación (Alonso, 2013).

⁹ El art. 110 del Código Penal italiano dispone: “cuando varias personas participan en el delito, cada una de ellas está sometida a la pena establecida por éste, a menos que los siguientes artículos dispongan otra cosa”. Vid. R. Dell’Andro, *La fattispecie plurisoggettiva in diritto penale* (Milán, Giuffrè, 1957) (como se citó Alonso, 2013, p. 58)

En el Derecho polaco la inducción y la complicidad no son tratadas como distintas clases de participación, sino como formas de aparición autónomas del hecho punible. Debido a que tanto el inductor como el cómplice cometerían un delito propio, la acción de cada colaborador debería ser valorada en sí misma, sin que eso dependa de si el hecho principal es llevado a cabo (exitosamente) o no.

En la legislación inglesa el *common law* sigue el principio a partir del cual solo es posible una participación en un hecho punible en el que el autor principal es plenamente responsable. Si en el interviniente principal no se confirma la *mens rea* u obra una excepción defensiva —ya sea una causa de justificación o de culpabilidad—, entonces, por lo general, existirá autoría mediata (Kluszczewski, 2011).

Los sistemas del *common law* le han otorgado escasa importancia al tema de la distinción entre autoría y participación. Para Hamdorf “en el derecho penal inglés, la distinción entre autores y partícipes no es tan importante como en el derecho penal alemán, porque la pena para ambas formas de responsabilidad es idéntica, y la responsabilidad accesoria —a diferencia del derecho alemán— por lo general no está restringida a acciones intencionales”. Desportes y Gunehec también subrayan el poco interés por esta cuestión en el derecho francés (como se citó en Alonso, 2013, p. 57).

De los ordenamientos jurídicos que influyen en nuestro sistema, el código que se pronuncia más claramente por el modelo de la accesoriedad limitada es el StGB [del alemán, “código penal”]. El Código Penal argentino, no contiene normas que expresamente consagren la accesoriedad limitada, toda vez que, los artículos referidos a la participación criminal en el Título 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 CP (Zaffaroni, 2000, en contra, Sancinetti, 1991, p. 759).

El principio de accesoriedad de la participación no significa necesariamente que la pena para los partícipes deba ser siempre inferior que la pena para los autores. Como se encuentra explícitamente reconocido aquellos sistemas pertenecientes a la tradición romano-germánica. Pues en nuestro país, en efecto, tanto los autores en sus distintas modalidades y los cómplices e inductores tienen la misma pena establecida para el delito.

La diferencia en la graduación de la pena, responde a que, el injusto del autor establece el nivel máximo del castigo permitido pues merece el mayor grado de reprochabilidad, mientras que el injusto del partícipe es, en principio, menor y, merece por tanto un menor grado de reprochabilidad, debe ser sometido a una pena inferior.

Sentadas tales consideraciones generales, en este apartado se desarrollará los aspectos centrales del principio de accesoriedad.¹⁰

Concepto.

Como antecedentes del tema a tratar, Peñaranda Ramos (2018) afirma que el dogma de la naturaleza accesoria de la participación está unido al nombre de Birkmeyer (1890, como se citó en Peñaranda Ramos, 2018), quien le habría otorgado un contenido muy definido, pero también una configuración más radical.

En la base de la construcción de Birkmeyer (1890) se encuentra la idea de que "las conductas de participación por sí solas consideradas equivalen, objetiva y subjetivamente, a meros actos preparatorios y son iguales que éstos, jurídico penalmente irrelevantes, en tanto

¹⁰ En la obra de Peñaranda Ramos (2018) se puede encontrar un amplio desarrollo sobre el origen y la evolución historia de la noción de accesoriedad.

el legislador no los convierta excepcionalmente en *delicta sui generis*¹¹ (como se citó en Peñaranda Ramos, 2018, p. 310).

Para Birkmeyer (1890, p. 146) “los partícipes siempre toman prestada (*entlehnen*) su punibilidad de una conducta ajena” (como se citó en Peñaranda Ramos, 2018, p. 310) y ello porque no hay más delito que el realizado por el autor. En tanto que, “el partícipe solo toma parte en el delito de otro”, la existencia de éste es condición necesaria para la responsabilidad de aquel. “Donde no hay autoría no hay tampoco una participación punible, esto es – afirma Birkmeyer – lo que se denomina la naturaleza accesorio de la participación” (como se citó en Peñaranda Ramos, 2018, p. 310).

La tesis sustentada por Birkmeyer, que se caracteriza por la extensión y la amplitud con que concebía a la accesoriedad, tuvo gran influencia en la evolución posterior, pues a pesar de las críticas aún se acude a ella para fundar la accesoriedad.

Según Peñaranda Ramos (2018) el concepto de accesoriedad dista mucho de tener un contenido nítido, panorama llega hasta nuestros días. No obstante, puede ser entendida “como una relación de dependencia que discurre del “hecho principal” al hecho del partícipe, y que la dificultad estriba, en primer término, en determinar con claridad en qué consiste esa dependencia” (Peñaranda Ramos, 2018, p. 10).

Para Bockelmann la accesoriedad no es “producto de la ley”, sino que ella se encuentra en la naturaleza misma de la cosa (Bockelmann, 1967). En una postura contraria, Díaz y García Conlledo (1991), para quien, si bien no es necesario abandonar la accesoriedad, sí sería conveniente privarle de su carácter de dogma indiscutible derivado de la “naturaleza de las cosas” (p. 106).

¹¹ La distinción entre autoría y participación es para Birkmeyer de carácter exclusivamente objetivo y descansa en la diferencia, según él existente, entra causa y condición. La raíz última del carácter accesorio de la participación se hallaría precisamente en el reconocimiento de que el partícipe no causa el resultado del delito, sino que antepone una mera condición del mismo (Peñaranda Ramos, 1990)

Ello así, toda vez, más que “naturaleza de las cosas” lo que lleva a la adopción de un sistema accesorio o unitario es la imagen que se tenga de la codelincuencia. Si por tal se entiende el hecho de una o varias personas en las otros pueden colaborar, o que pueden fomentar en distinto grado, como la obra de un maestro apoyado por distintos ayudantes, entonces “el sistema asociativo delictivo aparece como un sistema de planeta y satélites, de figura central (autor) y figuras marginales (partícipes), en este caso parece más fácil llegar a la idea de accesoriedad” (Díaz y García Conlledo, 1991, p. 121).

Ahora bien, si se concibe que el hecho delictivo es siempre “obra de cuantos intervienen en él”, que “los actos de unos repercuten en los otros”, que lo ejecutado en conjunto es “la obra de todos” nos alejamos de la idea de accesoriedad cualitativa.

Mir Puig (2006) pone de manifiesto que el fundamento del castigo de la participación conduce, al principio supremo de la teoría de la participación: el principio de la accesoriedad limitada de la participación.

La conducta del partícipe es accesorio respecto del hecho del autor, y el partícipe realiza un tipo dependiente. Por tanto, el desvalor de la participación procede del desvalor del hecho principal, y no implica un desvalor autónomo (Mir Puig, 2006).

Desde otro costado, para Robles Planas (2003) inspirándose en las contribuciones de Jakobs, Lesch y Derksen, interpreta la accesoriedad como “la relación mínima necesaria que debe concurrir entre todo *interviniente* y *hecho* para poder atribuir responsabilidad penal” (p. 166 ss.).

Esta noción de accesoriedad se basa, a su vez, en un entendimiento del hecho, desligado de su configuración naturalística, como perturbación social y, en concreto, como “unidad básica de desestabilización normativa” (Robles Planas, 2003, p.174), que es el mismo para todos los intervinientes, puesto que hay un solo acto (y no tantos actos como

conductas individuales) con significado para la vigencia de la norma. Por tanto, el hecho no es patrimonio exclusivo del autor (por más que este sea el interviniente decisivo), sino que también pertenece en alguna medida a los partícipes, de tal manera que “el injusto de la intervención en el delito no surge ni del propio injusto del autor ni de la aportación aisladamente considerada, sino de la puesta en relación de la conducta del interviniente con el único hecho injusto que existe: el injusto típico” (Robles Planas, 2003, p. 178), sin perjuicio de cada cual responda por sus propios hechos.

En otras palabras, dado que la conducta del partícipe es en sí misma considerada atípica, entonces solo queda la posibilidad de la imputación al partícipe del tipo que se realiza; y en este contexto el sentido de la accesoriedad es trasladar retroactivamente la tipicidad propia de quien exterioriza un hecho penalmente relevante (el autor) a quien, si bien no exterioriza nada típicamente relevante, ha puesto una razón para que opere tal forma de imputación (Robles Planas, 2003, p. 179 s.).

En definitiva, “el hecho adquiere significado por sí mismo y queda desprendido de la conducta de uno de ellos (el autor)”, de tal modo que “la accesoriedad se integra en aquel nexo que permite poner en relación al interviniente con el hecho”, pudiendo afirmarse que “la accesoriedad se convierte en aquella relación que necesariamente debe existir entre la propia conducta del partícipe (como razón para la imputación) y el hecho (que solo hay uno y es propio de todo interviniente)”. En síntesis, en esta caracterización la accesoriedad no aparece como un concepto secundario sino primario, porque significa simplemente “posibilidad de imputación” o “acceso” (Robles, Planas, 2003, p. 221).

Por lo demás, cabe añadir que, de nuevo, este planteamiento no carece de antecedentes desde hace bastantes años en la doctrina de aquellos países en los que las respectivas legislaciones no imponían reglas en materia de accesoriedad.

No obstante, como afirma Peñaranda Ramos, nadie 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.

Ahora bien, si la situación se normativiza y se reconoce que en el hecho delictivo en el que intervienen varios sujetos, existe un sentido que trasciende el aporte individualmente considerado. Así, respecto a lo que sostiene la accesoriedad cuantitativa, la exigencia de que el hecho debe ingresar a un estadio ejecutivo para poder punir la conducta de los cómplices e instigadores, hace referencia al hecho típico, al hecho ejecutado en forma conjunta o mancomunada, y no a la conducta del autor. A su vez, en cuanto a la accesoriedad cualitativa, lo que interesa no es la conducta del autor, sino el hecho delictivo.

A su vez, cualquier valoración de la conducta del partícipe ha de efectuarse en el contexto de sentido de la conducta, no aisladamente considerada en tanto suceso meramente causal o psicofísico, y va a depender, únicamente del significado social que tenga cada aporte, y ese significado puede consistir en que la ejecución admita ser llevada a cabo exitosamente.

La conducta del partícipe ha de (co-)configurar el hecho típico, donde, co-configurar significa efectuar un aporte que adquiera el significado de formar parte del hecho delictivo, esto es, el hecho tiene el significado de ser tan propio del autor como del partícipe (Robles Planas, R., 2007).

Por lo tanto, el comportamiento pre-típico aisladamente considerado, no constituye injusto hasta que no se lo inserte en una totalidad que permite imputar en común el comportamiento típico ejecutivo y es el momento en el que el aporte adquiere o no el sentido delictivo. Por ej. para que la entrega de un cuchillo para que luego un tercero mate - art. 79

del CP – deberemos tener antes por lo menos una tentativa. Pues nada se puede decir de esta conducta preparatoria si no la colocamos en el hecho típico considerado de manera global.

Dimensiones de la accesoriedad: Cuantitativa y Cualitativa. Sistemas.

En la accesoriedad se reconocen dos dimensiones: la accesoriedad externa o cuantitativa, y la accesoriedad interna o cualitativa.

La primera 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 (Bacigalupo, 1999). Este aspecto, trata en lo sustancial del interrogante de si resulta suficiente para el merecimiento de pena que el partícipe realice su aporte con la voluntad interna de que se lleve a cabo el hecho principal, o en cambio, si además el autor tiene que, al menos, haberlo intentado.

Por otro lado, la accesoriedad cualitativa o interna se vincula con las características que deben concurrir en el hecho principal para que la actuación del partícipe sea punible, y en éste aspecto se presentan varios sistemas.

Las cuatro formas de accesoriedad tomadas en cuenta por Max Ernst Mayer (1910) son: la accesoriedad mínima (dependencia de una conducta meramente típica del autor), la limitada (dependencia de una conducta típica y antijurídica), la extrema (dependencia de una conducta típica, antijurídica y culpablemente realizada) y la hiperaccesoriedad (dependencia “también de las cualidades personales del autor, de modo que las circunstancias agravantes o atenuantes inherentes a su persona, gravan o exonera al partícipe) (como se citó en Peñaranda Ramos, 2018, p. 346).

A partir de entonces el esquema formulado por M. E. Mayer se ha convertido en un lugar común en la doctrina sobre participación, que no siempre parece ser consciente de todas sus implicaciones (Peñaranda Ramos, 2018).

Como se expuso en párrafos anteriores, el art. 45 del CP refiere a la ejecución del “hecho”, y omite cualquier otra referencia expresa respecto a los requisitos que deben concurrir en él para que exista participación punible. No obstante, la opinión que hoy domina entiende que debe regir el sistema de accesoriedad limitada, esto es, se exige que el hecho principal sea típico y antijurídico, ya que la culpabilidad de cada partícipe, entendiendo este término en general, es individual. Esto implica que, si el hecho está justificado, no será posible la participación penal (Donna, 2002, p. 98).

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 CP (Zaffaroni, 2002, en contra, Sancinetti, 1991, p. 75). 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), y no lo hace. Y en cuanto a la accesoriedad mínima, es decir, aquella que requiere que el hecho en el que se participa sea tan solo típico, se alega que ella no es admisible, 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.

Así, nuestro Código Penal se diferencia así como el de Paraguay que expresamente establece que serán castigados como instigador o cómplice al que induzca o al que ayude –

respectivamente – a otro a realizar un *hecho antijurídico doloso* (arts. 30 y 31)¹², o el Código Penal de Colombia¹³ que establece que son partícipes el determinador y el cómplice y en ambos casos contiene referencia expresa a la conducta antijurídica del autor (art. 30) o como el Código Penal de Alemania en los § 26 y § 27, que también expresamente prevé que el hecho del autor debe ser antijurídico y doloso.¹⁴

Sancinetti (1997) postula que, “Para un texto como el Código Penal argentino, que no dice *nada* sobre la accesoriedad desde el punto de vista interno, no hay ninguna razón para atenerse a un principio que no conduce a soluciones razonables” (p. 60-61).

Los partidarios de la autonomía del injusto rechazan la dinámica que propone la accesoriedad pues argumentan 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. Así, “el autor que, con su comienzo de ejecución, tiene la facultad de inculpar a los partícipes, constituiría en verdad, un extraño “mandatario” en materia penal, él *representaría* – “como gestor criminal” – a su instigador y su cómplice (Sancinetti, 1991, p. 655).

Sancinetti (1997) pone de relieve que los dos tipos de accesoriedad se relacionan, pero no se identifican ni funcionan necesariamente articuladas, dado que, por un lado, se podría aceptar un principio de accesoriedad interna —exigir, por tanto, el dolo del autor principal—

¹² Artículo 30.- Instigación Será castigado como instigador el que induzca a otro a realizar un hecho antijurídico doloso. La pena será la prevista para el autor. Artículo 31.- Complicidad Será castigado como cómplice el que ayudara a otro a realizar un hecho antijurídico doloso. La pena será la prevista para el autor y atenuada con arreglo al artículo 67.

¹³ Artículo 30. Partícipes. Son partícipes el determinador y el cómplice. Quien determine a otro a realizar la conducta antijurídica incurrirá en la pena prevista para la infracción. Quien contribuya a la realización de la conducta antijurídica o preste una ayuda posterior, por concierto previo o concomitante a la misma, incurrirá en la pena prevista para la correspondiente infracción disminuida de una sexta parte a la mitad. Al interviniente que no teniendo las calidades especiales exigidas en el tipo penal concurre en su realización, se le rebajará la pena en una cuarta parte.

¹⁴ § 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.(2) La pena para el cómplice se sujeta a la sanción penal para el autor. La pena debe reducirse conforme al § 49, inciso 1

y renunciar a una accesoriedad externa. Por otro lado, a la inversa, bien se podría renunciar a la accesoriedad interna, y exigir la accesoriedad 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.

En efecto, castigar el comportamiento de un sujeto sin que se haya exteriorizado resulta difícil de sostener sin que resulte afectado el principio de lesividad. Sin embargo, tampoco se puede admitir el carácter constitutivo del comienzo de ejecución del autor principal para definir el ilícito del partícipe, puesto que ello, atentaría contra el principio de autorresponsabilidad.

Problemas de la accesoriedad desde el punto de vista subjetivo: ¿resulta admisible la punibilidad de la participación culposa? ¿Y la participación dolosa en hecho culposo?

Para que la participación sea punible, a los requisitos de tipicidad y antijuridicidad respecto del hecho principal, tanto el autor como el partícipe deben obrar con dolo. No obstante, no existe consenso en la doctrina en lo que respecta a este requisito.

Como se indicó anteriormente, este elemento subjetivo, no se encuentra establecido expresamente en ninguna norma, pues el art. 45 del CP refiere únicamente a la ejecución del “hecho”, sin señalar que, para que exista participación punible, tanto el hecho ejecutado por el autor como el aporte del partícipe deban ser necesariamente de carácter doloso.

Como también antes se señaló, otras normativas a diferencia de la nuestra, establecen expresamente que, para que proceda el castigo a cómplices e instigadores, el hecho además de típico y antijurídico, debe ser doloso (arts. 30 y 31 del CP de Paraguay y § 26 y § 27, de Alemania).

Para Soler (1983) resulta intuitivo que la coincidencia intencional puede producirse dentro del ámbito de la figura culposa, de manera que varios partícipes estén de acuerdo en el

hecho antirreglamentario o imprudente que da lugar que da origen a resultado delictivo. Así, por ejemplo, si dos amigos resuelven guiar un automóvil a velocidad excesiva y cada uno presta su colaboración. Casos que no deben confundirse con aquellos en los que se presenta coproducción de un resultado, sin mediar acuerdo ninguno entre varios causantes (choque de dos automovilistas por culpa de ambos). En consecuencia, el autor admite participación dolosa en delito doloso y participación culposa en delito culposo, no así, participación culposa en delito doloso o la colaboración dolosa en delito culposo. Puesto que en el primer supuesto no habría conocimiento de la acción (culposa) como fragmento de un hecho total, y el segundo se trataría de autoría mediata.

Por su parte, Núñez (1965) explica la posibilidad de la convergencia intencional de los partícipes en el hecho culposo de la siguiente manera:

Científicamente se ha negado esta posibilidad, porque, según se dice, la impediría la necesidad de que el autor principal, a quien el inductor instiga o el cómplice ayuda, haya ejecutado *un acto intencional*. Pero, en realidad, así como el obrar delictivamente por culpa, aunque excluye toda intencionalidad delictiva, no excluye la intencionalidad de la conducta calificable como culposa¹⁵, tampoco la intervención de varios en el acto de culpa elimina la posibilidad de una situación intencional, recíproca o unilateral, que lo muestre como resultante de un proceso de ayuda, auxilio o cooperación (p. 278).

Entonces tal convergencia intencional no estaría dada hacia el resultado final del tipo, sino al núcleo de la antijuridicidad de estos delitos, es decir, a la violación al deber de cuidado. Así si alguien deja encendida una plancha que provocó un incendio es autor del incendio culposo, pero quienes tuvieron el aviso de apagarla contribuyeron con esa acción a

¹⁵ Núñez (1965) invoca como ejemplos el caso del automovilista que quiere conducir a exceso de velocidad, aunque no quiere, directa o indirectamente, matar o lesionar o la enfermera que quiere colocar la inyección sin examinar su contenido, pero no quiere el daño para la salud del enfermo derivado de la sustitución de ese contenido.

la consecución del tipo. Quien instiga a otro a elevar la velocidad por límites superiores a los permitidos, motiva la violación al deber de cuidado.

Asimismo, Roxin (2014) admite que la accesoriedad limitada *subjetiva* (que parte de la premisa de que el dolo del autor es necesario para que surja una conducta típica) “abre incomprensibles lagunas de punibilidad” (p. 217).

Así, en el caso de la suposición errónea de que el autor obra dolosamente. Y proporciona el caso de quien da a una esposa un veneno en la suposición errónea de que quiere matar con él a su marido, no puede ser castigado como partícipe en el asesinato u homicidio cuando la mujer, si bien lo proporciona el veneno letal a su esposo, supone erróneamente que se trata de un medicamento. Dado que la tentativa de participación no es punible y que el dolo del que entrega el veneno se opone a la consideración de un homicidio imprudente, el sujeto debería de quedar impune, pese a que dolosamente haya ocasionado la muerte de una persona. Roxin (2014) considera que “este es un resultado evidentemente injusto” (p. 218).

En un segundo grupo de casos sostiene Roxin (2014) que aferrarse a la dolosidad del hecho del autor da lugar a resultados materialmente inadecuados en los delitos de infracción de deber. El caso del que incita al causante de un accidente a abandonar el lugar del hecho, no puede ser castigado como autor mediato, pese a que se ha valido de un instrumento que actúa sin dolo, y tampoco es posible la participación por inducción por falta de hecho principal doloso, por tanto, el incitado ha de quedar impune. Resultado que tampoco le resulta convincente (Roxin, 2014). Y un tercer caso, cuyo ejemplo y conclusiones son compartidos con Jakobs.

Para Jakobs (1997a) “la posibilidad de participación en hecho no doloso tendría, pues, que reconocerse de *lege ferenda*” (p. 767), y cita como ejemplo que si A lanza a la víctima una piedra en la cabeza, siendo evidentes las consecuencias que van a producirse, la responsabilidad de quien le ha proporcionado la piedra (B) no puede depender de si A ha

actuado de modo cognosciblemente temerario (según el Derecho vigente, autoría mediata) o cognosciblemente doloso (según el Derecho vigente, complicidad). Como tampoco es adecuada la determinación en distintos términos del comienzo de la tentativa (accesoriedad cuantitativa), es decir, si temeridad tentativa no accesoria, si dolo, accesoria (Jakobs, 1997a).

En igual sentido, el autor citado afirma que “Ni en los aportes de coautores ni en los de partícipes, la concurrencia tiene nada que ver con la concurrencia consciente y querida, con el favorecimiento doloso de hechos dolosos o restantes interioridades” (Jakobs, 1996, p. 262). El requisito del dolo que el derecho penal alemán exige expresamente en la complicidad y en la instigación, 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” (Jakobs, 1997b, p. 92).

Ejemplo, si un participante abre la ventana para que otro pueda arrojar una viga hacia afuera, que de modo inesperado termina lesionando a un peatón. En este caso ambos intervinientes han organizado, dividiendo el trabajo, la lesión imprudente del peatón, dado que, mediante la organización en común, ambos habrán producido la conducta riesgosa no permitida, constituida por el haber arrojado de modo descuidado la viga.

Entonces, para Jakobs (1996, 1997b) el reparto de trabajo no presupone la existencia de dolo, sino que el reparto de trabajo es necesario para que se llegue a la realización del tipo.

Dado que, el fundamento de la responsabilidad no son los acuerdos, sino la común competencia por conformar el mundo de una manera riesgosa, no permitida (Jakobs, 1996, 1997b).

Respecto a la no dolosidad del ejecutor directo, que tanto Jakobs (1997a) como Roxin (2014) ejemplifican con los casos de revelación de secreto profesional del médico o del abogado, fingiendo que todo el mundo lo sabe ya de sobra, o simulando que el paciente los ha relevado de dicho secreto e incita a tales profesionales a que lo revelen. En este supuesto

ambos autores coinciden en que, el incitador no puede ser autor mediato, por falta de la cualificación del hombre de atrás, mientras que la participación desaparece por la no dolosidad del hecho principal.

Para Roxin (2014) la única solución clara sería la de admitir con carácter general la participación en un hecho doloso, pero ello solo lo puede crear el legislador, y conforme al estado del Derecho vigente la posibilidad que queda es la de “aceptar las lagunas de punibilidad conscientemente abiertas por éste” (p. 219).

Para Jakobs (1997a),

Si la no dolosidad es asunto propio del que ejecuta el hecho, y no del hombre de atrás, o si lo es al menos siendo evitable el error, o en casos de temeridad o ceguera ante los hechos, etc., hay que reconocer la posibilidad de participación en un hecho no doloso, pues si el hombre de atrás no es responsable de un defecto, no se le puede ni agravar su responsabilidad (pasar de partícipe a autor mediato) ni exonerarlo (de partícipe a interviniente impune). El que el interviniente que actúa dolosamente también tendría que ser castigado, aun cuando el ejecutor no hubiera actuado con dolo, se deriva del carácter personalísimo de esta forma de evitabilidad... En casos límites, es decir, siendo inevitable para el ejecutor la realización del tipo, incluso habrá que reconocer la participación sin acción típica del autor principal” (p. 767).

Jakobs (1997b) admite la participación imprudente en hecho doloso y la participación dolosa en hecho imprudente que es tratada como autoría mediata, esto es siempre y cuando el hombre de atrás sea competente por la carencia de conocimientos de quien lo ejecuta. De no ser así, prefiere la participación.

En conclusión sostiene Jakobs (1997b) que “quebranta su rol quien no mantiene bajo control objetos peligrosos, especialmente, cuando hace entrega de ellos, o quien adapta su

comportamiento a la planificación delictiva de otra persona” y en este sentido, el lado subjetivo del hecho carece de relevancia (p. 96), que existe participación cuando el participante se comporta de un modo objetivamente común con el ejecutor, por tanto cuando quebrante el rol de ciudadano, “el lado subjetivo no interesa, mientras exista, en suma, culpabilidad” (Jakobs, 1996, p. 249).

Ricardo Robles Planas (2002; 2003; 2012) expuso su teoría sobre la participación en el ámbito de los delitos imprudentes. Y entre los casos problemáticos mencionó aquellos en los que el ejecutor actúa con dolo y si debe o no hacerse responsable al primer sujeto que interpuso, imprudentemente, una condición del resultado. Casos en los que estamos ante la institución de la prohibición de regreso.

Estos casos, entiende el autor que “el problema que subyace a la teoría de la prohibición de regreso es el de hacer responsable a alguien como autor de un delito imprudente cuando materialmente, se trata de contribuciones secundarias, de menor importancia que las de autoría, y que, por consiguiente, deberían ser constitutivas de mera participación imprudente en un delito doloso” (Robles Planas, 2002, p. 226).

En tal sentido cuestiona que no resulta aceptable que aquellos aportes que en caso de dolo sean considerados contribuciones a título de participación, pasen a constituir autoría si media imprudencia (Robles Planas, 2002)¹⁶

En igual sentido tampoco resulta aceptable que en el ámbito del delito imprudente todas las contribuciones se castiguen de la misma manera y obedezcan al mismo título de

¹⁶ Cabe citar en relación con ello el famoso caso «Vinader»: “La sentencia de instancia que resolvió el proceso, dictada por la Audiencia Nacional, condenó al periodista Vinader como responsable en concepto de autor de un delito de imprudencia temeraria profesional, con resultado de dos asesinatos y graves daños a un grupo de personas y familias, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena de siete años de prisión, así como a satisfacer en concepto de responsabilidad civil la cantidad de 10 millones de ptas. a los herederos de los dos asesinados (en su defecto, la responsable civil subsidiaria Ediciones Zeta S.A.). El Ministerio Fiscal había calificado los hechos, por lo que respecta a Vinader, como de complicidad en dos asesinatos. Dicha sentencia fue plenamente confirmada por el Tribunal Supremo, y, algo más tarde, el Tribunal Constitucional denegó el amparo solicitado por Vinader”, en el artículo de Sanchez Vera Gomez Trelles, publicado en la obra Casos que hicieron doctrina en Derecho Penal (2011, pp. 259-273) lo que se discute es si se está ante un caso de participación -y no de autoría- por mucho que el cuadro de imputación subjetiva haya sido a título de imprudencia y no de dolo

imputación (en calidad de autores), esto es, que aportes de escasa relevancia sean consideradas casos de autoría, dado que, los aportes de autoría poseen mayor importancia respecto de los aportes de participación. La doctrina sostiene, un concepto unitario de autor en los delitos imprudentes (Robles Planas, 2002).

Robles Planas (2002) expone que existen infinidad de supuestos en los que la jurisprudencia castiga a todos los intervinientes como autores imprudentes del hecho y, ya a partir de una aproximación meramente intuitiva, se desprende que los títulos de imputación por la intervención podrían y deberían haberse graduado en función de la importancia de los respectivos aportes.¹⁷

Donna (2002) con cita de Cerezo Mir (2001) que “desde el momento en que el delito imprudente está constituido, cuando al desvalor del acto se le añade el desvalor del resultado hay posibilidad de la participación de un delito imprudente. Sí en cambio es posible la inducción, la complicidad en un hecho que no responda al deber objetivo de cuidado. Se puede inducir a ir rápido, a cruzar un semáforo en rojo, sin la intención del resultado mortal” (p. 100-101).

Siguiendo la postura de los autores citados, en la tesis aquí sustentada, la participación culposa en el hecho ajeno (culposo o doloso) es tan imaginable como la participación dolosa en un hecho culposo.

La imprudencia consistente en la cooperación necesaria no querida no puede quedar impune ni, tampoco, ser castigada como autoría imprudente. Esto vale tanto para la cooperación necesaria imprudente en un hecho imprudente como para la cooperación necesaria imprudente en un hecho doloso. En el caso de la cooperación no necesaria en un

¹⁷ Caso 1) A coopera con B en la producción de un incendio en una nave industrial (p. ej. le lleva hasta el lugar los bidones de gasolina). Como consecuencia del mismo se produce la muerte de C, cuya presencia en la nave no era conocida (pero sí previsible) ni por A ni por B: hay participación de B en un homicidio imprudente. Caso 2) A se hace pasar por dermatólogo sin serlo. B, consciente de esta circunstancia, ayuda habitualmente en las operaciones de transplante de cabello. En una ocasión, dada la impericia de A, la intervención desemboca en unas graves lesiones en la epidermis del paciente (STS 28-2-1983). B debe responder como partícipe.

hecho imprudente menos aún podría ser castigada como autoría imprudente, pues conduciría a una pena más grave que la complicidad.

Como señala Jakobs (1996), “también hay una *participación imprudente en hecho doloso*”, y cita el ejemplo del poseedor de un arma de fuego la guarda negligentemente y otro la utiliza para un delito doloso, “el poseedor responde por comisión imprudente del delito, en cuyo caso se tratará materialmente de una complicidad imprudente en el delito” (p. 264).

La caracterización de la accesoriedad como nexo normativo suficiente que debe concurrir entre la conducta del interviniente y el “hecho” típico de Robles Planas le “permite admitir sin problemas la participación en delitos imprudentes, pues lo básico es que el hecho típico y la conducta del interviniente vienen determinados de manera objetiva. El lado subjetivo pertenece a cada interviniente y por ello no es accesorio”¹⁸

Finalmente, conviene reiterar la singular relevancia que posee admitir la participación (dolosa) en un hecho imprudente del autor, si se parte de la base de que no es posible aceptar una autoría mediata de la persona de atrás cuando el autor que realiza el tipo llega a ser penalmente responsable. En España, la opinión mayoritaria en la dogmática española favorece la diferenciación entre autoría y clases de intervención accesorias por imprudencia¹⁹, quizás se deba a que en dicho país, al igual que en el nuestro, el principio de accesoriedad tampoco surge expresamente de su legislación penal²⁰.

¹⁸ Según el ejemplo que ofrece Robles Planas (2003) “quien incita al cazador que se halla en un error sobre su presa (cree que es un jabalí y es, en realidad, una persona) a disparar debe responder como partícipe en un hecho imprudente si sabe que allí hay una persona agachada” (p. 224). Renglón seguido (en coherencia con sus premisas), afirma: “pero, además, si se lleva este planteamiento hasta sus últimos extremos, no solo podrá admitirse la participación en supuestos de error de tipo vencible, sino también cuando no hay tipo subjetivo por concurrir un error personalmente invencible” (2003, p. 224). Tal conclusión, afirma “no significa una apuesta por la accesoriedad mínima”, sino una accesoriedad que “se reduce a requerir la concurrencia de la *parte objetiva del injusto*” (2000, p. 241 ss.)

¹⁹ Díaz y García Conlledo, Feijoo Sánchez, Luzón Peña, Mir Puig, Olmedo Cardenete, Roso Cañadillas, Silva Sánchez, Robles Planas, entre otros.

²⁰ Art. 28 Código Penal de España: Son autores quienes realizan el hecho por si solos, conjuntamente o por medio de otro del que se sirven de instrumento. También serán considerados autores: a) Los que inducen directamente a otro a ejecutarlo. B) Los que cooperan a su ejecución con un acto sin el cual no se habría ejecutado. Art. 29: Son cómplices los que, no hallándose comprendidos en el artículo anterior, cooperan a la ejecución del hecho con actos anteriores o simultáneos.

Críticas a la accesoriedad.

Los mayores cuestionamientos al principio de accesoriedad, conforme se explicó el Capítulo I, provienen fundamentalmente del efecto individualizante de la *autorresponsabilidad*.

Y desde el punto de vista práctico, por su bajo rendimiento en función de las soluciones poco satisfactorias que arroja frente a un grupo de casos que serán analizados a continuación, y que ponen en duda que, la ausencia de un injusto doloso – como se anticipó – anule toda posibilidad de participación, y en forma inversa, que la comisión de un hecho principal típico, doloso y antijurídico sea suficiente para afirmar la responsabilidad por participación.

Se puede sostener que la accesoriedad limitada presenta una serie de interrogantes, a saber: ¿Qué consecuencias sistemáticas deberíamos asumir al exigir como presupuesto de la participación delictiva la presencia de un hecho antijurídico? ¿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? ¿La instigación y la complicidad son posibles en los delitos imprudentes? ¿Qué lugar ocupa la accesoriedad 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 solo partícipes y, a la inversa, pueden haber *extranei* autores de un delito especial?

Como señala Sancinetti (1997), para un texto como el Código Penal argentino, del cual no surge expresamente establecido el principio de accesoriedad, no hay ninguna razón para atenerse a un principio que no conduce a soluciones razonables.

El autor citado (2020) explica que, si la punibilidad de la participación depende realmente de ciertas características del hecho principal, esto tendría que constituir una

garantía de indemnidad para el partícipe de un hecho que no cumpla con esas condiciones, y que si su "garantía" se reduce a transformarse siempre en "autor" (mediato), más le valdría que no se le reconociera una garantía como ésta. Detrás de tal "procedimiento de sustitución", solo puede ocultarse una teoría extensiva de autor, es decir, una teoría que considere las formas de participación en sentido estricto, como hipótesis de verdadera autoría.

Sancinetti (1997) ha reflexionado así, sobre la posibilidad de una autonomía de la participación. Pues sostiene que no existe ninguna razón plausible para que el ilícito del partícipe no se entienda referido directamente a una norma que le impide a él individualmente tomar parte en el hecho ajeno, y por ello propone un criterio que prescinda de las formas de la accesoriedad, por cuanto considera que ésta no tienen razón de ser.

Sostiene Jakobs (1996) que “un participante en el campo previo no responde penalmente por el hecho de que coproduzca el hecho de otro, sino porque el hecho producido también es su propio hecho” (p. 256).

La situación que nace de la limitación de la accesoriedad de la inducción se acrecienta al aceptar una autoría mediata en virtud de dominio de organización. Según Schönke (1949) la inducción debe ser posible también «cuando el autor no actúa dolosamente» (como se citó en Hruschka J., 2000, p. 211).

Al respecto (Hruschka, 2000),

Autor mediato no debe ser solo quien provoca el hecho de quien actúa en una situación de estado de necesidad (coactivo) y de otros instrumentos del hecho para quienes se halla excluida la imputación ordinaria del hecho; sino que, además de esos supuestos, deben considerarse casos de autoría mediata—el «autor tras el autor»— cuando el hombre de delante actúa con volición y voluntariamente, esto es, resulta bajo todo punto de vista plenamente imputable,

siempre que el hombre de atrás, situado en un aparato de poder que realiza hechos delictivos, juegue un papel de primer orden. La aceptación de una «autoría mediata» de este género es en cierto modo la contrapartida de la «limitación» de la accesoriedad de la inducción, en cualquier caso si se fundamenta en el concepto de libertad de actuar, del que parten Köstlin, Hälschner y sus seguidores hasta el día de hoy. Si a través de la «limitación» de la accesoriedad se extendía el ámbito de la inducción invadiendo el de la autoría mediata, aquí se prolonga la autoría mediata invadiendo el ámbito de la genuina inducción (p. 214).

El problema de la accesoriedad se presenta en el ámbito de la antijuricidad, por cuanto según sus postulados no es posible la participación en hechos justificados. Estos son aquellos hechos en los que el comportamiento es socialmente soportable solo en consideración a su contexto, es decir, a la situación de justificación (Jakobs, 1997a). Así, la cualidad de comportamiento autorizado por el Derecho determina que tenga un efecto general, por lo que no alcanza solo al autor sino que también beneficia a cómplices e inductores, y esto es consecuencia del principio de accesoriedad.

Para Jakobs (1997a),

Cuándo alguien apoya la intervención de otro —en autoría mediata o como cómplice—: Debe disponer su contribución al hecho común de manera que la intervención tenga lugar del modo menos drástico; en otro caso, la intervención, referida a la persona del que contribuye, no es necesaria, por mucho que sea necesaria para el que realiza la acción, que no dispone de otros medios. Ejemplo: Quien proporciona un cuchillo a quien se está defendiendo de un ataque, aun cuando habría bastado golpear al atacante (lo que podía hacer el auxiliador), coopera en una defensa que es conforme a Derecho para

quien la ejecuta, pero que para él como auxiliador es antijurídica. En tales casos no se trata de participación en un hecho absolutamente conforme a Derecho, sino en uno relativamente antijurídico (p. 453).

En este caso, la acción del ejecutor estaría justificada, no así la del cómplice para quien es antijurídica.

Otro inconveniente en la aplicación del principio de accesoriedad, se presenta en el caso de los delitos especiales, aquellos en los que solo puede ser autor quien ostenta la calidad objetiva específica exigida por el tipo.

Como así también en los delitos de propia mano en los que la autoría depende de la realización corporal de la acción, en los que, ante una actuación no dolosa del intermediario, el "hombre de atrás" tampoco puede ser sancionado a título de participación.

Estos problemas, 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. En el ejemplo planteado por Mir Puig (2004), tal que 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 (pág. 425). 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).

Según Creus (1999) los delitos de propia mano no aceptan la autoría mediata, y el problema se presenta cuando alguien induce al ejecutor incapaz de culpabilidad, o inculpable por otras causas a llevar a cabo la acción típica de un delito de propia mano. En tal caso, la cuestión es respecto de cuál es el carácter que ha de asumir la punición del sujeto que otro caso podría ser autor mediato. Al respecto las soluciones no son de ningún modo coincidentes

y susceptibles de ser criticadas. Algunos han pensado en una instigación como así también en la complicidad por parte del “inductor”.

Con nuestra legislación se solucionaría parcialmente la cuestión en aquellos casos en los que ha mediado una coacción (amenaza) del “inductor” respecto del ejecutor, puesto que podría quedar cubiertos por el tipo de coacciones (art. 149 bis, párr. 2º, Cód. Penal). Cuando lo que el inductor -que en otro caso sería autor mediato- logra por parte de otro la realización de un delito de propia mano por medio de una coacción, no serían aplicables ni las reglas de la instigación ni las de la complicidad, sino aquel tipo penal.

En efecto, la accesoriedad no solo cancela el hecho principal como condición de posibilidad de la participación de quien actúa en error de tipo, sino también de quien obra sin el específico elemento subjetivo que eventualmente caracteriza a la figura típica, estas cuestiones serán expuestas con mayor detenimiento al analizar los tipos de intervención en particular.

Por otro lado, el aparentemente indiscutido punto de vista negativo de la accesoriedad limitada, conforme al cual el decaimiento de la antijuridicidad en la persona del autor principal cancelaría la participación de terceros, tampoco se encuentra a salvo de objeciones. Deberían proporcionarse razones adicionales para eximir de pena al tercero que le facilita a quien se defiende legítimamente un medio de defensa más lesivo de entre aquellos que tiene a su disposición. De manera correcta, se apreciaría la necesidad racional del medio empleado por el agredido para defenderse y, por ende, la justificación de su conducta, pero no así en el caso del partícipe. En este orden de ideas, al mismo tiempo habría de pensarse en aquella hipótesis en la que el autor se encuentra justificado en tanto le atañe una calidad o función específica que le falta al partícipe, cuestión que nos acerca finalmente al ámbito de los delitos

de infracción de un deber. En este ámbito no solo existen problemas para explicar la transmisibilidad de la permisión que se origina en el cumplimiento de un deber o el ejercicio de un derecho, sino que, a la inversa, existen dificultades para explicar la actuación del *extraneus* (Vachelli, 2020).

La caracterización que se propone, sin embargo, admite que se pueda castigar al partícipe (aun cuando la conducta del autor esté objetivamente justificada) si este desconoce la situación justificante que concurre en el autor: en el marco de la concepción que se desarrollará a continuación, por la que se propicia que el hecho que se atribuye a todos los intervinientes es único, que constituye un acto de perturbación social, con significado para la vigencia de la norma, que se imputa a todos los intervinientes, según esta concepción no se exige que el hecho principal “no esté objetivamente justificado”, puesto que no hay hechos objetivamente justificados, solo los comportamientos estarán justificados. Por tanto, será posible el castigo de la participación en una conducta principal justificada (personalmente) para el autor.

Las causas de justificación, son personales y por tanto aplicables solo a aquel sujeto en quien concurra. Conforme a ello, nada se opone a que el partícipe responda por su intervención en la realización de un hecho típico penalmente relevante, al no poder transmitírsele la justificación que existe en la persona del autor.

Aceptar la tesis contraria, a partir de los postulados de la accesoriedad limitada, vendría a suponer la admisión de una especie de causa de justificación supralegal aplicable a los partícipes que actúan en hechos justificados²¹, que no puede ser explicada desde los presupuestos de una concepción del delito que caracterice la norma como directiva de conducta, habida cuenta de que se trataría de una causa de exclusión de la ilicitud que no

²¹ Caso del conocido ejemplo de la legítima defensa, en el que un sujeto se encuentra a dos personas peleando entre sí y, desconociendo que concurre en realidad una situación de legítima defensa, decide intervenir a favor de uno de ellos y contribuir así a la causación de la muerte del otro.

exigiría conocimiento alguno en el partícipe sobre los elementos de la situación de justificación.

Así, un manto de incertidumbre cubre estos y otros casos, en los que se acaba operando intuitivamente, postulando soluciones *ad-hoc*, contradiciendo las premisas previamente asumidas o admitiendo excepciones.

Para Schonke y Schroder (1974) la accesoriedad limitada sería una figura desafortunada que, al final de cuentas, promovería más daños que utilidades (como se citó en Falcone, 2020b, p. 280) El significado práctico de la accesoriedad limitada no es muy grande (Roxin, 2003, como se citó en Falcone, 2020b, p. 281).

Los fallos judiciales reflejan la diversidad de criterios en torno a la determinación de la responsabilidad de los partícipes²².

Caro John (2014) desde una concepción también normativista, evoca la necesidad de comenzar a “abandonar el término *accesoriedad*” (p. 176).

²² “La afirmación de la participación en la conducta y no en el hecho del autor carece de base dogmática. En efecto, son categóricos los artículos 45 y 46 del Código Penal en cuanto para unos (autor o autores) dicen ‘tomasen parte en la ejecución del hecho’ y para otros (partícipes primarios) ‘prestasen al autor o autores un auxilio o cooperación sin los cuales no habría podido cometerse’ (el hecho), o bien (partícipes secundarios) ‘los que cooperan de cualquier otro modo a la ejecución del hecho. Es pacífica la doctrina nacional en cuanto a la doble exigencia para que haya participación: su accesoriedad y la concurrencia de los partícipes en un hecho común (voto del Dr. Mitchell)’ (Donna, De la Fuente, Maiza y Piña, 2005) En otra sentencia se expresó: “Los alcances del principio de accesoriedad interna de la participación distan de ser aplicables en el Derecho argentino, razón por la cual, aunque se acepta hoy como dominante la llamada teoría de la accesoriedad limitada que recepta, por ejemplo, la legislación alemana y que requiere que el autor haya concretado o cuando menos tentado un injusto –acción típica y antijurídica–, convergen en doctrina otras tendencias que se extienden desde la mera exigencia de la realización de un tipo objetivo, hasta la ‘hiperaccesoriedad’, a cuyo tenor solo podría participarse en un hecho típico, antijurídico y culpable y punible de otro. Entre esos extremos median, además, las denominadas reglas de accesoriedad mínima y máxima. CN Cas. Pen, sala I, 17-10-2002, “Rusc, Eugenio H. s/Rec. de casación”, LL 2003-D-1014. También se ha dicho que: “El autor del delito ejecuta la acción principal, en tanto las acciones de los partícipes son accesorias a la misma. Así, la acción principal es la acción típica y las acciones de los partícipes son coadyuvantes, de auxilio, pero constituyen una extensión del tipo. La participación implica una culpabilidad propia, accesorio del hecho, pero no de la culpabilidad del autor” (Véase: Ccrim. Catamarca, 2ª Nom, 1998/02/27, “Luque, Guillermo D. Otro”) Sin embargo, esta misma sentencia pone en tela de juicio las bondades de la aplicación del principio de accesoriedad en materia de participación criminal, al decir: “Ello anticipado, parece claro que la incongruencia jurídica de que la suerte de lo accesorio – la participación– ya ha sido distinta de la suerte de lo principal –la autoría– no puede inferirse, sin más, de la regla de la accesoriedad de la participación, porque según se prefiera una u otra interpretación puede darse la hipótesis de que el autor haya actuado sin uno u otro de los elementos del delito, no obstante lo cual el partícipe habría de responder por su conducta. CN Cas. Pen, sala I, 17-10-2002, “Rusc, Eugenio H. s/Rec. de casación”, LL 2003-D-1014.

En todo caso, se debería de aceptar un tipo de accesoriedad general, pero entendido no como existente entre un interviniente secundario y otro principal, sino, entre “cada interviniente y el hecho configurado por el colectivo de aportaciones (Caro Jhoh, 2014).

Responsabilidad colectiva de los intervinientes en el hecho único. Conducta con expresión de sentido delictivo e imputación objetiva.

Conforme se adelantó en el capítulo anterior, el fundamento del castigo del partícipe tiene por objeto indagar acerca de “por qué” se castiga al partícipe, y en la accesoriedad se discute en qué supuestos y con qué requisitos se establece su responsabilidad, cuyo contenido tradicional se ha esbozado en el presente capítulo. Toca ahora desarrollar la postura que se asume en este trabajo en torno a este segundo aspecto.

Y para ello y a fin de dotar de claridad a la exposición, se analizará el sentido que le corresponda a cada palabra empleada en la oración que encabeza este punto y que, en resumen, adelanta la concepción que se asume.

En efecto, la responsabilidad de los intervinientes en el delito se apoya sobre las siguientes ideas fundamentales: que la accesoriedad representa un obstáculo para la realización del principio de autorresponsabilidad, dado que la responsabilidad solo puede ser estrictamente individual; que existe un hecho único, como acto de perturbación social, con significado para la vigencia de la norma, que se imputa a todos los intervinientes, por lo tanto, la forma correcta de apreciar la magnitud de tal suceso en el que confluye la conducta de varios sujetos es valorándolo como una conducta colectiva. Conforme a ello, tanto el coautor como el partícipe realizan un aporte a la conducta colectiva, que, consideradas de forma individual resulta evidente que ninguno de ellos ejecutó por sí mismo la conducta descrita en el tipo penal en el que encajaría la conducta global.

Lo que pasa cuando se prescinde de un análisis sobre el comportamiento global y el examen se limita al de las conductas individuales, el resultado es que ninguna de ellas se corresponde con la verdadera magnitud de su aporte a la ejecución del delito; así, por ejemplo, el vigilante que se limitó a dejar abierta la puerta del banco podría alegar que esa conducta en sí misma no es delictiva, el que violó la cerradura de la caja fuerte de seguridad podría decir que solo cometió un delito de daño, quien golpeó al empleado del banco dirá que su conducta no pasó de ser una lesión, y el encargado de apoderarse del dinero aducirá que no se lo puede responsabilizar de hurto agravado porque no fue él quien ejerció violencia sobre las personas o las cosas.

En esta construcción normativa de la responsabilidad de los intervinientes, el Derecho es concebido como un subsistema que sirve para garantizar el funcionamiento social, con lo cual la materia de protección jurídica penal viene dada por la estabilidad normativa y no por el concepto de bien jurídico. Defraudada la expectativa normativa, como respuesta contrafáctica para garantizar la vigencia de la norma, se hace necesaria la imposición de la pena (Jakobs, 1992, 1997a, 1997b, 1996, 2000).

En efecto, como sostiene Jakobs (2000)

La codelincuencia trata de una modalidad especial de reparto de trabajo, concretamente, de un reparto de trabajo que vincula en vez de aislar. Dicho reparto se produce de manera que una persona debe realizar un determinado aporte a la otra. Esto es lo que sucede en la mayoría de los casos de la vida diaria: el vendedor de un automóvil responde de la calidad de éste, pero no de la conducción a velocidad superior a la permitida o bajo la influencia de bebidas alcohólicas realizada por el adquirente, el conductor de un taxi debe conducir con seguridad, pero no está obligado a ocuparse de lo que el cliente haga en el punto de destino... Lo que hay de común entre los intervinientes en

estos casos queda limitado al intercambio de prestaciones con una definición fija; por lo demás, las personas siguen aisladas (pp. 172-173).

“Mientras que en el reparto de tareas con efectos de aislamiento se limita a un intercambio de prestaciones, en el caso del reparto de trabajo que vincula, lo común abarca también lo que suceda a continuación: el sujeto que ejecuta, ejecuta la obra de todos los intervinientes, no solo la suya propia” (Jakobs, 2000, p. 175).

Entonces, los partícipes conforman junto con el ejecutor una persona colectiva cuya obra es la *ejecución*. Por consiguiente, la accesoriedad no debe ser entendida en el sentido de que alguien se apoya en un injusto ajeno, sino que el partícipe comete por medio de la mano del ejecutor, es decir, comete también por medio del acto de ejecución un injusto propio. El partícipe responde jurídico-penalmente porque la ejecución es, a causa del reparto de trabajo vinculante, también la suya (Jakobs, 2000).

La ejecución es, por así decirlo, el “resultado” de la actuación coordinada de los diversos intervinientes. Unos y otros, con sus respectivas conductas antinormativas, habrán configurado, en mayor o menor medida, esa ejecución. Esto no solo es válido para el interviniente que realiza una contribución de menor importancia (y entonces se le denomina “cómplice”), sino también para el interviniente que configura la parte más importante del suceso (y entonces se le denomina “autor”) (Robles Planas, 2021, p. 152).

“Todos los intervinientes generan con su conducta una razón para que se les impute la ejecución también como ejecución suya. En esta medida, aún no se habla de la distinción entre autores y partícipes, sino solo de la vinculación con otros, de lo común, del colectivo” (Jakobs, 2000, p. 176).

La actuación de cada interviniente implica una configuración parcial de la realización *colectiva* del tipo. El establecimiento de un colectivo es un proceso que depende de qué significado produzca una persona mediante su conducta, y *una persona produce significado* y no es mera naturaleza aunque se conduzca de modo imprudente. Dicho con un ejemplo: el no custodiar en lugar cerrado un arma de fuego constituye participación mediante omisión en un homicidio por comisión aunque el titular no se haya representado nada, de modo gravemente imprudente, y ello incluso aunque quien dispara de modo igualmente imprudente pensara que no estaba cargada (Jakobs, 2000).

Como concepto unitario de interviniente puede decirse entonces que es “aquel sujeto competente por la realización del tipo, conforme a la definición jurídica de esferas de responsabilidad (o competencia) establecidas por las respectivas expectativas sociales” (Jakobs, como se citó en Bazcur, 2015, p. 190).

De esta manera, una vez identificado que un hecho pertenece al ámbito de competencia de un sujeto, surgiría el problema de cómo hacer responsable a otro con respeto al principio de autorresponsabilidad como fundamento de la imputación penal. En este punto, cabe señalar que, desde un punto de vista normativo, a cada interviniente debería poder atribuirse, desde una perspectiva social, que su conducta expresaría un sentido delictivo de forma mancomunada (Van Weezel, 2009).

A su vez, solo existe responsabilidad penal cuando el sujeto quebranta algún rol, “el rol 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” (Jakobs, 1997a, p. 147).

El reconocimiento lógico de que cada interviniente responde por su aporte (autorresponsabilidad) no debe llevar, necesariamente, a la conclusión de que cada uno ha realizado un injusto propio. Es perfectamente posible, en términos conceptuales, entender que

los distintos ámbitos de responsabilidad se fundan en una expresión de sentido mancomunada. Esta unidad de sentido la da, precisamente, el hecho típicamente relevante.

Dentro del marco de una perspectiva funcional, el derecho penal garantiza la contradicción, toda expresión de sentido que manifieste que la norma carece de validez. Como consecuencia de esta afirmación, una expresión de sentido, de contenido defectuoso es una expresión que conlleva responsabilidad.

En la participación se vinculan las contribuciones de todas las personas en un solo acontecimiento delictivo que recorre los estadios de la preparación y la tentativa unitariamente (consideración global) y no, por tanto, de un modo separado para cada interviniente (consideración individual). Incluso si un partícipe ha prestado completamente su contribución, solo hay una tentativa para él si el acontecimiento delictivo ha llegado en su conjunto hasta la tentativa. Todas las contribuciones son tratadas, por tanto, de acuerdo con los avances cuantitativos del hecho global, del mismo modo que si se efectuase todo un único autor (Peñaranda Ramos, 2018).

Los aportes del cómplice, del instigador e incluso el coautor, que no ejecutan, son punibles recién cuando el hecho principal, entra en un estadio punible. “Por ello, con independencia de si el hecho es preparado y llevado a cabo por un autor solo o por varios, un hecho pasa solo una vez – y no, por ejemplo, separadamente para cada participante – del estadio de la preparación al estadio del comienzo de la tentativa y llega solo una sola vez al estadio de la tentativa acabada; se trata justamente de un hecho, aun cuando sea propio de varias personas” (Jakobs, 2021, p. 257).

La razón especial para afirmar que la realización del hecho típico delictivo también le “pertenece” a los partícipes consiste en que su conducta contiene un riesgo especial de continuación delictiva, de modo que a través del favorecimiento el sujeto genera una relación

de sentido conjunto con el otro interviniente. Desde este punto de vista, el delito es una obra de todos, de manera que quien participa en la fase previa no responde jurídico penalmente por coproducir el hecho de otros, sino porque el hecho resultante también es el suyo propio (Jakobs, 1997b).

Así, respecto a lo que sostiene la accesoriedad cuantitativa, la exigencia de que el hecho debe ingresar a un estadio ejecutivo para poder punir la conducta de los cómplices e instigadores, hace referencia a un hecho típico, y no a la conducta del autor. A su vez, en cuanto a la accesoriedad cualitativa, lo que interesa no es la conducta del autor, sino el hecho delictivo.

Si lo dicho hasta aquí es correcto, y si el destinatario de la imputación no es solo 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, solo 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, los aportes realizados en la fase previa al inicio de la tentativa, son —en sí mismos considerados— penalmente irrelevantes y, con el inicio de la ejecución por parte del autor pasan a tener un significado distinto.

Así, la discusión fundamental gira entorno a la posibilidad de establecer un nexo de imputación entre interviniente e injusto, no entre interviniente y “autor” (al fin y al cabo, otro interviniente). Ese nexo es de carácter objetivo-normativo y por eso la accesoriedad se refiere solo a la parte objetiva del injusto del hecho. La parte subjetiva es de cada interviniente: ni se

comunica, ni se requiere para poder castigar a los demás. Naturalmente, si un interviniente obra sin culpabilidad, entonces no nace su responsabilidad. Pero eso no convierte en inocua la conducta del otro interviniente que sí obra culpablemente: su intervención es relevante y caso de que no haya más intervinientes, será el único responsable y, por tanto, según la denominación legal, “autor” (Robles Planas, 2021).

En coherencia con lo expuesto, existirá injusto a partir de la tentativa (Jakobs, 1997b) si no se inicia la ejecución, no ha habido nada a que integrarse.

Lo anteriormente afirmado de que la integración solo adquiere su sentido como tal a partir del inicio de la ejecución del delito, no se contradice con el hecho de que la contribución del partícipe puede tener lugar antes del inicio de la tentativa. Lo que habrá que valorar es si aquello que hizo el partícipe, visto una vez se ha iniciado el hecho, suponía la integración en el injusto ejecutado directamente por el autor.

A su vez, cualquier valoración de la conducta del partícipe ha de efectuarse en el contexto de sentido de la conducta, no aisladamente considerada en tanto suceso meramente causal o psicofísico, y va a depender, únicamente del significado social que tenga cada aporte, y ese significado puede consistir en que la ejecución admita ser llevada a cabo exitosamente, en función de ello, en principio podría resultar admisible la participación dolosa en hecho culposo, pues conforme a la tesis que se expone, no cabe la exigencia del dolo en el autor, punto que será desarrollado más adelante.

La conducta del partícipe ha de co - configurar el hecho típico, donde, co - configurar significa efectuar un aporte que adquiera el significado de formar parte del hecho delictivo, esto es, el hecho tiene el significado de ser tan propio del autor como del partícipe (Robles Planas, 2007)

“Esta competencia no es un *factum* interno, sino el resultado de una atribución que abarca (de *lege lata*) el carácter del sujeto de la imputación como persona natural, así como su capacidad intelectual y física para cumplir la norma, esto es, el libre albedrío o la capacidad abstracta de acción, la capacidad de culpabilidad, así como la cognoscibilidad de la pretensión de vigencia de la norma general en la concreta situación fáctica” (Lesch, H., 2000, p. 271).

Así, sería el hecho típico el que se imputa a todos en conjunto, y tanto, lo más importante ya no sería determinar si alguien es autor o cómplice, sino establecer si los sujetos son competentes por la realización típica. Asimismo, la ejecución de propia mano de la acción descrita en el tipo no fundamenta inmediatamente competencia respecto de la realización típica ni resulta indispensable para la fundamentación de dicha competencia.

A partir de la teoría de la imputación objetiva, lo relevante es desarrollar un concepto de realización típica que permita aislar comportamientos que no demuestran un sentido delictivo y otorgar un tratamiento proporcionado a la entidad de la intervención de cada uno de los sujetos relacionados con el hecho típico.

Conforme a lo expuesto, *realización típica*, o como se prefiere mencionar en el presente trabajo, *conducta con expresión de sentido delictivo* se halla íntimamente vinculada con la *teoría de la imputación objetiva*, dado que, se entiende como la generadora de un riesgo prohibido. Por ende, la conducta del partícipe debe someterse a los mismos criterios de valoración que maneja la teoría de la imputación objetiva.

De acuerdo con la imputación objetiva, un determinado resultado (en sentido normativo) es “la obra” de una persona, cuando pueda afirmarse que ella creó con su conducta un riesgo jurídicamente desaprobado que se realizó en el resultado.

Quien se comporta conforme a las reglas que rigen el desarrollo de determinada actividad, esto es, se mantiene dentro del riesgo permitido quien actúa de acuerdo con lo que en un determinado rol le es exigible (esto determina su ámbito de competencia), aunque su conducta pueda ser considerada como causa del resultado, y aunque la haya dirigido intencionalmente a la producción del mismo.

Estos elementos de la imputación objetiva, son exactamente los mismos para autores y para los cómplices, dado que, en puridad de términos, los tipos penales no describen comportamientos de autores, sino conductas reprochables que, por consiguiente, pueden ser predicables tanto de los autores como de los partícipes (Reyes Alvarado, 2021).

Según Robles Planas (2003) también la conducta del cooperador o del inductor están comprendidas en el tipo, si bien no como modalidades de intervención en el delito, sino en su vertiente de co-creación del riesgo típico.

Según el autor mencionado, intervenir en un delito es aportar algo penalmente relevante al hecho injusto. “Penalmente relevante” significa de forma desaprobada por el Derecho penal, lo que implica que también hay formas “permitidas” de intervenir en un delito. A estas últimas también se las denomina “conductas neutrales” o casos de “prohibición de regreso” (Robles Planas, 2021, p. 148).

En efecto, primero se determina si una conducta es de interés para el Derecho Penal (a través del juicio de imputación objetiva) y luego se decide si ella corresponde a la figura de un autor o a la de un partícipe.

Existen por tanto dos niveles de análisis, el primero consiste en valorar la conducta colectiva en el sentido de si ella se desarrolló dentro del riesgo permitido o, por el contrario, supuso la creación de un riesgo jurídicamente desaprobado que se realizó en un resultado antijurídico. En este último supuesto se pasa a un segundo nivel de imputación objetiva, en el

que se valora el comportamiento del o los individuos integrantes del grupo, para establecer si sus conductas pueden ser consideradas como creación de un riesgo jurídicamente desaprobado que se realizó en el resultado; si la respuesta es positiva, entonces a todos ellos se les debe imputar objetivamente ese resultado.

“La fórmula de la *prohibición de regreso* es al mismo tiempo y ante todo una consecuencia necesaria de la *función del Derecho penal de garantizar la orientación de contactos sociales*” (Lesch, H., 2014, p. 323).

En definitiva, la prohibición de regreso excluye la imputación objetiva del comportamiento, cuando se trata de un comportamiento que de modo estereotipado es inocuo, que se mantiene dentro del rol, y por tanto no constituye participación en una organización no permitida.

La comunidad se genera de manera normativa, cuando varias personas contribuyen a realizar una obra que comporta un riesgo no permitido. Obra en la que los intervinientes se reparten el trabajo a realizar, reparto o división de trabajo que no presupone la existencia de dolo, pues los intervinientes pueden realizar la obra riesgosa sin ser de modo alguno conscientes de estar haciendo algo en común.

Cabe señalar también, que la complejidad de las relaciones sociales y la multiplicidad de situaciones en las cuales se presenta una división funcional de tareas ha motivado la existencia de principios que protejan el derecho a la autorresponsabilidad de los sujetos y eviten la imputación de actuaciones que correspondan a la esfera ajena, como sucede con el principio de confianza.

Estos principios permiten en su conjunto la precisión del alcance del deber de cuidado de los intervinientes. Sobre la base de sus postulados se facilita la definición de hasta dónde

el deber de cuidado de cada sujeto incluye la conducta de los otros como parte del riesgo asumido a través de su propia actuación.

División de trabajo, prohibición de regreso, principio de confianza, entre otros criterios de la imputación objetiva se desarrollarán con mayor amplitud en los capítulos que siguen a continuación aplicados al ámbito de la participación.

Conclusión

Hasta aquí, se desarrolló acerca del principio de accesoriedad y cómo 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, que refieren a sus dos dimensiones: cuantitativa o externa y cualitativa o interna.

Se mencionó que la accesoriedad externa funciona como regla de clausura que solo 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 consecuencia lógica del principio del hecho y que no se puede participar en un hecho que no sea típico.

Ahora bien, la doctrina no solo exige que el hecho en el que se interviene sea típico, sino que además esa conducta sea dolosa y no esté justificada. Esta es la conocida accesoriedad limitada, dimensión que se vincula con las características que deben concurrir del hecho para la punibilidad del partícipe. Al respecto se han expuesto las críticas que se han formulado en torno a sus requerimientos en virtud de su escasa capacidad de rendimiento y las soluciones pocos satisfactorias a las que se arriban en virtud de su aplicación.

Pues a mayor nivel de exigencias respecto de la acción del ejecutor principal, más restrictiva será la punibilidad de la participación lo que en consecuencia supone que sea más amplia la franja de impunidad de tales actos accesorios. No obstante, si bien esto último

inicialmente podría presentarse de tal modo, termina siendo en rigor una mayor punibilidad al remplazarse la participación por la figura de la autoría mediata; dado que, como no puede ser partícipe, entonces que sea autor.

Al finalizar el capítulo se ha esbozado la postura que se asume en este trabajo acerca de qué supuestos y con qué requisitos se establece la responsabilidad de los partícipes, bajo la idea de que la accesoriedad representa un obstáculo para la realización del principio de autorresponsabilidad, se expuso que en realidad existe un hecho único, como acto de perturbación social que se imputa a todos los intervinientes, es decir, una conducta colectiva.

Que reconocer que cada interviniente responde por su aporte (autorresponsabilidad) no necesariamente conlleva a la conclusión de que cada uno ha realizado un injusto propio. Es perfectamente posible, en términos conceptuales, entender que los distintos ámbitos de responsabilidad se fundan en una expresión de sentido mancomunada. Esta unidad de sentido la da, precisamente, el hecho típicamente relevante. Con esto, los aportes realizados en la fase previa al inicio de la tentativa, son —en sí mismos considerados— penalmente irrelevantes y, con el inicio de la ejecución por parte del autor pasan a tener un significado distinto, es decir, pueden adquirir sentido delictivo.

Asimismo conforme a la imputación objetiva se puede afirmar que un determinado resultado (en sentido normativo) es “la obra” de una persona, cuando pueda afirmarse que ella creó con su conducta un riesgo jurídicamente desaprobado que se realizó en el resultado, y en función de ello quien se comporta conforme a las reglas que rigen el desarrollo de determinada actividad, esto es, quien actúa de acuerdo con lo que en un determinado rol le es exigible se mantiene dentro del riesgo permitido, aunque su conducta pueda ser considerada como causa del resultado, y aunque la haya dirigido intencionalmente a la producción del mismo.

Se sostuvo que el quebrantamiento del rol, los principios de prohibición de regreso, el análisis de las conductas neutrales, el principio de división de trabajo, el principio de confianza, permiten en su conjunto la precisión del alcance del deber de cuidado de los intervinientes. Sobre la base de sus postulados se facilita la definición de hasta dónde el deber de cuidado de cada sujeto incluye la conducta de los otros como parte del riesgo asumido a través de su propia actuación. Ideas que serán desarrolladas en los capítulos siguientes.

CAPITULO V

INTERVENCION DELICTIVA CON BASE FUNCIONALISTA

CRITERIOS DE IMPUTACION OBJETIVA.

Introducción

Afirma Cerezo Mir (1992) que “Del finalismo se rechaza hoy básicamente su tesis de la vinculación del Derecho a la naturaleza de las cosas, a las estructuras lógico-objetivas de la materia de su regulación, pero se aceptan, generalmente, sus consecuencias para el sistema de la teoría del delito. Podemos hablar hoy de un resurgimiento del normativismo, frente al ontologismo de la escuela finalista” (p. 9), siendo hoy sus representantes más destacados Jakobs y Roxin.

Se trata de un normativismo que enlaza, en cierto modo, con el dominante en la Ciencia del Derecho penal europea bajo la influencia de la filosofía jurídica neokantiana (Cerezo Mir, 1992, p. 9).

A su vez, el avance del normativismo se ha puesto de manifiesto en el desarrollo de la moderna teoría de la imputación objetiva de resultados. Con la que se propugna la restricción

del tipo objetivo de los delitos dolosos y culposos mediante los criterios de imputación objetiva. No basta con que exista una relación de causalidad entre la acción y el resultado típicos, sino que es preciso, se dice, que el resultado sea, además, imputable a la acción (o a la omisión) (Cerezo Mir, 1992). A ello se exige que el resultado aparezca como realización del peligro creado o incrementado por la conducta dolosa del autor, que sea objetivamente previsible *ex ante* (Roxin, 2014; Mir Puig 2006).

Así en general, no es imputable objetivamente el resultado, por otra parte, si en la realización de la acción peligrosa el sujeto había observado el cuidado objetivamente debido (era un peligro lícito) (Roxin, 2014, Jakobs, 1997a).

Para Jakobs (1997a) además que el resultado aparezca como realización del peligro creado o incrementado por la acción del sujeto, debe hallarse comprendido en el ámbito de protección de la norma. Y Roxin (2014) que, no es imputable tampoco el resultado si el sujeto se esforzó en y consiguió disminuir el riesgo de su producción (principio de la disminución del riesgo). Se suman a tales criterios, la prohibición de regreso con la reformulación otorgada por Jakobs y el principio de confianza.

Entonces, la propuesta del presente acápite comienza por una breve exposición del estado actual de las teorías diferenciadores entre autoría y participación, y las críticas que se han formulado y que han determinado su abandono, entre ellas, la teoría del dominio del hecho. Se intentará dar una explicación que, desde un punto de vista normativo, sostenga que en realidad entre los distintos sujetos que intervienen en el delito no hay diferencias cualitativas, y tales diferencias en todo caso, son de carácter cuantitativo y perteneciente al ámbito de la determinación de la pena. Por último, se explicarán los criterios provenientes de la imputación objetiva aplicados al ámbito de la participación criminal, y que sirven para determinar en un sujeto su calidad de “interviniente” en el hecho delictivo ejecutado junto con otro u otros, es decir, para delimitar los aportes de intervención delictiva y su vinculación

con el hecho conjunto, de aquellos que no revisten tal carácter, y que resultan más bien neutrales.

Intervención delictiva con base funcionalista.

Imputar consiste en el juicio de atribución del delito a uno o a varios sujetos que pueden ser vinculados con el hecho en diferentes grados.

Estos grados son estudiados por la teoría de la autoría y la participación o, mejor dicho, por la teoría de la intervención delictiva, que analiza el nivel de implicación entre el sujeto y el hecho (Caro Jhon, 2014).

Al respecto, tanto Jakobs (2000), Lesch (1995), Robles Planas (2003, 2007, 2012, 2020), van Weezel (2012, 2020) entre otros (Sancinetti, 2020) coinciden en afirmar que no existen diferencias cualitativas entre las categorías de autor y partícipes, sino que las diferencias son solo de carácter cuantitativo.

Siendo unas de las premisas cardinales que injusto solo puede ser la realización de un tipo delictivo, y que, tratándose de supuestos de intervención delictiva, dicho injusto constituye siempre una obra común (Jakobs, 2005, p. 80, 2016, p. 22; Lesch, 1992, p. 284; Robles Planas, 2003, p. 143, 2012, p. 2; Van Weezel, 2012, p. 157).

Así señala Lesch (1992) que el fundamento y objeto de la responsabilidad jurídico-penal de autor y partícipes es idéntico, que, en todo caso, la diferencia está en las cuotas de responsabilidad.

Que de entrada entre las formas de intervención (autoría, inducción y complicidad) existen solo diferencias cuantitativas y que las mismas “señalan por tanto fenómenos de

determinación de la pena, que han sido integrados en la imputación y que han conducido a la tipificación de las diferentes formas de intervención en el delito” (1992, p. 946).

Donde “Cuantitativa significa, que cada una de las cuotas de responsabilidad cuando el delito se organiza en forma de trabajo dividido se rige, al menos en principio, según la envergadura de la intervención” (Lesch, 1992, p. 946).

De la propuesta de Lesch, y en lo que hace a los objetivos planteados en la presente investigación se extraen que, la accesoriedad se refiere a la imputación de un hecho, que las formas de intervención sirven para establecer cuotas de responsabilidad y que el interviniente es una parte, junto con otros miembros del colectivo.

En similar postura, Robles Planas²³ (2020) explica que la distinción principal en la teoría de la intervención delictiva no consiste en determinar quién reviste la condición de autor y quiénes partícipes, sino en establecer quiénes intervienen en el delito y quiénes no. Para Caro John (2014) lo cualitativo se refiere a la determinación de si el aporte individual pertenece o no a la comunidad delictiva (al tipo). Por lo que se trataría de un asunto de la prohibición de regreso, como instituto de la imputación objetiva que determina en qué caso una conducta ingresa a formar parte del colectivo típico o, por el contrario, queda fuera del tipo, como parte del riesgo permitido.

Y para ambos autores, la distinción del título de imputación entre autor y partícipe, ésta solo cabe hacerla en base a criterios cuantitativos, en función de la envergadura del aporte (Caro Jhon, 2014), y “en un segundo nivel analítico corresponde la definición de las cantidades de pena, en razón de la graduación de la magnitud de los aportes de cada uno” (Robles Planas, 2020, p. 178-179).

²³ En el artículo “La Estructura de la Intervención Delictiva” (2020) expone los lineamientos generales de su pensamiento que ya fuera desarrollado en su tesis doctoral “La participación en el delito: fundamentos y límites” publicada en 2003, y luego en “Garantes y cómplices: la intervención por omisión y en los delitos especiales” publicada en 2007.

En la misma línea, para Reyes Alvarado (2007) el hecho de que algunos de los aportes a la ejecución colectiva de un delito puedan ser considerados cuantitativamente como más importantes que otros, no altera el fundamento de la responsabilidad de quienes los desarrollaron como seres sociales, sino que permite tan solo una distinta cuantificación de la pena respecto de cada interviniente.

Así también Orozco López (2021) entiende que, entre la coautoría, por un lado, y la inducción y la complicidad como manifestaciones tradicionales de la participación, por el otro, no existen diferencias cualitativas. Esto, sin embargo, no significa que no sea posible diferenciar entre las intervenciones en un hecho común. Para lo cual se debería tener como punto de referencia la magnitud de los aportes, por lo tanto, para el autor también se trataría de una distinción de naturaleza cuantitativa.

Respecto a la falta de concreción en las teorías acerca de parámetros precisos en la graduación de la intervención delictiva, para Lesch (1992) es un tema reviste poco valor, pues, no generaría ningún tipo de inconvenientes en un Estado de Derecho porque no se trata de cuestiones relativas a la tipicidad o a la determinación de la zona de punibilidad, sino que “se trata de una cuestión de determinación de la pena, y la determinación de la pena no es cosa de exactitud matemática” (p. 947).

En el ámbito nacional, el destacado jurista Carlos Santiago Nino (1980) en relación a lo anterior manifestaba que “es obvio que no exista una fórmula precisa que distinga de antemano diversas especies o clases de intervención en la comisión de un delito según los grados de contribución al resultado dañoso o peligroso que correspondan a cada una de ellas” (p. 454), y ello es así, exponía el citado autor, toda vez que, tales grados de contribución se distinguen unos de otros por la mayor o menor probabilidad de generar el daño o peligro sin la intervención de los otros agentes o la mayor o menor facilidad de substituir la cooperación

de esos agentes por la de otros individuos o por la propia actividad de la persona de que se trata (1980, p. 454).

Entonces, autores y partícipes pasarían a ocupar especies dentro del género constituido por la noción de *interviniente*²⁴.

El injusto refiere a la realización de un tipo delictivo, y tratándose de supuestos de intervención delictiva, dicho injusto constituye siempre una obra común (Jakobs, 2007, 2016; Lesch, 1992; Robles Planas, 2012; Van Weezel, 2008, 2012).

Y que el sujeto que interviene en la fase preparatoria del hecho responde penalmente por este, en función de la ejecución que le ha seguido, a cargo de otro, lo que ha sido fruto de una “división vinculante del trabajo”, y por ello ese hecho también le pertenecería.

En contrapartida, quien pone manos en el hecho no realiza un injusto propio, sino uno que pertenece en igualdad de condiciones a quienes han intervenido antes de la ejecución llevada a efecto por él ²⁵.

Así pues, el mismo injusto se imputaría tanto a quienes intervienen en una fase previa a la ejecución, como a los ejecutantes del hecho, siendo todos, en principio, igual de competentes. De esta forma, se señala, los requerimientos impuestos por el principio de autorresponsabilidad se verían satisfechos respecto de todos los intervinientes (Robles Planas, 2007; Vacchelli, 2018; Van Weezel, 2009).

Por cuanto el partícipe se encuentra en una idéntica posición a la del autor frente a la vigencia de la norma, de tal manera que ambos infringen la norma por igual. Entiéndase a las normas como expectativas institucionalizadas de conducta. Para Lesch (1995) “la

²⁴ Según Robles Planas (2007) el concepto de autor es “un subconcepto, secundario y posterior respecto del más amplio y primario de interviniente en el delito.

²⁵ Jakobs, G. (2007, 2016) respecto del interviniente en el estadio previo, que no se trataría de una responsabilidad por culpa ajena, sino que, más bien, de la ejecución del hecho propio por medio de mano ajena.

determinación de la cuota de responsabilidad de cada interviniente se rige, no según su configuración fáctica del suceso, sino de acuerdo con el grado de relevancia comunicativa que su contribución exhibe de cara a la vigencia de la norma” (p. 917).

Las ideas anteriores traen también como consecuencia que no existe un determinado interviniente que tenga un papel más protagónico que otro, ni tampoco otro del que se conciba que no domine el hecho y que interviene en una posición secundaria en un hecho ajeno dominado por un autor. Existen tipos de intervención delictiva o formas fenomenológicas de intervención que en nuestro Código Penal se encuentran previstas en los arts. 45 y siguientes (autoría, coautoría, complicidad e inducción).

Esta concepción se aleja de las concepciones tradicionales de autor unitario, toda vez que, mientras éstas niegan una relación de dependencia normativa entre el comportamiento de los distintos sujetos que concurren en un mismo hecho, la concepción anteriormente expuesta permitiría vincular el comportamiento de todos los intervinientes con el mismo objeto de imputación, que es la realización delictiva.

Vacchelli (2018) con el término “accesoriedad reflexiva” designa la existencia de un vínculo bidireccional conforme el cual no solo al partícipe se imputaría lo ejecutado por el autor como obra suya, sino que, a la inversa, también al autor se imputaría lo ejecutado por el partícipe.

Una de las críticas dirigidas a esta tesis es que no permite otorgar un tratamiento diferenciado entre quienes intervienen en los delitos especiales, es decir, en aquellos en los que no concurren los elementos cualificadores que caracteriza a esta clase de delitos. Toda vez que, el tratamiento de quienes carecen de tales elementos como autores, o como intervinientes situados en la misma posición de quienes integran aquel círculo, supone contradecir la razón por la cual tales hechos han sido especialmente tipificados.

Como réplica a dicho ataque, Reyes Alvarado (2007) enseña que,

Para cumplir con la finalidad de sancionar más severamente aquellos ataques a bienes jurídicos que provienen de personas con especiales deberes de conducta no hace falta mantener una artificiosa distinción cualitativa entre autores y partícipes; en efecto, si bien en la intervención delictiva la valoración sobre la existencia de los elementos típicos se debe realizar sobre la acción colectiva, ello no obsta para que al momento de dosificar la pena aplicable a cada uno de los intervinientes, se sancione de manera más severa al servidor público que se apropia de bienes del Estado que al particular que realiza la misma conducta. De esta manera, aun cuando basta con que cualquiera de los intervinientes en la acción colectiva posea la cualificación exigida por el tipo para que la acción colectiva pueda ser considerada como típica, aquel interviniente que la posea recibirá una sanción más elevada que el que carece de la misma, precisamente debido a que se considera más grave su infracción al deber de comportamiento derivado de su condición (p. 17)²⁶.

El principio de autorresponsabilidad únicamente podría respetarse — especialmente de cara a la situación de los partícipes— si se entiende el injusto como algo perteneciente a todos.

Además, tratándose de acciones perpetradas en conjunto, no tendría sentido práctico la diferenciación cualitativa entre autores y partícipes partiendo de la idea de que el hecho les pertenece a todos los intervinientes, y considerando que tal diferencia se rige bajo criterios cuantitativos, se le otorga al Juez mejores posibilidades de analizar y valorar las distintas

²⁶ Esta solución plantea el interrogante de si se justifica la tipificación autónoma de delitos como la malversación, cuya diferencia con los delitos contra el patrimonio (como el hurto) radica tan solo en la cualificación del sujeto activo; la pregunta es si no bastaría con establecer como agravante punitiva de esos delitos la cualificación del sujeto activo, sin necesidad de construir un tipo penal autónomo (Reyes Alvarado, 2007)

contribuciones de los sujetos. Haciendo énfasis en que la imputación del hecho a todos los intervinientes se puede configurar sin que hasta ese punto se requiera establecer ya de antemano las categorías de autoría y participación.

Según el art. 41 en conexión con el art. 40, ambos del CP argentino, a la hora de efectuar el cómputo debe tomarse especialmente en cuenta “la participación que haya tomado en el hecho, el interviniente”. Aquí, se impone una distinción cuantitativa de los aportes que forma parte del hecho típico” (Jakobs, 2014, como se citó en Falcone, 2020).

En efecto, el art. 45 del CP equipara la pena del autor y coautor, con la del cómplice primario y del instigador. Por su parte, el art. 46 incorpora dos nuevos supuestos de intervención delictiva: una primera forma de complicidad secundaria – para modos de cooperación no esenciales - y una segunda forma de complicidad secundaria para contribuciones posteriores al hecho cumpliendo promesas anteriores. En estos dos casos el código prevé una reducción punitiva de un tercio a la mitad de la pena, en caso de que fuera divisible, y de diez a quince si fuera prisión perpetua.

Tal marco legal lo que permite advertir es que, en rigor de verdad, el concepto restrictivo de autor que el código pareciera seguir es solo nominal, puesto que, en los hechos, casi todas las formas de intervención delictiva están vinculadas a un mismo marco punitivo – el previsto en el tipo penal – y la reducción prevista en el art. 46, alternativa 1, constituiría un atenuante genérico (Falcone, 2020).

Sostiene Nino (1980),

La forma en que las normas penales están redactadas puede ser compatible con una regulación de los casos de pluralidad de agentes que no dependa de la distinción entre autores y otros intervinientes en el hecho, y mucho menos de una distinción cualitativa entre distintas formas de participación. Esto se

lograría si la criminalidad colectiva estuviera regulada por una norma que dispusiera que las penas fijadas para los distintos delitos se extenderán a todos los que hubieren tomado parte en su planeamiento y ejecución y que la responsabilidad de cada uno, incluida la de los autores, se graduara dentro de la escala penal prevista (cuyo mínimo podría disminuirse a esos efectos) de acuerdo con el grado de su contribución al hecho que la respectiva norma penal trata de prevenir. El Código Penal argentino se acerca bastante a esta forma de regulación al asimilar la situación de los autores, partícipes primarios e instigadores (art. 45), lo cual permite no poner énfasis en la distinción entre estas categorías sino graduar la pena en cada caso y cualquiera que sea la categoría aplicable según “la extensión del daño o peligro causado” (art. 41, inc. lo); lo único en que se aparta del modelo propuesto es en el tratamiento diferencial de la participación secundaria (art. 46), lo cual, por supuesto, suscita innecesarios problemas de clasificación (pp. 455 y 456).

En otro orden de razones, Weezel (2012) agrega que la distinción entre coautores y cómplices sigue siendo incierta y altamente problemática para los tribunales de justicia. Que se echa mano en ocasiones a ponderaciones que consideran todas las circunstancias del caso concreto con el fin de establecer si un determinado aporte ha sido o no indispensable; una solución que se encuentra próxima al “decisionismo”. El tratamiento del “loro”²⁷ y del “jefe de la banda”²⁸ en doctrina y jurisprudencia son ilustrativos en este sentido (p. 159).

²⁷ El loro o también llamado “campana” es la persona que vigila el exterior, advierte la presencia de riesgos o la llegada de personas que podrían frustrar el delito y asegura la huida de los ladrones.

²⁸ El “jefe de la banda” hace referencia tanto al líder de un grupo que planifica y coordina el acto delictivo, que por ejemplo puede operar desde de una prisión, o puede ser una persona que actúa como líder en el momento de la ejecución del hecho delictivo para dirigir a los demás partícipes.

A su vez, que autor e inductor no se distinguen en nada, salvo en la magnitud en la que cada uno configura la realización típica. Ambos son intervinientes en el hecho, y respecto de ambos se señala que el hecho les pertenece como un todo (Weezel, 2012, 159). Y una vez fundamentada la responsabilidad de ambos por el hecho total, corresponde identificar a quién se atribuirá la configuración de las distintas dimensiones o segmentos del hecho. Esta identificación sí tiene en cuenta el efecto aislante de la autorresponsabilidad entendida como autonomía, pues en el plano cuantitativo o instrumental, solo se atribuirá a cada interviniente –que lo es con independencia del *quantum* de su configuración del hecho– lo que él ha configurado sin mediar una conducta autónoma de otro interviniente (Weezel, 2012).

Una noción unitaria de interviniente basada en la accesoriedad como mancomunidad de significado de los diversos aportes, podría estar en condiciones de resolver por lo menos el núcleo de la problemática de la intervención – la autorresponsabilidad – y de orientar en la búsqueda de los criterios normativos para determinar cuándo existe mancomunidad respecto de una determinada realización típica (Weezel, 2009, p. 444).

Se trata entonces de establecer cuándo una persona declara mediante su aporte que el hecho delictivo le pertenece (Weezel, 2009).

Robles Planas (2020) plantea así dos operaciones básicas en la determinación de la responsabilidad penal en casos de pluralidad de intervinientes, en la que, primero es necesario afirmar la presencia de una conducta típica de intervención en el delito y después, una vez se ha constituido el círculo de sujetos responsables, debe graduarse la magnitud de cada una de las aportaciones.

Es decir, primero se examina qué vincula a todos los intervinientes (la constitución de la responsabilidad conjunta por el hecho) para, después, analizar lo que los separa.

Se insistirá por algunos en que entre “autores” y “partícipes” se da una diferencia *cualitativa* fundamental, a saber, que mientras a los “autores” se les puede imputar el hecho como propio a los “partícipes” solamente se les puede imputar el hecho como ajeno. Esta extendida afirmación merece ser desterrada. En un Derecho penal respetuoso con el principio de responsabilidad personal no es posible hacer responder a nadie por un injusto ajeno (Robles Planas, 2020, p. 997).

Ahora bien, para determinar cuándo alguien resulta interviniente en la comisión de un delito, o forma parte del conjunto de intervinientes y cuando no, es que aparecen los elementos de la teoría de la imputación objetiva. De modo que debe indagarse qué división de trabajo vincula ámbitos de responsabilidad y cuál los aísla. Para ello, resultan menester las consideraciones que se desprenden del entendimiento normativo del principio de confianza y de la prohibición de regreso (John Caro, 2014). Elementos de la teoría de la imputación objetiva que serán desarrollados con mayor detenimiento en los puntos que siguen a continuación.

La teoría de la imputación objetiva: su aplicación en el ámbito de la intervención delictiva.

En líneas generales, la teoría de la imputación objetiva remonta sus antecedentes en los postulados de la teoría de la relevancia típica, con sus bases jurídicas y no naturales en la relación de acción y resultado. Se parte del pensamiento filosófico de Hegel (el idealismo crítico) que luego, será desarrollado como precedente de la imputación objetiva por Karl Larenz y Richard Honig (Roxin, et. al., 2000; Zaffaroni, 2000).

En la actualidad la teoría de la imputación objetiva se erige como una herramienta dogmática que permite definir cuándo un comportamiento se encuentra dentro de un espacio jurídicamente admitido y cuándo es, por el contrario, socialmente perturbador, esto es,

permite establecer el verdadero sentido que tiene determinada conducta desarrollada por una persona en la sociedad (Jakobs, 2007).

Esta teoría parte de presupuestos marcadamente distintos de los que fundamentaron los tradicionales esquemas de imputación de corte naturalístico, que por sus carencias e insuficiencias metodológicas no pudieron superar los cuestionamientos hechos a partir desde una perspectiva social.

Como sostiene Jakobs (1997b)

La causación, aun como causación adecuada o dolosa, resulta insuficiente para fundamentar por sí sola la imputación. La causación únicamente afecta al lado cognitivo de lo acontecido y de ahí que no aporte orientación social. Si en todo contacto social todos hubiesen de considerar todas las consecuencias posibles desde el punto de vista cognitivo, la sociedad quedaría paralizada (p. 19).

No obstante, la imputación objetiva tampoco prescinde de la relación causal, sino que la comprende dentro de la realización del riesgo. Un primer límite para la realización típica es la causalidad natural, a la que sigue la realización de los restantes presupuestos de la imputación. Si bien puede hablarse de causalidad sin imputación objetiva, no puede haber imputación objetiva sin causalidad.

Gimbernat Ordeig (1990) expresó que “la teoría de la imputación objetiva lo que hace es reunir toda una serie de criterios normativos excluyentes de la tipicidad, que en gran medida y hasta ahora habían deambulado por aquella -desde la causalidad hacia la acción- sin encontrar un lugar sistemático correcto” (p. 212).

De lo que se trata en el marco de la imputación objetiva es determinar a quién le pertenece un suceso o, dicho con otras palabras, quién es normativamente competente por el resultado lesivo que aquél genera (Jakobs, 1997b), puesto que, la imputación no es un

fenómeno natural, sino el resultado de un proceso normativo, guiado por el sistema jurídico. “Las reglas que rigen este proceso, por tanto, no están dadas en forma ontológica, sino que son generadas por el propio sistema jurídico y de acuerdo con la función que desempeña el sistema jurídico en el contexto respectivo” (Lesch, H, 2014, p. 320).

Sostiene Pessoa (s.f.) que “si hoy tuviese que definir a la teoría de la imputación objetiva, con audacia se atrevería a decir que es una herramienta teórica correctora del tipo objetivo (ése es su lugar en la teoría del delito) destinada a la construcción de criterios normativos de atribución de resultados penalmente relevantes a conductas humanas, que deciden a su vez la definición de éstas como base de la responsabilidad penal” (p. 205).

Afirma Lesch (2014) que “la doctrina de la imputación objetiva “ha logrado imponerse de modo ferviente. Su incorporación no implica el ingreso a un terreno dogmático desconocido, sino que ahora el delito comisivo doloso solo normativiza su tipo objetivo como ocurre, desde antaño, en los delitos omisivos e imprudentes” (p. 322).

En última instancia, los criterios de la imputación objetiva “constituyen diversas formulaciones para identificar el mismo fenómeno siempre se trata de la pregunta de si alguien es responsable legalmente de evitar el resultado del hecho” (Lesch, H, 2014, p. 322)

Roxin (2014) ha sido quien ha sistematizado la teoría de la imputación objetiva identificando dos elementos esenciales, el de la *creación del riesgo jurídicamente desaprobado* o riesgo prohibido o no permitido y la *realización de ese riesgo en el resultado*. Dentro del primer elemento se ocupó de la disminución del riesgo y del empleo de cursos causales hipotéticos. Y dentro del segundo, del fin de protección de la norma, la conducta alternativa conforme a derecho y el incremento del riesgo

A su vez, Jakobs (1997a, 1997b) a la noción de riesgo prohibido añade el principio de confianza, la prohibición de regreso y la competencia de la víctima.

El criterio central de la imputación objetiva es entonces “la “creación del riesgo prohibido” – definición que significó la superación y el reemplazo de la acción (entendida de modo final) – y que aquella se ubica de modo más o menos pacífico como momento inicial – y medular – del injusto (entendido como antinormatividad)” (Falcone A., 2020, p. 143).

El riesgo permitido representa el criterio de exclusión de la imputación al tipo. Y se transforma en riesgo no permitido cuando el peligro creado por la infracción del deber de cuidado haya supuesto un aumento del riesgo que el legislador no considera soportable.

Por su parte, la realización del riesgo en el resultado, “falta siempre que el riesgo desaprobado creado por el autor (p. ej., la muerte mediante un disparo) no es el que se realiza en el resultado, sino un riesgo tolerado unido a aquél, concretamente, un riesgo general de la vida (p. ej., la muerte de la víctima a la que se disparó como consecuencia de un accidente de circulación en el trayecto hacia la clínica” (Roxin, et. al., 2000, p. 29).

Estos componentes de la teoría de la imputación objetiva se complementan con el ámbito de protección de la norma. Y respecto a este criterio, es ya clásico el ejemplo que la Jurisprudencia alemana muestra para entender a primera vista la eficacia práctica de la imputación objetiva, tal el caso de los dos ciclistas: dos ciclistas conducen uno detrás de otro en la oscuridad; un ciclista que viene de frente choca con el ciclista que va delante. Este accidente se habría evitado si el ciclista de detrás hubiera llevado las luces encendidas, porque así habría iluminado al otro; pero el fin del mandato de la iluminación es evitar choques propios, no ajenos; al segundo ciclista le hubiera sido imputable el resultado si hubiera chocado con el tercero (Roxín, C., 2014).

Como así también el caso del sujeto que mata a otro y la anciana madre de la víctima, al recibir la noticia de su muerte, fallece de una falla cardíaca. La muerte de la madre no le es imputable objetivamente al autor dado que la norma que tipifica el delito de homicidio

pretende proteger la vida, pero en una esfera de inmediatez con la acción típica. En consecuencia, la muerte de la anciana esta fuera de la esfera de protección de la norma.

También sería posible entender que el actuar bajo el cumplimiento de un deber es un riesgo permitido que excluye la imputación objetiva de la conducta.

En efecto, esta última etapa de la imputación objetiva constituye el paso más decisivo. Dado que, no basta solo la realización del riesgo o peligro no permitido creado, sino que esa creación de riesgos es la que hace que la conducta que lo genera se prohíba. Se utilizan diferentes expresiones: fin de protección de la norma, ámbito de la norma, fin de la norma.

Finalmente, “se admite que el resultado producido no debe imputarse al autor cuando éste se habría producido igualmente en caso de que la conducta del autor hubiera sido ajustada a Derecho” (Frisch, s. f., p. 30). Y se cita como ejemplo el caso en que la muerte del paciente se hubiera producido de todos modos, aunque el médico haya obrado conforme a *lex artis*, caso en que, la conducta incorrecta del médico es claramente casual.

En los casos en los que no puede explicarse si el resultado hubiera podido evitarse o no mediante una conducta conforme a Derecho. La opinión absolutamente dominante niega la imputación del resultado pues no puede determinarse que el resultado sea consecuencia de la creación del riesgo desaprobado (Frisch, s.f.). Sin embargo, en una postura frontalmente opuesta, para Roxin en función de la teoría del incremento del riesgo, se inclina también por la imputación del resultado en estos casos oscuros, pues para el autor resulta suficiente con que esté claro que el agente mediante su conducta ha aumentado el peligro de la producción del resultado (Roxin, 2014).

Ahora bien, en el ámbito de los delitos imprudentes los pilares fundamentales de la teoría de la imputación objetiva están ampliamente admitidos. Y según advierte Frisch (s.f.) algo distinto parece suceder en el caso de los delitos dolosos.

Según Wessel (1997), en el ámbito de los delitos dolosos “es inútil perder el tiempo buscando sentencias que renuncien a castigar con base en los requisitos de la teoría de la imputación objetiva (esto es, la ausencia de creación del peligro desaprobado o la falta de realización en el resultado de un peligro desaprobado objetivo previamente determinado)” (como se citó en Frisch, et. al, p. 38).

Al respecto considera Frisch (s.f.) que, “solamente es correcto afirmar que en el ámbito de los delitos dolosos existe un buen número de opiniones doctrinales que no solo lanzan críticas de carácter exclusivamente terminológico contra la teoría de la imputación objetiva, sino que además renuncian a sus presupuestos materiales (por inadecuados y superficiales). Por lo que a la jurisprudencia respecta, no se debe sobrevalorar su silencio” (p. 39).

Sobre esta cuestión opina Reyes Alvarado (2007),

La circunstancia de utilizar la imputación objetiva como fundamento de la punibilidad del delito imprudente, otorgándole escasa o ninguna importancia en relación al delito doloso, que permanece atado así a los conceptos de causalidad e intencionalidad de la conducta, evidencia el contraste entre la explicación ontológica del delito doloso y la normativa del imprudente, además que advierte acerca de una intervención del Derecho penal distinta a los delitos dolosos (intencional causación de un resultado) y a los imprudentes (creación de un riesgo jurídicamente desaprobado que se realiza en el resultado), es decir, plantea la existencia de cuando menos dos concepciones del injusto. (p. 98-99).²⁹

²⁹ En la sentencia del Tribunal Supremo Federal alemán en el caso “dos sprays para cuero” se perfila un movimiento en el sentido aquí expuesto. En este caso, el Tribunal Supremo vio en la responsabilidad común de varios directivos de empresa, un fundamento para reconocer las omisiones imprudentes como aportes parciales a un «conjunto de su comportamiento», esto es, reunidos en una acción uniforme, en otras palabras, valorando el

El autor citado agrega que tal dicotomía desaparece cuando se normativiza la explicación del delito doloso extendiendo el ámbito de acción de la imputación objetiva, para sostener que también frente a las conductas dolosas la intervención del Derecho penal ocurre cuando una persona crea con su conducta un riesgo jurídicamente desaprobado (por ejemplo, disparo de arma de fuego contra una persona) que se realiza en el resultado (muerte de la víctima como consecuencia del disparo) (Reyes Alvarado, 2007).

Si bien en los delitos dolosos, los riesgos creados suelen ser "con creces" tan descuidados que resultan innecesarias ulteriores disquisiciones, mientras que el tránsito de lo que aún está permitido a lo que ya no lo está frecuentemente ha de analizarse con mayor exactitud tratándose de un hecho imprudente, considera Jakobs que (1997b) que tanto en un caso como en el otro, "es el significado general y, por tanto, objetivo, el que interesa desde el punto de vista social, precisamente porque lo decisivo es que se trata de hechos que producen una perturbación *social* y no de peculiaridades individuales" (p. 25)

Asimismo, "no se debería hacer el intento de construir el delito tan solo con base en datos naturalistas –causalidad, dolo-; por el contrario, lo esencial es que concurra el quebrantamiento de un rol. Por consiguiente, ya no resulta suficiente la mera equiparación entre delito y lesión de un bien jurídico (Jakobs, 1997b, p. 25).

Así también sostiene Pessoa (s.f.), que "la teoría de la imputación objetiva resulta una herramienta útil tanto en materia de tipos activos de resultado, dolosos o culposos (campo para el que originariamente fue creada), como en delitos omisivos, especialmente en los tipos omisivos impropios" (p. 200), por cuanto su misión es la resolver desde el punto de vista normativo la atribución de un resultado penalmente relevante a una conducta a los fines de la responsabilidad penal.

comportamiento como una unidad y con ello, al fin y al cabo, reconociendo una coautoría fundada de una forma meramente normativista, en el ámbito de la imprudencia (Lesh, Heiko H., 1995)

En los delitos culposos se recurre precisamente a un concepto normativo de autor, interpretación que en los delitos omisivos se completó con la exigencia de tutela de un determinado bien. En efecto, el autor pasó de considerarse como artífice de una “causa adecuada” para la producción del resultado, a constituirse en “infractor de un deber objetivo de cuidado” que luego se realiza en el resultado.

Tal normativización de la imputación debe extenderse también a los cómplices e instigadores. Pues en ambos casos no alcanza con la simple fórmula de resultado + causalidad + dolo = a responsabilidad.

Puesto que, la causalidad no es el único requisito necesario para afirmar la tipicidad objetiva del aporte del cómplice, por cuanto, al Derecho penal le interesan los resultados causados por acciones u omisiones que resulten jurídicamente desvaloradas. A su vez, tampoco resulta asumible que la limitación de la responsabilidad se haga depender de que el partícipe actúe con dolo, por cuanto la primera limitación a la responsabilidad debe encontrarse en el tipo objetivo, en forma previa a las consideraciones sobre el dolo o la culpa. Posibilidad que ofrece la teoría de la imputación objetiva, tradicionalmente desarrollada para limitar la responsabilidad de personas que “causan” en forma directa el resultado.

Entendemos entonces que el deber se infringe, “a partir de la creación de un riesgo prohibido, mediante el cual la conducta de la persona en derecho supera el baremo de lo socialmente adecuado y que ese riesgo contraría una norma compuesta, de preceptos legales y no legales, que representan, en última instancia, expectativas sociales de comportamiento” (Falcone, 2020, p. 222).

Por tanto, el cómplice, al igual que cada partícipe, debe ser legalmente competente de la evitación del resultado delictivo y la normativización de la imputación no se puede limitar a la autoría.

Cabe señalar en relación respecto del autor que, desde un punto de vista normativo, no es el causante – ejecutor, sino como se dijo anteriormente, *aquel que crea un riesgo jurídicamente desaprobado que se realiza en el resultado*.

Sostiene Robles Planas (2020) que “todo hecho requiere de ejecución, pero la ejecución no siempre es la parte más importante de un hecho delictivo. Y en relación a la teoría del dominio del hecho, que el dato del dominio no es lo decisivo para la responsabilidad, dado que puede existir mucha responsabilidad con poco dominio y, al revés, mucho dominio con poca responsabilidad” (p. 156).

Aquella premisa de la teoría del dominio del hecho según la cual, únicamente la actuación en el estadio de ejecución puede fundamentar autoría, no tendría lugar en todos los supuestos. Como en los llamados de dominio de la organización, en los de criminalidad empresarial y los del jefe de la banda, incluso se puede detentar una mayor responsabilidad dentro de la comunidad delictiva justamente allí donde más alejado se esté de la instancia de ejecución y más se halle, el interviniente, de la cúspide en la organización jerárquica (Falcone, 2020).

Así, en los casos de intervenciones delictivas plurales, la acción colectiva se entiende como quebrantamiento de la norma, y en este caso, corresponde valorar el trabajo realizado en conjunto, dado que, por ejemplo, al sujeto que amenazó al personal de seguridad del banco no se lo investiga por la presunta comisión del delito de amenaza, sino como posible responsable del delito de robo. El sujeto está realizando una contribución dirigida a la consecución de un objetivo común, adaptando su acción mediante el reconocimiento del rol del otro, mediante una sucesiva adaptación y tendencia hacia la sincronización.

En un todo acorde con lo desarrollado, el riesgo que se materializa en el resultado es tanto del autor como del partícipe, toda vez que, *ambos* realizan un aporte a la conducta

colectiva, que, consideradas de forma individual resulta evidente que ninguno de ellos ejecutó por sí mismo la conducta descrita en el tipo penal en el que encajaría la conducta global.

Así, el sujeto que ejecuta, ejecuta la obra de todos los intervinientes, no solo la suya propia. La ejecución es el “resultado” de la actuación coordinada de los diversos intervinientes. La actuación de cada interviniente significaría una configuración parcial de la realización *colectiva* del tipo.

Unos y otros, con sus respectivas conductas antinormativas, habrán configurado, en mayor o menor medida, esa ejecución. Esto no solo es válido para el interviniente que realiza una contribución de menor importancia (y entonces se le denomina “cómplice”), sino también para el interviniente que configura la parte más importante del suceso (y entonces se le denomina “autor”) (Robles Planas, 2020, p. 152).

Lo que ocurre cuando se prescinde de un análisis sobre el hecho global y por tanto el examen se limita al de las conductas individuales, el resultado es que ninguna de ellas se corresponde con la verdadera magnitud de su aporte a la ejecución del delito; así, por ejemplo, el que vulneró la cerradura de la caja fuerte podría decir que solo cometió un delito de daño, a su vez, quien golpeó al empleado del banco puede alegar que su conducta no pasó de una lesión, y el que se apoderó del dinero aducirá que no se lo puede responsabilizar del delito de robo porque no fue él quien ejerció violencia sobre las personas o las cosas.

En efecto, la codelincuencia trata de una modalidad especial de reparto de trabajo, concretamente, de un reparto de trabajo que vincula en vez de aislar. Dicho reparto se produce de manera que una persona debe realizar un determinado aporte a la otra, donde lo común abarca también lo que suceda a continuación: el sujeto que ejecuta, ejecuta la obra de todos los intervinientes, no solo la suya propia. Mientras que en el reparto de tareas con efectos de aislamiento lo común se limita a un intercambio de prestaciones (Jakobs, 2000).

Entonces, desde el punto de vista de la imputación objetiva, esa acción colectiva debe significar la creación de un riesgo jurídicamente desaprobado, por cuanto si se mantuvo dentro del riesgo permitido, pierde trascendencia para el Derecho Penal como así también lo perderá el aporte individual que cada persona haya realizado en tal acción conjunta. Ahora, si tal acción colectiva puede ser considerada como creación de un riesgo jurídicamente desaprobado, el Derecho penal no solamente estará interesado en la valoración de tal colectivo, sino también en el aporte que cada persona haya hecho a dicha comunidad.

Entonces, en un primer momento hay que comenzar por definir el tipo penal pertinente, objeto de imputación a todos los intervinientes. Seguidamente el ámbito de competencia que les concierne, los deberes y su intersección en la actividad, para que pueda ser considerada una actividad realizada en común. Es decir, se valoran los aportes de los sujetos intervinientes de forma individual, para verificar si pueden ser considerados como parte de la realización en el resultado de la acción conjunta. Si los intervinientes son competentes por su realización.

Una vez establecido que se trata de una acción colectiva realizada por el conjunto de individuos (dos o más) que ha creado un riesgo prohibido que se realizó en el resultado, el hecho total se imputa objetivamente a todos los intervinientes. Aquí se puede concluir que el hecho les pertenece a todos y que todos forman parte de aquel, que son responsables por el hecho total.

El análisis del comportamiento individual permite determinar quién o quiénes de los integrantes del grupo contribuyeron con sus conductas individuales a la creación de ese riesgo jurídicamente desaprobado que se realizó en el resultado, para hacer recaer sobre el o ellos la imputación objetiva del mismo. (Reyes Alvarado, s.f., p. 65)

“Hay intervención siempre que se realice de modo no permitido un tramo del hecho delictivo, sin distinguir, en los delitos de infracción general, entre participación “principal” y “accesoria”” (Falcone, 2020, p. 380).

Sostiene Reyes Alvarado que,

Al afirmarse que en la intervención delictiva la conducta sobre la que recae de manera inmediata el juicio de imputación objetiva es la acción colectiva y no los aportes individuales que la conforman, lo que importa no es que cada uno de los intervinientes haya desarrollado integralmente la conducta típica, sino que los elementos configuradores de la misma puedan ser predicados de la acción colectiva. En consecuencia, así como no se exige de cada uno de los intervinientes en un robo con violencia que se apoderen individualmente de la cosa mueble ajena o que ejerzan violencia para facilitar o asegurar su aprehensión (basta con que uno cualquiera de los intervinientes realice la aprehensión o ejerza la violencia), cuando un determinado tipo penal exige una cualificación en el sujeto activo de la conducta, basta con que cualquiera de los intervinientes posea esa condición especial para que la conducta pueda ser considerada como típica, ello es así porque en la intervención delictiva la imputación objetiva recae ante todo sobre una acción colectiva y, por lo tanto, es respecto de ésta que deben predicarse todos los elementos del tipo (pp. 15-16).

Siguiendo con el ejemplo del delito de robo, según el art. 164 del CP, se puede inferir que todos los intervinientes resultan competentes por la lesión al derecho a la propiedad de la víctima, tanto el que se apodera de la cosa, como el que destroza la puerta para poder ingresar a la casa, como el que queda esperando afuera en calidad de “campana”, como así también el que ideó el plan.

Por último, habrá de atenderse a la magnitud de la configuración en el hecho en concreto que haya llevado a cabo el interviniente en cuestión. Es decir, el injusto de cada interviniente en el hecho colectivo.

Una concepción como la defendida en estas líneas se acopla perfectamente con el programa normativo de nuestra regulación de la intervención delictiva delineada en el art. 45 (autores, cómplices e instigadores). Por cuanto, la conducta descrita en los tipos de la Parte Especial del Código Penal no vincula a un autor principal, excepto aquellos en los que, por razones de política criminal, se individualiza a un sujeto especial (los denominados delitos especiales).

Esto es así porque, los tipos aluden generalmente a un sujeto anónimo, comprendido bajo la descripción genérica “*el que*”. Así, por ejemplo: “*el que... se apodera ilegítimamente de una cosa mueble, total o parcialmente ajena*” (Art. 162 CP), “*el que... intencionalmente deshonrar o desacreditar a una persona física determinada...*” (Art. 110 CP), “*el que... hiciere, en todo o en parte, un documento falso...*” (Art. 292 del CP), etc.

Tal descripción anónima del actuante bajo los términos de “*el que*” no tiene por qué necesariamente coincidir con el autor, pueden converger perfectamente los aportes provenientes de una persona individual con las de otras que obran conjuntamente. De manera que sería conveniente empezar a despejar de nuestras mentes la idea tradicional de que el tipo está referido directamente a un autor por ser el protagonista principal y que el partícipe ingresa en el ámbito de la tipicidad gracias a que la regla extensiva de la Parte General del Código penal así lo permite, y que es un colaborador de un “hecho ajeno”, el del autor.

Como ya se expuso, en este primer nivel de análisis se postula que no existe una distinción entre autoría y participación, no al menos en el ámbito de la tipicidad, y la imputación objetiva es idéntica para el autor y el partícipe (Caro, Jhon, 2014).

“Los tipos penales no describen comportamientos de autores, sino conductas reprochables” (Lesch, 1995, p. 64). Por consiguiente, pueden ser predicables tanto de los autores como de los partícipes. En similar sentido Robles Planas (2003), para quien “la conducta del cooperador o del inductor están comprendidas en el tipo, si bien no como modalidades o títulos de intervención en el delito, sino en su vertiente de co-creación del riesgo típico” (p. 159).

Por lo tanto, resulta fundamental para la imputación objetiva partir una clara delimitación de espacios de responsabilidad de cada persona, pues sobre esa base se erigirá el juicio de imputación, en la medida en que no se puede hacer responsable a los demás por los actos de uno mismo (autorresponsabilidad).

Para determinar si el sujeto con su conducta infractora de un deber de cuidado favoreció para que un tercero cometa un delito ya sea imprudente o doloso, será necesario constatar que con su actuación inicial creó un riesgo prohibido, y que ese riesgo tuvo influencia para que se configure un resultado.

Superado el aspecto objetivo, cabe señalar que, las capacidades de conducta de cada interviniente – incluyendo el conocimiento de los elementos del tipo objetivo (dolo) – no pertenecen al hecho, sino a cada interviniente en particular. “Dolosa o imprudente es la una conducta y el hecho total puede estar constituido simultáneamente por conductas dolosas y culposas. Entonces, la intervención en el delito no depende de la existencia de un pacto de intervención, sino que se da normativamente a partir de una división objetiva (funcional) de trabajo” (Falcone, 2020, p. 380).

Que éstas hayan actuado con dolo o solo con culpa respecto de los resultados es indiferente para la imputación a cada uno del hecho total, como lo es la magnitud concreta de cada aporte. Entonces, ¿qué se requiere para que un interviniente resulte mancomunadamente

responsable por el hecho conjunto?, ¿es suficiente con que su conducta haya superado el riesgo permitido? Para que exista responsabilidad mancomunada entre los actores *deben existir deberes coincidentes o complementarios*, esos deberes surten el efecto de fundir sus esferas de responsabilidad. Parte integrante de la interpretación de un hecho, es la constatación de si se está en frente de una actuación en solitario o de una actuación mancomunada. Antes de imputar un resultado, hay que imputar la conducta que lo ocasiona. Esta conducta puede ser una conducta conjunta o mancomunada. Y ello ocurre cuando existe un conjunto de deberes que *se intersectan en la realidad*, es decir, cuando el ordenamiento exige que se cumplan en el caso concreto. La índole particular de los deberes depende de los ámbitos de regulación de que se trate: tránsito, operaciones quirúrgicas, construcción, lavado de activos, etc.

Así en primer término, existen riesgos inherentes a la división del trabajo – como la necesidad de gestionar la información, la coordinación del trabajo de personas diversas, etc. – , y los deberes de evitar su realización son diversos en la división de trabajo jerarquizada y no jerarquizada.

En segundo término, “existen expectativas recíprocas y justificadas entre los actúan conjuntamente en relación con el cuidado que pondrán los otros en el desempeño de su parte. Esto incide en la necesidad de delimitar el ámbito “lo mancomunado”, probablemente, como se ha dicho, según ámbitos de regulación sectorial. En el extremo de esta dimensión se encuentran los problemas de la delegación y sus efectos” (Wezeel, 2014, p. 2).

La unidad o pertenencia recíproca de diferentes formas de comportamiento se corresponde a una valoración social, concretamente al juicio acerca de si se verifica una división de trabajo que vincula o que separa esferas de responsabilidad. Por eso, la pregunta sobre si concurre en el interviniente singular dolo o imprudencia no puede situarse antes de la que se refiere a si existe o no actuación conjunta. El contenido y la relevancia de los

conocimientos que es necesario atribuir para imputar dolo o culpa solo pueden determinarse una vez que se ha resuelto la cuestión de la intervención delictiva.

Entonces, respondiendo a la pregunta, para que la conducta de un interviniente en sí misma considerada superadora del riesgo permitido pueda estimarse como parte integrante del hecho global, debe existir una intersección de deberes con el resto de los integrantes. Y si su conducta es aislada, no forma parte del conjunto y será responsabilizada en función de su hecho.

Ahora bien, supongamos que tenemos una intersección de deberes que da lugar a un suceso común, al menos en parte, para varios sujetos, cabe preguntarse: ¿Qué es lo que caracteriza la dinámica del actuar conjunto?

Concretamente podría presentarse lo siguiente: complejidad de la coordinación, es decir, identificar riesgos que emanan de la división de trabajo, ciertas “obligaciones” entre los intervinientes, derivadas de las expectativas recíprocas que surgen. Pues la intervención delictiva no es solidaridad entre los intervinientes, sino responsabilidad común y, por lo mismo, impone la necesidad de delimitar “lo mancomunado”, probablemente según ámbitos de regulación, es decir, de acuerdo a las expectativas institucionalizadas normativamente.

Puede presentarse el caso, como se indicó anteriormente de aquel interviniente respecto del cual pueda considerarse que forma parte del conjunto, pero que sin embargo actuó conforme a su rol y su aporte fue utilizado dolosamente por otro. En este caso cabe analizar, desde la imputación objetiva, si rige siempre una prohibición de regreso. Como así también si el principio de confianza sirve en todos los casos como criterio para aislar conductas realizadas en el marco de una división de trabajo, o si en su caso, existen criterios que establecen límites a tal principio.

Como se señaló anteriormente, Roxin sistematizó la teoría de la imputación objetiva, así dentro de la creación del riesgo jurídicamente desaprobado se ocupó como criterios excluyentes de la imputación, la disminución del riesgo y del empleo de cursos causales hipotéticos, y dentro de la realización de ese riesgo en el resultado, se ocupó del fin de protección de la norma, la conducta alternativa conforme a derecho y el incremento del riesgo. Por su parte Jakobs agregó como supuestos que excluyen la imputación objetiva la prohibición de regreso y el principio de confianza.

Estos dos últimos criterios son los que serán abordados en el presente trabajo, aplicados al ámbito de la participación criminal. Fundamentalmente los supuestos en los que la división de trabajo resulta vinculante y entonces hay intervención delictiva, y los criterios que permiten aislar a los sujetos, es decir los supuestos de división restringida del trabajo, en los que se analizará la prohibición de regreso y el principio de confianza.

Al momento de la determinación de la pena con el fin de distinguir el peso de los aportes, Reyes Alvarado (s.f.) expresa que “la teoría del dominio del hecho, podría seguir siendo de utilidad, pero no para distinguir entre autores y partícipes desde un plano cualitativo, sino como un mecanismo que permita graduar la importancia de los aportes de quienes intervienen en la ejecución del delito, con el propósito de resolver un asunto de naturaleza estrictamente cuantitativo, cual es la magnitud de la sanción a imponer” (p. 68).

Pues puede darse la posibilidad de que los sujetos que actúan en los actos preparatorios o de forma posterior en la ejecución del delito, o no ejecuten de propia mano los delitos, sean responsables del hecho en la modalidad de autor, siempre y cuando el peso de su aporte sea vital en el delito. Realmente, el comportamiento ejecutivo constituye el injusto de todos los intervinientes, a pesar de que alguno de ellos no lo ejecute por sí mismo.

División de trabajo vinculante y aislante.

El principio de división de trabajo, relacionado con el principio de confianza, permite deslindar las eventuales responsabilidades que se deriven de toda actuación colectiva. Habilita para adjudicar el hecho a quien ha violado (con una actuación propia, no asperjada por la conducta de otros) el deber de comportarse conforme a las exigencias de la norma y ha provocado el efecto al que refiere el tipo penal. “Los aportes de los demás pueden ser, según el caso, de autoría conjunta o de simple intervención, no punible, en el hecho del autor o autores” (Terragni, Marco A., 2008, p. 160).

La intervención delictiva es una de los modos de división del trabajo (Jakobs, 2000). Esta división de trabajo puede darse de modo vinculante o aislante (Jakobs, 2000). A su vez, una prestación común se puede producir en forma de división de trabajo paralela y en forma de división de trabajo sucesiva.

Según Jakobs (2000) la primera modalidad es la división restringida o separadora del trabajo; que se presenta “cuando una persona cumple su trabajo, produce algo o lleva a cabo una prestación de servicio y una segunda persona se vincula con el resultado, pero — es la variante distintiva de la modalidad separadora o restringida— cómo prosigue esa segunda persona no le concierne” (p. 161), se puede vincular y luego alejarse.

Al respecto proporciona como ejemplo “si el comprador con el cuchillo de cocina que adquiere quiere cortar sanas hortalizas o amenazar a la víctima de un robo resultará indiferente para el vendedor; éste participa en el robo de tan escasa manera como, dado el caso, participa en la sana alimentación del comprador” (Jakobs, 2000, p. 161), y agrega así que lo que es considerado justo para el vendedor no lo es para el traficante de armas y que éstos, después de proporcionar su correspondiente aporte, continúan vinculados, es decir, en una división vinculante del trabajo.

Este grupo de casos en los que se presenta una división restringida o separadora del trabajo se rige en función de la prohibición de regreso y el principio de confianza, que

funcionan, en principio, como criterios normativos limitadores de la intervención delictiva, y los grupos de casos de la división del trabajo vinculante son los supuestos de riesgo prohibido o incremento del riesgo en los que si existirá intervención en el hecho conjunto.

En estos casos “el interviniente no solo debe responder por sus prestaciones sino también del ulterior desarrollo de los acontecimientos, por ejemplo, de haberle hecho posible al receptor de la prestación la realización de una determinada conducta” (Jakobs, 2000, p. 173).

Ahora bien, señala Falcone (2020) que,

Si el principio de confianza y la prohibición de regreso determinan la división de trabajo aislante, en la división del trabajo vinculante, será integrante de la comunidad delictiva quien, infringiendo su deber de respeto a los derechos fundamentales de las demás personas en derecho efectúe una prestación material o espiritual y la encuadre, simultáneamente, en el contexto delictivo. Y aporta el siguiente ejemplo: estará amparada por el principio de confianza la conducta de quien otorgue a A y a B un plano de la ciudad, pero no lo estará la de aquel que, luego de anoticiarse de que estos planean asaltar el quiosco vecino, les aconseje tener un cabal conocimiento de la zona y, en el marco de este intercambio comunicacional, les entregue un mapa. La misma diferenciación se impondría si, por un lado, alguien les dice a A y a B que el quiosco está momentáneamente cerrado, ya que el comerciante se encuentra vacacionando fuera de la ciudad y, por el otro, si, al preguntar A y B por un comercio para robar con facilidad, alguien respondiera que el ideal sería el mencionado quiosco, ya que momentáneamente este no posee custodia” (p. 242-243).

De esta manera en el marco de la teoría de la imputación objetiva, “no puede alegar una desvinculación con el hecho típico – por desconocer la intención delictiva del comprador

– quien, vende o traspasa un arma de fuego con la numeración alterada o suprimida. Lo mismo ocurre con la conducta de aquel que construye una camioneta a partir de autopartes de un vehículo robado y la integrara a la documentación de otro siniestrado – proceso de “doblaje”-” (Falcone, 2020, p. 244).

La prohibición de regreso y el principio de confianza no siempre y en todos los casos aíslan al sujeto de la división de trabajo y lo exoneran de responsabilidad, puesto que existen supuestos en los que, el sujeto no puede ampararse en tales premisas y se puede encuadrar la conducta en el contexto delictivo.

Tabla 1

División de trabajo: aislante y vinculante.

DIVISION DE TRABAJO			
AISLANTE		VINCULANTE	
Prohibición de regreso	Principio de confianza	Riesgo prohibido	Incremento del riesgo

Por lo tanto, es preciso diferenciar entre supuestos en los que alguien realiza un tipo de participación y los supuestos en los que se crea una situación en la que otros realizan un delito.

Un aporte crea un presupuesto para la organización ulterior, el aporte subsiguiente se produce bajo el aprovechamiento de ese aporte. En caso de que al primer aporte le falte una relación objetiva respecto del segundo, puede también tener lugar -desde el punto de vista organizativo- una simple

coordinación unilateral y una vinculación de los aportes por parte del segundo actuante. En cuanto la comunidad no es establecida a través de una adaptación de los aportes bilateral sino unilateral, la asociación de los aportes se extiende precisamente más, que el círculo de los que son responsables (Lesch, 1995, p. 963).

La responsabilidad jurídico penal, como consecuencia de una comunidad normativa y organizada, comienza allí donde un comportamiento no permite otra explicación social razonable, a aquella consistente en que se quiere una asociación solidaria con los actos de organización de los otros para la desautorización de una norma totalmente determinada. Por el contrario, mientras que un comportamiento pueda ser interpretado todavía razonablemente como ubicuo o bien como socialmente adecuado, y esto según su apariencia objetiva en atención al contexto social y a los roles de los actuantes, la externalización delictiva no concierne al que actúa, no necesita dejarse importunar por el sentido lesivo a la norma del comportamiento de otro (Lesch, 1997).

En el campo de la división de trabajo, el sujeto que se confronta con la descripción del delito recogida en la parte especial es la unidad colectiva de los intervinientes, y no cada unidad organizativa por separado.

El hecho, en tanto unidad desestabilizadora de la norma, les pertenece a todos los que resulten competentes, por haber brindado una razón para ello, un aporte que los vincula normativamente.

Así, Kindhäuser (2003) en relación a la coautoría que,

El comportamiento de todos y cada uno de los intervinientes debe ser interpretado conforme al mismo patrón en lo que se refiere a la creación y al incremento del riesgo, presentándose, así como reparto de tareas. Es necesario que el esquema de interpretación sea tenido recíprocamente como vinculante, ya que solo de este modo la aportación propia expresará para el agente mismo

y para el otro o a los otros intervinientes un sentido conjunto” (como se citó en Reategui Sánchez, 2014, p. 98).

En el caso de los coautores, al haber unido sus círculos de organización en función de un determinado esquema de interpretación, reconocido recíprocamente como vinculante y referido a un riesgo no permitido concreto, actúan simultáneamente por sí mismos y por el otro o los otros. En tanto se muevan dentro del esquema común de interpretación, cometen un hecho, que consiste en la creación del riesgo que se determina a partir de ese esquema común de interpretación. Puesto que, a todo coautor se le imputan acciones de los demás como propias, el riesgo no permitido en cuestión le incumbe directamente del mismo modo que al autor individual. Lo mismo sucede en el caso de cómplices e inductores, solo que para determinar la responsabilidad de unos y de otros se debe de realizar un análisis para establecer el peso de sus aportes.

A su vez, si el sujeto que interviene en la fase preparatoria del hecho responde penalmente por este, se debe a que la ejecución que le ha seguido, a cargo de otro, es fruto de una “división vinculante del trabajo”, por lo que ese hecho también le pertenecería. En contrapartida, quien pone manos en el hecho no realiza un injusto propio, sino uno que pertenece en igualdad de condiciones a quienes han intervenido antes de la ejecución llevada a efecto por él.³⁰

Así pues, el mismo injusto se imputaría tanto a quienes intervienen en una fase previa a la ejecución, como a los ejecutantes del hecho, siendo todos, en principio, igual de competentes. De esta forma, los requerimientos impuestos por el principio de autorresponsabilidad se verían satisfechos respecto de todos los intervinientes (Robles Planas, 2007; Vacchelli, 2018; Van Weezel, 2009).

³⁰ Jakobs, Teoría de la intervención, p. 19, 31 y ss., 39; precisando, respecto del interviniente en el estadio previo, que no se trataría de una responsabilidad por culpa ajena, sino de la “ejecución del hecho propio por medio de mano ajena”.

Prohibición de regreso. Límites normativos a la responsabilidad en la intervención delictiva.

Sostiene Sancinetti (1997) que es “una verdad recurrente, y especialmente en el sistema de Jakobs, que la "prohibición de regreso" (un principio *capital* de su formulación de la teoría de la imputación objetiva) es la contrapartida de la responsabilidad de un "partícipe accesorio"” (p. 88).

Lo cual quiere decir que “un aporte al hecho *no* constituye participación criminal— cualquiera que sea su modalidad— si la conducta realizada por el partícipe está amparada por la "prohibición de regreso", es decir, por el hecho de que él ha realizado un comportamiento que, según su rol, se mantiene dentro del riesgo permitido” (Sancinetti, 1997, p. 88).

En efecto, existe un límite a la responsabilidad penal que abarca a aquellas personas que se mantienen dentro del riesgo permitido al desarrollar su rol social dentro de los parámetros demandados por la norma, a pesar de que su aporte sea utilizado por otro sujeto para cometer el delito.

Ahora bien, la teoría clásica de la prohibición de regreso de Reinhard Frank aparece por primera vez en 1924 (Quiroz J., 2020) y fue esbozada inicialmente para imponerle un límite a la teoría causal de la acción, como un hecho precedente al delito -que es causa del resultado-, que podría no ser considerado como un acto de participación, siempre y cuando - para esta teoría- la intervención del tercero no sea intencional, no responderá por el delito (Bacigalupo, 1996).

Frank (1925) en síntesis afirmó que “no son causa aquellas condiciones anteriores a la que libre y conscientemente (con dolo y culpabilidad) condujo a la producción de un resultado” (como se citó en Hruschka, 2000, p. 190). Entonces, según esta posición todas aquellas condiciones concretadas con anterioridad al hecho doloso no deben ser consideradas como “causas” y le está prohibido al derecho penal retornar a ellas.

La propuesta de Frank fue condenada al olvido por cuanto no conducía a resultados dogmáticos satisfactorios. En tal sentido entiende Feijoo Sánchez (2001), que “la teoría de Frank no es aceptable, por lo que en aquellos casos en los que el hecho o el resultado típicos son responsabilidad de una cadena de sujetos, la imputación jurídico – penal debe retroceder hasta el último de los eslabones que se haya comportado de forma desaprobada por la norma” (p. 7).

Por ejemplo, A tiene la intención de matar a O, por lo que le pone una dosis de veneno en su taza de café. B, quien se ha percatado de que la dosis puesta por A no es letal, y que también quiere matar a O, le añade una dosis de veneno adicional. O muere al tomar el café envenenado. El planteamiento de Frank conduciría a dejar de lado el previo aporte causal de A y evaluar solamente la conducta de B. Pero es el caso que la conducta de B no resulta ser causal de la muerte de O, pues la dosis que le agregó no era suficiente para provocar su muerte (Kindhäuser, 2011, como se citó en Balcázar Quiroz, J. 2020).

“Las consecuencias a la que llega esta teoría son inadmisibles, por ejemplo, para aquellos autores que consideran que todo supuesto de participación imprudente es impune con independencia de que el hecho principal sea doloso o imprudente” (Feijoo Sánchez, 2001, p. 7).

Afirma Feijoo Sánchez (2001) que en Alemania se ha manifestado en el sentido expuesto un sector de la doctrina y menciona: Lampe, Mayer, Naucke, Otto, Stratenwert. Y que no todos los autores mencionados defienden la prohibición de regreso, pero llegan a las mismas conclusiones en función de la falta de punición de la participación en el Código Penal de dicho país.

En tal sentido, si la doctrina de aquel país, se mantuviera en una posición estrechamente vinculada a la interpretación del derecho positivo no existe un criterio general de prohibición de regreso, pues el problema se reduce a analizar si la participación imprudente se encuentra o no contemplada (Feijoo Sánchez, 2001).

En el ámbito nacional, no podemos adherirnos a tal posición, toda vez que, nuestra legislación es distinta a la del país germano, pues el Código Penal Alemán castiga expresamente *la participación dolosa en hecho principal doloso*³¹. A diferencia de nuestro Código cuyo texto no contiene tal previsión expresa, es decir, no se encuentra contemplada normativamente la imposibilidad de responsabilizar al interviniente que actúa culposamente, conjuntamente con otros que actúan del mismo modo o dolosamente. Por lo que, admitiéndose tal posibilidad ante la ausencia de motivos para negarla, se deben buscar otros criterios para limitar la responsabilidad penal de dicho interviniente, que podría ser precisamente el principio bajo análisis.

Dado que, lo que propone la teoría de la prohibición de regreso, en su vertiente más radical, es liberar siempre y en todos los casos al primer actuante por los resultados causales de su conducta, en el entendido de que los sucesos posteriores deben recaer solamente en el ámbito de responsabilidad del segundo actuante. Frente a ello, las modernas teorías de la imputación objetiva pretenden poner límites a esta “prohibición absoluta de regreso”.

Estos límites provienen de criterios normativos, por ejemplo, la “previsibilidad del resultado”, la “intervención dolosa de un tercero”, el “principio de confianza” (Roxin), el “rol estereotipado” (Jakobs).

Así, junto a la estructura “típica” de la prohibición de regreso existen variantes tanto del lado del primer actuante como del lado del segundo actuante, que se muestran en el siguiente gráfico:

Tabla 2

Prohibición de regreso: Estructura típica y su variación.

³¹ § 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.(2) La pena para el cómplice se sujeta a la sanción penal para el autor. La pena debe reducirse conforme al § 49, inciso 1

PROHIBICION DE REGRESO			
ESTRUCTURA TÍPICA		VARIACION DE LA ESTRUCTURA TÍPICA	
Primer sujeto actúa con culpa	Segundo sujeto actúa con dolo	Primer sujeto actúa con culpa	Segundo sujeto actúa con culpa ³²

Jakobs (1997a) afirma, que el alcance de la responsabilidad rige, frente a la versión antigua de la teoría de la prohibición de regreso, tanto para el dolo como para la imprudencia, siempre que esta sea punible, aun cuando el ejecutor actúe sin dolo.

Surge así la necesidad de definir los contornos del principio de prohibición de regreso. Partiendo de la consideración que ella es la regla y la imputación la excepción.

Para Caro Jhon (2014), el principio de prohibición de regreso representa la “aplicación concreta del riesgo permitido al ámbito de una intervención plural de personas en un hecho con el efecto de excluir la participación delictiva de quien obra conforme a su rol” (p. 50).

Conforme a ello, si un aporte que ha sido brindado por una persona a un tercero es utilizado por éste de modo delictivo, tal aporte “no alcanzará el sentido de una participación (ni a título de complicidad ni de instigación) cuando sea practicada como parte del ejercicio de un rol. Por ejemplo, rige la prohibición de regreso a favor del chofer de un autobús (se excluye su complicidad) por haberse limitado únicamente a conducir el vehículo, no obstante que en la maletera se halló droga camuflada” (Caro Jhon, 2014, p. 50).

³² Caso del visitante del teatro que imprudentemente deja un arma en el bolsillo de su abrigo y lo entrega al encargado del guardarropa, y luego este último, negligentemente, ocasiona la muerte de su compañero de trabajo (Balcázar Quiróz, 2020).

Según esta postura la prohibición de regreso excluye de la intervención delictiva a quien obra conforme a un rol estereotipado dentro de un contexto de intervención plural de personas (Caro Jhon, 2014).

Conforme se sostuvo en capítulos anteriores, en los casos de pluralidad de intervinientes, si uno (o más de ellos) cruza la frontera de la tipicidad, se crea una comunidad delictiva que solo vincula a quien la integre, y no así a quien (o a quienes) haya obrado sin exceder los límites de su propio rol.

A su vez, “la fórmula de la prohibición de regreso es al mismo tiempo y ante todo una consecuencia necesaria de la función del Derecho penal de garantizar la orientación de contactos sociales. Puesto que, si quien realiza una acción debiera tomar en consideración todas las consecuencias posibles, las que conoce y las que no, no podría actuar en absoluto” (Lesch, 2014, Pp. 323).

Como se viene sosteniendo “el propio ámbito de responsabilidad de cada uno se circunscribe a su propio comportamiento, de modo que, mediante este, él mismo no debe afectar (objetos de) bienes jurídicos protegidos. En consecuencia, una acción no resulta imputable porque sea previsible o porque el actuante haya previsto que ella contribuirá a la acción de otro, que producirá su propio daño o el de un tercero. El colaborador puede pensar que «no todo es cosa de todos» y que sería solo una cosa del otro evitar el resultado” (Lesch, 2014, p. 323).

Este principio, al igual que el principio de confianza, se encuentra íntimamente ligado al principio de autorresponsabilidad, según el cual cada ciudadano es autorresponsable y no un guardián de su prójimo y que nadie puede ser responsabilizado por el hecho de otro. 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 solo por exclusiva decisión del autor.

“No se le puede hacer parte a quien interviene solo *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—” (Jakobs, 1997a, pp. 257; 1997b, pp. 71).

Las modernas teorías de la imputación objetiva y, por consiguiente, de la prohibición de regreso siguen basándose en la teoría de la equivalencia de las condiciones (*conditio sine qua non*). Sin embargo, “lo novedoso en el planteamiento y análisis metodológico es que, hoy en día, el estudio de la relación causal configura solo el primer paso del examen de tipicidad. El segundo nivel tiene que ver con el análisis de los diferentes criterios aportados por las teorías de la imputación objetiva” (Balcázar Quiroz, 2020, p. 66).

Para Jakobs (1996) “una conducta *per se* inofensiva no adquiere el significado de ser una parte de la organización del hecho, por la circunstancia de que otro la incluya en un contexto delictivo” (p. 258).

A través de la prohibición de regreso se trata de “la prohibición de recurrir al comportamiento de una persona que si bien habría podido evitar la ejecución del hecho muy fácilmente – la voluntad de hacerlo le habría bastado –, carece, a pesar de la no – evitación, de comunidad con el ejecutor” (Jakobs, 1996, p. 258).

“La evitabilidad es un elemento necesario, pero por sí sola carece de sentido social. Por lo tanto, *¿cuándo se debe evitar?*, existe la obligación de evitar cuando forma parte del rol de quien actúa en primer lugar velar por el comportamiento de quien actúa a continuación” (Jakobs, 1997b, p. 81).

Ante este interrogante, nace una segunda cuestión: *¿cuándo forma parte del rol velar por el comportamiento de quien actúa a continuación?* Precisamente, esta disyuntiva es la que ha de ser respondida por la teoría de la prohibición de regreso.

Para responder a esta cuestión, Jakobs (1997a) forma cuatro tipos de casos; los dos primeros en los que queda excluida la responsabilidad, y otros dos los que sí se configura responsabilidad.

Primer caso: Cuando “un ‘interviniente’ no obra conjuntamente con el autor, no responde por las consecuencias que el autor vincula voluntariamente al actuar”. En este supuesto no hay nada en común entre ambos; “por el contrario, un autor anuda su actuar a cualquier comportamiento cotidiano de otra persona y desvía dicho comportamiento hacia lo delictivo; en este caso, opera la prohibición de regreso y solo él responde. El ejemplo es el de una mujer que le dice a su amante que si la abandona destruirá una cosa ajena de gran valor. El hombre rompe relaciones con ella, y la amante destruye la cosa.

Segundo caso: Si el “interviniente” actúa conjuntamente con el autor, a pesar de ello decae la responsabilidad en los casos en que el contacto social se agota en la (contra) prestación de un objeto o de una información, y la realización del objetivo perseguido subjetivamente no pasa de ser asunto propio de cada uno. Aquí no existe un *sentido delictivo en común*, pues se trata de negocios comunes de intercambio de la vida cotidiana. Por ejemplo, el panadero no responde por participación en el homicidio si al momento de vender los panes supiese que el comprador va a envenenarlos y servirlos a sus invitados (pero si esto efectivamente ocurre, deberá prestar auxilio de acuerdo). Así tampoco, el taxista responde por el hecho delictuoso del pasajero en el lugar de destino. No existe posición de garante del taxista con respecto a la evitación de atracos mientras conduce.

El tercer grupo, está constituido por aquellos supuestos habituales de inducción y complicidad, en los cuales el partícipe no realiza una prestación con carácter neutral, sino que específicamente la configura de modo tal que encaje dentro de un accionar delictivo. En estos casos puede suceder que un papel estereotipado, conforme a los usos sociales, ceda el paso, como elemento de la definición, al ajustarse a unos planes delictivos. Entonces el interviniente responde por el aporte realizado.

Por último, también responde el interviniente cuando, según las reglas de la omisión impropia, *es garante de la evitación del proceso causal dañoso*. Quien es garante de la prevención de lesiones a un bien jurídico está especialmente obligado a no crear ninguna condición previa que permita o favorezca el daño. Si, violando el requerido deber de cuidado, crea esta condición previa, será penalmente responsable.

Conforme a este último grupo de casos entonces, solo puede responder por el actuar ajeno aquel que tiene el deber de vigilar dicha conducta, en función de la *posición de garante*, por lo tanto, ésta elimina la prohibición de regreso y se mantiene la responsabilidad penal.

En este último grupo de casos, para Jakobs (2016) habrá intervención penalmente relevante, más allá de los mencionados casos poco frecuentes de posiciones de garantía especiales, allí donde se supere el amplio riesgo básico del que todos partimos en el interactuar social. Y ello no sucede a partir de causaciones, conocimientos o intenciones, sino a partir del significado objetivo de la conducta: si esta puede interpretarse objetivamente como parte del delito o como algo aún distanciado (como se citó en Robles Planas, 2020, p. 148).

Entonces una conducta forma parte de un delito cuando una quien la lleva a cabo le ha dado la forma específica para que encaje en él, a este criterio de imputación Robles Planas (2020) denomina “conducta de adaptación” (p. 149).

Los ejemplos dados, tales del caso del taxista que supone (o sabe) que un delincuente lo lleva al lugar del hecho donde va a cometer un ilícito, el del vendedor de cuchillos que parte de la posibilidad o presupone que el comprador va a cometer un homicidio, etc., se valoran como creación desaprobada del riesgo solo cuando existen mayores fundamentos o principios para desaprobare estos comportamientos que favorecen hechos principales preexistentes.

Según esto, si por la realización de una actividad profesional cotidiana se favorece la comisión de un delito por otro, sería penalmente atípica como cooperación imprudente en un

delito (doloso o imprudente) ajeno. Ahora bien, podría surgir algún tipo de responsabilidad penal si el sujeto se encontrase en posición de garante. En esta situación se le castigaría no por lo que su actividad hubiese provocado (el favorecimiento de la comisión por otro de un delito), sino por lo que ha dejado de hacer (no impedir el delito ajeno).

En efecto, lo relevante para admitir la participación en el delito es la propia configuración objetiva de la conducta en el contexto en el que se verifica.

Contexto en el cual entra en escena la teoría de la imputación objetiva con el fin de deslindar aquellas conductas que crean un riesgo desaprobado de intervención en el delito de aquellas otras que se mueven en el ámbito del riesgo permitido (neutralidad).

Así, puede concluirse que deberá negarse la participación en el delito, siempre que no existiendo posiciones jurídicas específicas (posiciones de garantía) para evitar que determinados bienes o determinadas actividades pasen a formar parte de proyectos delictivos ajenos, no se realice una conducta inequívoca de adaptación o acoplamiento al hecho que va a ser cometido. En especial habrá que atender a datos objetivos como puntos de apoyo para interpretar el sentido de la acción en cada contexto.

Así, en relación a las acciones neutrales,

La intervención punible en el delito comienza allí donde es posible fundamentar en el interviniente un deber de evitar que su prestación pase a formar parte de un proyecto delictivo ajeno. Tal deber no surge de los conocimientos que pueda tener el agente, sino que es previo, pues del mero conocer no surgen deberes, sino que éstos deben existir con anterioridad y tener como contenido, precisamente, el abstenerse de realizar aportaciones cuando se conoce o se debe prever que facilitarán un delito. Tales deberes se suelen estandarizar en forma de posiciones de garantía que ciertos agentes asumen en las relaciones sociales. El contenido de esas posiciones de garantía

es el de evitar que un tercero utilice o derive la prestación hacia lo delictivo (Robles planas, 2015, párr. 11).

Agrega Robles Planas (2015), que los contornos del estándar se pierden inmediatamente el sujeto realice un aporte específico al hecho, adaptando su conducta a las necesidades del autor, cuando ello no es lo propio del rol o estándar desde el que se lleva a cabo la prestación.

Principio De Confianza

El principio de confianza, junto con la prohibición de regreso constituyen criterios que aíslan el comportamiento del resto de los intervinientes en la división de trabajo. Se lo considera como un criterio general delimitador de la responsabilidad penal. Nació fruto de la jurisprudencia alemana para casos del tráfico rodado: quien se comporta debidamente en la circulación puede confiar en que otros también lo hagan, siempre y cuando no existan indicios concretos para suponer lo contrario. Con el tiempo la aplicabilidad de este principio se ha extendido a otros ámbitos de la vida como el trabajo en equipo.

“El principio de confianza, indispensable para que pueda darse una división del trabajo y que le permite al sujeto delegar ciertas tareas sobre la base de que los demás son personas autorresponsables que cumplirán con la expectativa que surgen de una determinada función” (Montealegre Lynett, E., 2003, p. 31).

Se enuncia diciendo que dentro de la sociedad cada persona debe realizar correctamente los comportamientos que le corresponden y que los demás esperan que así sea, es decir, que actúe acorde con aquello que le compete. Dicho de otra manera, el hombre debe desplegar su conducta dentro de los cánones establecidos y los otros aguardan a que así lo haga. Simultáneamente, ese hombre espera que los otros realicen acciones y omisiones según les corresponda. Es una concreción de la relación expectativas- no defraudaciones. En

síntesis, la persona se conduce sobre la base de la fe, o sea, confiando en que las demás obran dentro de las reglamentaciones establecidas (Pérez Pinzón, s.f., p. 128).

“Este principio contribuye con la demarcación de los límites del riesgo prohibido, de modo que quien actúe conforme a las obligaciones inherentes a su rol, comportándose como una persona en Derecho, puede contar razonablemente con que el resto de los intervinientes hará lo mismo” (Caro John, 2014, p. 65).

Huelgue decir que no se trata de una confianza psicológica en el esperar de la conducta de un tercero, sino en la «confianza en el sistema», o confianza normativa en el estándar de comportamiento de una persona en Derecho.

Solo así es válido confiar de modo incontrovertible en una expectativa de conducta reconocida por el Derecho, ante cuyo incumplimiento solo responderá el destinatario que quebrante dicha expectativa normativa. Por ejemplo: no sería posible el tráfico automotor si en cada esquina, no obstante, el semáforo autoriza el paso a un conductor, debería éste detenerse a pensar en la posibilidad de que los demás conductores no respetarán la luz roja del semáforo. Sencillamente, el tener el semáforo en luz verde autoriza a confiar en cruzar la avenida sin temor alguno. Pero si el conductor de al lado -a quien la luz en rojo no lo detuvo- es quien ocasiona el accidente, solo él responderá por su propio hecho (Caro Jhon, 2014, p. 66-67).

Este principio toma aún mayor relevancia en actividades de alto riesgo, ya que allí la interacción social se torna más compleja, determinando una división de trabajo aún más marcada: si en la cima de una alta montaña un alpinista asegura a su compañero con la estaca que el guía experto le acaba de proporcionar a tal efecto, aquél no forma parte del acontecer delictivo aunque *ex post* el instrumento no resista el peso del acompañante y éste caiga. Igualmente, tampoco sería imputable al médico cirujano el homicidio (culposo) de su

paciente, quien fallece a causa de una infección producida por un bisturí deficientemente esterilizado a instancias de su asistente (Cancio Meliá, 2004; Caro John, 2014).

Sin embargo, como el principio de confianza se constituye sobre la base de expectativas estereotipadas de comportamiento, no puede ampararse en éste quien obre en el marco de un contexto de inminente afectación de un derecho fundamental de un tercero, apartándose de la neutralidad valorativa derivada de su rol —el así llamado “entorno o contexto caótico” (Jakobs, 2000, p. 176).

Por tanto, solo operará cuando la conducta del sujeto se amolde al deber objetivo de cuidado, sea diligente en su actuar, no si su comportamiento resulta antijurídico; si existen inequívocos elementos de juicio (indicios claros y concretos) que permitan inferir una conducta no reglamentaria por parte de un tercero, por ello si «ex ante» es previsible el fallo del tercero o de la víctima, el sujeto no podrá ampararse en el principio de confianza (Reyes Alvarado, p. 138).

A estos límites señalados por la doctrina, se añaden los casos en que los participantes en la acción tienen la función de compensar el comportamiento defectuoso de otros. En este contexto, la garantía de que no se produzca un resultado dañoso es sostenida de modo plural, con la imposición de deberes a diversas personas.

La organización de la sociedad actual se basa en el reparto de roles, cada individuo tiene asignado uno, y conforme a él se espera que se comporte de una determinada manera en cada concreta situación. Si cada sujeto espera que el otro actúe satisfaciendo la expectativa que de él se deriva, su actuación será una y no otra; es decir, no se puede esperar el actuar imprudente de los demás ya que esto llevaría a una situación caótica en la que el exceso de celo provocaría una paralización de cualquier actividad que entrañara riesgo, y no son pocas.

En conclusión, si en una concreta situación se entiende que existe el principio de confianza, será lícito obrar como si los otros participantes (intervenientes) también obraran de modo correcto, aunque no lo hagan. Existe una expectativa, una esperanza de conducta del otro.

Aplicación del principio de confianza al ámbito de la participación criminal.

El principio de confianza se presenta en todos los ámbitos de la sociedad, en todas las organizaciones que se desarrollan dentro del sistema donde existe la división de trabajo entre personas. Hay grupos de trabajo más complejos que otros, como el trabajo de los miembros de la tripulación de un avión, o los cirujanos que practican una delicada operación; pero hay otros más laxos como lo es el caso del peatón que espera que el conductor respete la senda peatonal (Welzel, 1956).

En relación con el principio de confianza afirma Yesid Reyes (2005),

Esas diversas exigencias de comportamiento son las que permiten sostener que no todo nos incumbe a todos, de manera que como regla general y salvo las obligaciones derivadas de las normas que regulan la solidaridad social, solo se tiene obligación de actuar conforme a lo que cada uno en sus respectivos roles se espera. Pero para que funcione una vida de relación social en la cual cada persona se limite a satisfacer las expectativas de comportamiento que de él se tienen, es indispensable que cada uno pueda organizar sus actuaciones sobre el presupuesto de que los demás se conducirán, a su vez, de acuerdo con la forma como cada uno de ellos se espera, lo cual no es nada diverso del expreso reconocimiento de la autoresponsabilidad, una de cuyas manifestaciones es precisamente el principio de confianza (p. 151).

Por su parte Feijjo Sánchez (2007) plantea que el principio de confianza es un criterio normativo, que sirve para establecer los deberes en relación con las conductas defectuosas de

terceros, por ende, este principio se convierte en un criterio indispensable en las actuaciones donde existe división de trabajo. Afirma que el principio de confianza en la empresa depende del plano en que se desenvuelve la persona y la posición que ocupe dentro de la organización, por cuanto el principio depende de este.

Pues bien, la limitación proveniente de este principio a una posible imputación por imprudencia no se configura si se presenta alguna de las llamadas *excepciones a la posibilidad de confiar* (mejor: a la protección de la expectativa) de que otro u otros se comportarán conforme a cuidado. Como son los casos en que, por circunstancias que afectan personalmente a quien está a cargo de una determinada tarea —por ejemplo, no estar en condiciones apropiadas para ejecutarla, o carecer de la información, preparación o medios necesarios para llevarla a cabo—, hacen previsible el incumplimiento de las medidas de cuidado que pesan sobre él. Como así también, aquellos casos en que los sujetos a cuyo comportamiento se encuentra dirigida dicha expectativa ya han infringido antes la medida de cuidado que se esperaría que apliquen, o si incluso actualmente se encuentran infringiéndola.

El principio de confianza delimita el cuidado exigible y su falta de aplicación no conlleva necesariamente a una responsabilidad compartida. Por el contrario, esta se configurará si, en adición a la comprobación del carácter descuidado de las contribuciones de cada uno de los sujetos, la reunión de las infracciones de cuidado admita interpretarse como una infracción de deber unitaria, para lo cual habrá de tratarse de medidas de cuidado funcionalmente vinculadas entre sí.

Recurriendo nuevamente a un ámbito paradigmático, esto es lo que ocurriría si, en el contexto de una operación quirúrgica, la infección intestinal sufrida por el paciente se debiera tanto al hecho de que el cirujano ha dejado una pinza al interior de su organismo, como también a que el enfermero ayudante no ha cumplido con su deber de contar el instrumental utilizado al acabar la operación. Ambos sujetos podían confiar en que el otro actuaría conforme a cuidado y, sin embargo, no podrían pretender asilarse recíprocamente en dicha

circunstancia, dado que las respectivas bases (individuales) de imputación siguen siendo reconocibles en sus respectivos comportamientos contrarios a cuidado, en los que se sustentaría la atribución de ese comportamiento conjunto deficitario, que para ellos podría representar un objeto (común) de imputación.

Conclusión.

Conforme se sostuvo en capítulos anteriores, en los casos de pluralidad de intervinientes, si uno (o más de ellos) cruza la frontera de la tipicidad, se crea una comunidad delictiva que solo vincula a quien la integre, y no así a quien (o a quienes) haya obrado sin exceder los límites de su propio rol.

Como continuación de tal postura, en este capítulo se expusieron los principales argumentos que sostienen una teoría de intervención delictiva con base funcionalista. A su vez, también se desarrollaron los criterios provenientes de la teoría de la imputación objetiva y su aplicación en el ámbito de la intervención delictiva.

Tales el principio de división de trabajo que relacionado con el principio de confianza, permite deslindar las eventuales responsabilidades que se deriven de toda actuación colectiva.

A su vez, la fórmula de la prohibición de regreso al igual que el principio de confianza, se encuentran íntimamente ligados al principio de autorresponsabilidad, según el cual cada ciudadano es autorresponsable y no un guardián de su prójimo y que nadie puede ser responsabilizado por el hecho de otro.

CAPITULO VI

SUPUESTOS DE INTERVENCIÓN EN PARTICULAR.

Introducción.

En este acápite, se realizará en primer término un breve recorrido y recapitulación de los fundamentos, críticas y principales exponentes de las principales teorías que elaboraron criterios para distinguir la autoría de la participación.

Seguidamente se expondrán los supuestos de intervención en particular, tales la instigación y la complicidad y sus implicancias.

En síntesis, aquí se presentarán los fundamentos principales que definen ambas formas de intervención, sus diferencias con otras formas de intervención como la autoría mediata y la coautoría. Se retoman aspectos relacionados con el aspecto subjetivo, y la posibilidad de participación culposa y de participación dolosa en delito culposo, sus principales defensores y sus detractores.

Recapitulación de las teorías que abordaron el estudio y delimitación de la autoría y la participación.

En la teoría de la equivalencia de las condiciones, no se establecía ninguna distinción entre los diferentes aportes realizados por varias personas durante la comisión de un injusto penal. Cualquier causa que de alguna manera haya influido en la producción del resultado típico se estimaba como fundamento para considerar al agente como autor de su realización, sin importar cuál fue en concreto su respectiva contribución.

Entonces, cualquier aporte influía por igual en la producción del resultado típico, por lo que la pena era la misma en todos los casos, pudiendo los jueces graduar la sanción dentro del respectivo ámbito punitivo dependiendo de las contribuciones en particular. De ello se sigue con meridiana claridad que se trató de una teoría obviamente unificadora que en este

sentido no diferenció entre autores y simples partícipes en sentido estricto. Todos eran considerados autores del delito. En palabras de Roxin (2000) “para la primera concepción, que sostiene la equivalencia de todas las condiciones, es obvio negar la diferencia entre autores, cómplices e inductores y partir de un concepto unitario de autor” (p. 24).

Con el paso del tiempo se comenzaron a ensayar distintos criterios para establecer la diferencia entre autor y partícipes, teorías que han sido desarrolladas al comienzo de la presente investigación y que, a modo de síntesis, se retoman en el presente capítulo.

En ese andar, se impusieron primero las llamadas teorías restrictivas en materia de participación, las cuales sobrevinieron en el tiempo a las teorías extensivas que consideraron que todos los aportes a una empresa criminal debían ser considerados como autoría salvo en caso de existir algún tipo de precepto que les diera otro título distinto de imputación, v.gr., instigación o complicidad.

Por su parte, según las tesis restrictivas, las figuras delictivas de la parte especial solo comprenden al sujeto que realiza por sí mismo o de manera inmediata la conducta descrita en la respectiva figura delictiva, por este camino, se hace necesario acudir a otras cláusulas de la parte general de los códigos penales para comprender y sancionar aquellas otras contribuciones que, no quedan abarcadas dentro del alcance y el ámbito del respectivo tipo penal.

En principio, para establecer la diferencia entre autores y partícipes se recurrió a criterios puramente subjetivos, lo que dio lugar a las llamadas teorías subjetivas. Así las cosas, la diferencia entre autor y partícipe fue ensayada a partir de determinar si el sujeto que intervino en la realización del delito quiso el hecho para sí mismo o para un tercero (teoría del interés). En el primer caso, el sujeto que había querido el hecho para él mismo desplegaba la conducta con ánimo de autor (*animus auctoris*). Por tanto, quien de esta manera había actuado era considerado sin más como autor. Y, cuando el sujeto había realizado su contribución queriendo el hecho para otro, se afirmaba la configuración de un ánimo ajeno

(*animus soccii*), siendo rotulado como partícipe (instigador o cómplice). Esta postura dio lugar a la llamada teoría del interés que perfeccionó a la teoría del dolo que le precedió, en la que autor era quien no reconocía otro querer por encima del suyo, y fue superada en razón de las inconsistencias en que se incurrió al aplicar dicho criterio subjetivo.

Por las objeciones formuladas a las posturas subjetivas, se elaboraron posteriormente otros criterios, ya de talante objetivo. Uno de ellos de naturaleza formal, la teoría formal objetiva cuyo punto de partida lo constituyó el verbo rector como criterio nuclear para diferenciar entre el autor del hecho y los demás que intervienen en su realización. Para esta postura, los primeros, es decir los autores, son todos aquellos que realizan por sí mismos, total o parcialmente, el respectivo verbo rector, es decir, actos de ejecución de la respectiva conducta punible. Y los demás son considerados partícipes (determinador o cómplice).

A esta teoría se le ha objetado –entre otras críticas– que no está en condiciones de explicar la autoría mediata (por cuanto el autor no realiza la conducta por sí mismo sino a través de otra persona a la cual usa o utiliza como su instrumento) y la coautoría (donde los sujetos realizan actos durante la fase de ejecución que en sentido estricto están lejos de comulgar con el verbo que individualiza la conducta típica).

Los reparos a las posiciones anteriores provocaron el surgimiento de otras elaboraciones, de contenido material. Entre otras posturas, surgió la del dominio del hecho, según la cual autor del delito es quien tuvo el dominio – final del suceso, mientras los partícipes carecen de ese dominio del hecho-. Es el autor quien tiene el señorío del suceso en sus manos o las riendas del acontecimiento. Y así, en sentido opuesto, quien carece del dominio del hecho, deberá ser estimado como partícipe (determinador o cómplice). Fueron las posturas finalistas del delito, quienes, con Welzel a la cabeza, acuñaron y difundieron esta posición.

Roxin (2000) retomó esta postura y a su vez se encargó de imprimirle su propio sello: estableció que “la autoría es la figura central del acontecer en forma de acción” (p. 42).

Esta teoría es la que se ha impuesto actualmente para diferenciar a al autor de los partícipes. Por lo menos en los llamados por Roxin (2000, 2014) delitos de dominio en los que, quedan comprendidos los casos de dominio de la acción (autoría directa), dominio de la voluntad (autoría mediata por coacción, situaciones de error y aparatos organizados de poder) y funcional del hecho (coautoría). Además de otros criterios aplicables a la tesis de los por él denominados delitos de infracción de deber.

En nuestro país, la doctrina se muestra un tanto discrepante, pues Núñez (1987) se aferra a la postura formal objetiva y critica la teoría del dominio del hecho (p. 292.). Así también Soler, para quien autor es el sujeto que ejecuta la acción expresada por el verbo típico de la figura delictiva (el que se apodera, art. 162 C.P.; el que retiene, art. 173, 2º). Y agrega a esto que no otra cosa significa la ley cuando se refiere a los que tomasen parte en la ejecución del hecho art. 45 C.P. Por supuesto, aclara que aquí están comprendidos tanto el sujeto que solo y por sí mismo ejecuta la acción, como los que la ejecutan directa y conjuntamente con otros (1989, p. 286 o 244). Soler se acerca también a parámetros materiales cuando, por ejemplo, reconoce la coautoría en el homicidio (art. 79 del CP), de quien sujeta a la víctima mientras otro la acuchilla (1989, p. 272).

Al respecto observa Bacigalupo (1999) que la expresión "tomar parte en la ejecución" es totalmente inadecuada para sostener cualquier teoría sobre la distinción entre el autor y los demás partícipes, pues en verdad todos toman parte en la ejecución del hecho: los autores y los partícipes (como se citó en Donna, 2002). La teoría formal objetiva, en principio, parece ser aceptable, aunque resulta insuficiente frente a la complejidad de la conducta humana (Donna, 2000), por eso, Cerezo Mir plantea que solo forzando los conceptos se podría incluir a la autoría mediata y a algunos casos de coautoría (como se citó en Donna, 2000). En la doctrina argentina, Núñez (1972) ha intentado superar el problema elaborando la idea de que, la denominación autor mediato no es, en realidad, exacta, porque presupone un autor inmediato que no existe. Son casos de autoría única y no de coautoría (p. 285).

Para Donna (2000) de tal argumento se advierte la dificultad de poder superar la objeción antes enunciada. Y que “Se trata de un juego de palabras mas no de la solución del problema, que termina en una vuelta al concepto único de autor” (p. 28).

La teoría formal objetiva tampoco está en condiciones de resolver correctamente ciertas formas de coautoría. Es el caso del “jefe de la banda”, que no podría ser castigado como autor, sino solo como cómplice, que dirija el asalto ordenado y controlado, dado que éste, sin intervenir por propia mano, dejaba la parte menos importante del asalto a sus cómplices. Ello implicaría un absurdo premio al interviniente más peligroso (Donna, 2000).

Por último, tampoco puede ser resuelto correctamente el caso propuesto por Bacigalupo: A y B se ponen de acuerdo en envenenar a C poniendo veneno en la sopa. A asume la tarea de envenenar la sopa mientras B se ocupa de distraer a C para que no perciba el gusto del veneno. Según esta teoría solo A podría ser condenado como autor, pues es B quien realiza la acción típica. Lo mismo ocurre en el caso del que sostiene a la víctima para que otro le aplique la puñalada mortal: solo este último ha realizado propiamente la acción típica de matar en sentido formal (Bacigalupo, 1999, p. 182).

Zaffaroni (et. al., 2002), por su parte, se hace eco de la teoría material objetiva, sobre la base del dominio del hecho, y en este sentido se expresa:

La renuncia a la vieja dicotomía -que parecía dar en un callejón sin salida- fue promovida por el finalismo, quien ensayó su teoría final objetiva sobre la base del dominio del hecho, y que puede considerarse seguida por la doctrina mayoritaria, siendo hasta hoy la más fructífera en cuanto a soluciones razonables. Según ella, autor es quien domina el hecho, retiene en sus manos el curso causal, puede decidir sobre el sí y el cómo o -más brevemente dicho-, quien puede decidir la configuración central del acontecimiento. De varios concurrentes en un hecho, es autor quien actúa con una plenitud de poder tal que es comparable con la del autor individual. Sin dominio del hecho no hay

autoría dolosa, pero toda vez que sin la posibilidad objetiva de dominio del hecho es sobreabundante interrogarse acerca de la existencia real y efectiva de dominio, resulta que la dominabilidad es el presupuesto objetivo del dominio” (p. 773-774).

Mir Puig (2006) critica la teoría del dominio del hecho, señalando que “sigue anclada en una perspectiva ontológica que desconoce el sentido fundamentalmente social-normativo de imputación que caracteriza a la calificación de autor. El control material del hecho es solo uno de los criterios a tener en cuenta para la imputación del hecho a título de autor. Para esta imputación lo decisivo es que pueda afirmarse que el delito pertenece al sujeto como suyo” (p. 376).

Otra crítica dirigida a esta teoría, es que solo en los delitos dolosos puede hablarse de dominio final del hecho típico, mientras que los delitos imprudentes se caracterizan precisamente por la pérdida del control final del hecho. Al respecto, la doctrina dos conceptos distintos de autor: en los delitos dolosos, el concepto restrictivo de autor fundamentado en la teoría del dominio del hecho, y en los delitos imprudentes, un concepto unitario de autor que impide distinguir entre autoría y participación (Mir Puig, 2006).

Por último, Jakobs (2000) ha alarmado sobre “el ocaso del dominio del hecho” y ha abogado por una teoría funcionalista de la intervención delictiva. Según el autor, la teoría del dominio del hecho no permite con la suficiente claridad distinguir el peso de los aportes de cada uno de los intervinientes, de tal suerte que al final del día existe confusión sobre quién ostenta el dominio del hecho al momento de la comisión del delito, convirtiéndose el dominio del hecho al fin y al cabo en un criterio dogmático más perturbador que beneficioso que, por eso, debe rechazarse.

Por su parte, la teoría material objetiva, plantea un mayor injusto por parte del sujeto que actúa de modo temporalmente más próximo a la producción del resultado típico.

Las interpretaciones gramaticales de la primera parte texto del art. 45 del CP no resultan del todo satisfactorias. Como tampoco la teoría del dominio del hecho supuso un avance fundamental, como bien señala Jakobs (2000) en su obra “El ocaso del dominio del hecho”.

En efecto, una correcta interpretación de “la ejecución del hecho” obliga a apartarse de concepciones naturalísticas, tales de la realización de propia mano del verbo típico o de la intervención en el estadio de ejecución.

Asimismo, es de advertir que ha sido en los delitos culposos y en los delitos de omisión donde se han dejado de lado consideraciones fenomenológicas en la determinación de la autoría, asumiéndose una concepción de autor puramente normativa. En los delitos culposos, autor es quien crea un riesgo prohibido, y en los delitos omisivos se complementó con la exigencia de tutela de un determinado bien.

El criterio normativo que rige en la definición de autor en los delitos culposos constituyo el eje o pilar de la teoría de la imputación objetiva. Asimismo, en este tipo de delitos en caso de intervención delictiva plural se asumió un modelo de autorías paralelas y el rechazo a toda posibilidad de participación culposa, sea en hecho principal doloso o culposo, determinándose en consecuencia un concepto extensivo de autor.

Actualmente, el criterio central de la imputación es la creación de un riesgo prohibido que se realiza en el resultado. El autor ha dejado de ser el causante – ejecutor, para pasar a ser aquel que crea ese peligro que, luego, se realiza en el resultado. Concepción de autor que aplica ya se trate de delitos activos u omisivos, dolosos o culposos, consumados o tentados. Tal concepción se complementa con los componentes reductores de la imputación del riesgo permitido, la prohibición de regreso y el principio de confianza, explicados en el capítulo anterior.

Para superar el problema de la autorresponsabilidad, se entendió – conforme se expuso en capítulos anteriores – que los intervinientes a partir de su conducta superadora del

riesgo permitido pasan a integrar un colectivo criminal. Y a partir de esta idea se puede sostener que todos los intervinientes realizan el verbo típico, pues el que ejecuta, ejecuta la obra de todos.

El sujeto mediante su aporte se convierte o declara que es miembro de la mancomunidad, a la que se le imputa el hecho total, global o realizado en conjunto. Por tanto, la distinción entre autores y partícipes – en el marco del concepto restrictivo de autor – de ningún modo puede fundarse en la ejecución de propia mano del verbo típico ni en el principio de ejecución. Errores en los que cae la teoría formal objetiva, la teoría material objetiva y que se trasladan a la teoría del dominio del hecho.

En este sentido, no se puede sostener que el partícipe interviene en un hecho ajeno – el del autor – sino que siempre será responsable por un hecho propio. En la intervención delictiva la conducta sobre la que recae de manera inmediata el juicio de imputación objetiva es la acción colectiva y no los aportes individuales que la conforman. Lo que importa no es que cada uno de los intervinientes haya desarrollado integralmente la conducta típica, sino que los elementos que la configuran puedan ser predicados de la acción colectiva. Todas las contribuciones son tratadas, por tanto, de acuerdo con los avances cuantitativos del hecho global, del mismo modo que si se efectuase todo un único autor.

Obviamente, ello no supone, huir de la idea restrictiva de autoría sino, del concepto restrictivo de autor, pues el partícipe también realiza el tipo; a él también se le imputa objetivamente el hecho injusto de la parte especial.

“La responsabilidad de los intervinientes lo es por el hecho típico realizado en forma conjunta o mancomunada. Así, sería el hecho típico lo que se imputa a todos en conjunto, y, por lo tanto, lo más importante ya no sería determinar si alguien es autor o cómplice, sino establecer si los sujetos son competentes por la realización típica (de acuerdo a los criterios de la imputación objetiva de la conducta)” (Van Weezel, 2009, p. 441), y por ende y

fundamentalmente, establecer si son intervinientes (lo que supone adicionalmente la imputación subjetiva y de culpabilidad).

Entonces, la diferenciación que se vuelve medular es la de aquella conducta que se presenta como una infracción al deber general de aquella otra que reviste carácter neutral, de modo que debe indagarse qué división de trabajo vincula ámbitos de responsabilidad y cuál los aísla.

Para ello, resultan menester las consideraciones de los principios de confianza y de prohibición de regreso que fueron explicitados en el capítulo anterior, y que, en síntesis, determinan la división de trabajo aislante de la división de trabajo vinculante. Según ella, será integrante de la comunidad delictiva quien cree un riesgo prohibido y conforme al cual realice una prestación material o espiritual y la encuadre en el contexto delictivo, o al decir de Robles Planas (2007), la “adapte o acople al hecho que va a ser cometido” (p. 26).

En lo que respecta a la imputación subjetiva, como se ha dicho anteriormente, las formas de intervención delictiva no son dolosas ni imprudentes. Lo que es doloso o imprudente es la clase de imputación subjetiva que se predicará de cada interviniente respecto de ese hecho (Van Weezel, 2009).

Lo descrito implica entonces que “todos los intervinientes (autores y partícipes) resultarían accesoriamente vinculados en una misma expresión colectiva de sentido. La actuación de cada interviniente significaría una configuración parcial de la realización del tipo” (Van Weezel, s. f., p. 332-335), es decir, a partir del hecho que todos los intervinientes se encontrarían cualitativamente en el mismo plano, pues a todos ellos se imputa el único hecho como propio. Lo que resultaría posible distinguir serían los diversos grados de configuración (cuantitativamente) según las reglas de la graduación de la pena, establecidas en nuestro ámbito en los artículos 40 y 41 del CP.

Asimismo, para la determinación de las cantidades de configuración es irrelevante la proximidad temporal o espacial (inmediatez) con respecto a la ejecución de la acción típica:

“actos preparatorios o ejecutivos pueden fundamentar la pena de autor o cómplice en relación a su medida de configuración (para lo cual algunos criterios de dominio fáctico del hecho pueden resultar indiciarios) en la materialización de la acción típica, lo que apareja que, por regla general, bajo este modelo el vigilante sea considerado cómplice y el jefe de la banda, coautor” (Van Wezeel, s. f., p. 336-342)

De acuerdo a esta concepción, coautores serían “aquellos intervinientes en un hecho punible que, en razón de la medida de su contribución a la realización del tipo, deben ser castigados con la pena prescrita en la ley para quien actúa en solitario” (Van Wezeel, 2009, p. 343).

El acuerdo previo entre los intervinientes ya no constituiría un requisito necesario de la coautoría. La relación de mancomunidad se basaría en la relación objetiva de los comportamientos, es decir, sin que ella deba ser percibida por los demás intervinientes, establecida a partir de parámetros sociales: (i) comportamientos cuyo emprendimiento y disposición se orientan (en concreto) a la realización del tipo y (ii) comportamientos que, en sí mismos, contienen una relación de sentido estereotipada (Van Wezeel, 2009). “Ello demarcaría claramente el problema en sede de imputación objetiva, separándolo de la imputabilidad subjetiva como criterio de autoría” (Van Wezeel, 2009, p. 333-334).

Cabe citar como ejemplo el siguiente: (A) se desempeña como guardia de seguridad en una empresa de transporte de valores. Conocedor de las rutas y horarios de distribución, informa a (B) la hora y lugar de entrega de dinero a una vulnerable estación de servicios ubicada en las afueras de la ciudad, a cambio de una tajada del botín. (C), dueño de una furgoneta utilizada en el rubro de reparaciones, acepta llevar a (B) como a (D) al momento indicado. El día del hecho, (B), por motivos personales, no puede intervenir, pero entrega todas las instrucciones a (C) y (D), incluyendo un arma de fuego. Finalmente, (E) se incorpora espontáneamente al plan y, en tanto (C) espera en el vehículo, (D) intimida con el arma a los funcionarios de valores mientras (E) logra sustraer varias bolsas de dinero,

escapando ambos junto a (C) hacia la ciudad. La distinción cuantitativa entre autoría y participación, permitiría identificar un mayor grado de configuración de la realización de los aportes preparatorios de (A) y (B), en cuanto coautores, mientras que, respecto a (C), permitiría graduar su intervención a título de complicidad. Por su parte, las conductas de (D) y (E) reflejarían una expresión de sentido tan intensa acorde a los rasgos típicos del robo, que deberían ser castigadas como autoría.

En el ejemplo propuesto, según la teoría objetivo formal (D) y (E) podrían ser considerados coautores, y (A), (B) y (C) solo podrían resultar castigados como partícipes. Y para la teoría del dominio funcional del hecho las conductas desplegadas por (A) y (B) podrían considerarse de complicidad. Y si bien la situación de (C) podría discutirse, en la conducta imputable a (D) y (E) resultarían satisfechos sin discusión los requisitos de la coautoría.

En definitiva, lo que se trata de explicar es que, antes de poner el foco de atención en la diferenciación cualitativa, resulta preferible establecer si a cada sujeto le cabe la imputación por el hecho típico realizado en forma conjunta o mancomunada con los otros, es decir, determinar si los sujetos revisten la condición de “intervinientes” (lo que supone adicionalmente la imputación subjetiva y de culpabilidad), o no lo son, es decir si quedan fuera de ese círculo, esto en función de los criterios de imputación objetiva: actuación conforme al rol, de riesgo permitido, de prohibición de regreso y principio de confianza.

A continuación, se expondrán las principales características y criterios que se han establecido en doctrina respecto a la instigación y la complicidad.

Instigación

Concepto

El CP argentino en el art. 45 *in fine* incorpora, como forma de intervención, la determinación directa. En tal sentido establece que: “En la misma pena [que el autor] incurrirán los que hubiesen determinado directamente a otro a cometerlo”.

De *lege lata* se ha de ser cauteloso en la subsunción de un comportamiento como inductivo, porque la consecuencia jurídica de esa comisión posee idéntica pena que la del autor. En contra de la atribución al instigador de la misma escala penal establecida para el autor se afirma que “El autor inducido, no está en manos del inductor, no es ni su instrumento ni su marioneta, y, por ende, el riesgo jurídicamente desaprobado que se concreta en el resultado no es de forma directa la concreción del riesgo creado por el inductor, sino la concreción del riesgo creado por el autor. Ello parece que debiera tener alguna significación en la pena” (Sánchez-Vera Gómez-Trelles, 2012, p. 8).

Según Maurach, Gossel y Zipf (1995), y en similar sentido, Zaffaroni (2000), Fierro (2001), Mir Puig (1996), entre otros, la inducción es la motivación dolosa de otra persona a cometer intencionalmente un delito (como se citó en Donna, 2002). El inductor hace que otra persona adopte la resolución de voluntad de llevar a cabo una acción típica y antijurídica. Según Núñez (1965) son instigadores los que han determinado directamente a otro a cometer un delito.

Por su parte, “aunque la determinación directa también forma parte de la expresión mancomunada de sentido, propia de la intervención plural, sus contornos aparecen *prima facie* más claros” (Falcone, 2020, p. 152).

Las definiciones doctrinales no difieren demasiado unas de otras. Básicamente, se entiende que inductor es aquel que hace surgir en otro, mediante un influjo psíquico, la resolución de realizar un delito, siempre y cuando por supuesto no resulte autor mediato.

La doctrina es conteste en afirmar que “determinar a otro” consiste en proponer, en instar o en mandar a otro que realice un delito (Zaffaroni, 2000; Bacigalupo, 1999). Para Fierro (2004) “la esencia de la instigación reside en el producir en otro – que debe reunir las características y condiciones necesarias para ser autor – la resolución efectiva de cometer un ilícito, el que al menos debe ser tentado” (p. 246).

Para Wezeel (s. f.) la inducción es únicamente la proposición del fin -que no es otro que la realización del tipo-, mediada luego por la autorresponsabilidad de los otros partícipes, en la medida en que cada uno de ellos la asuma, es decir, en la medida en que se le pueda atribuir como propia. Conforme a ello, se requiere ciertamente de comunicación entre el inductor y el inducido acerca de las acciones que "deben" realizarse, pero no que el inducido mantenga su decisión en dependencia de la voluntad del inductor (Jakobs y Puppe, 1984, como se citó en Weezel, s. f., p. 317)

Para Roxin (2014) “la inducción o instigación es el determinar provocando o incitando dolosamente a un hecho ajeno (...) por lo tanto, en lo sustancial de lo que aquí se trata es de la cuestión de la resolución al hecho y de la causalidad del inductor al respecto” (p. 226).

Según Jakobs (1997a) por ejemplo: “determina en sentido amplio quién crea una oportunidad a cuya tentación o compulsión sucumbe otro, según lo esperado, y por eso concibe el dolo de un delito” (p. 804).

Por lo tanto, el instigado debe haber formado su voluntad de realización del hecho como consecuencia directa de la acción del instigador. Acerca de cuál es el contenido de tal determinación y qué características debe reunir ese “otro”, nuestra normativa no dice nada al respecto.

El rasgo distintivo de la inducción es el empleo de una estrategia persuasiva que incide de manera decisiva en el proceso deliberativo de otra persona, la cual acaba formándose la intención de ejecutar una determinada acción, a la que antes no estaba

definitivamente resuelta. Como medios inductivos, destacan las órdenes, peticiones, coacciones (que no anulan la capacidad de motivación), los mandatos asociados a promesas o recompensas.

Señala Falcone (2020) que en la exposición de motivos del CP consta expresamente que “no es necesario establecer, como lo hace el código vigente, la forma en que puede hacerse la instigación, pues esos son puntos de hecho que se aprecian por el magistrado en cada uno de los casos sometidos a su decisión” (p. 152).

Para Weezel (2012) “autor e inductor no se distinguen en nada, salvo en la magnitud en la que cada uno configura la realización típica. Ambos son intervinientes en el hecho, de ambos se predica igualmente que el hecho les pertenece como un todo” (p. 159). Y señala además que “En el plano de la fundamentación de la responsabilidad penal, la autorresponsabilidad permite vincular a inductor y autor como miembros de la mancomunidad a la cual se imputa la realización del tipo” (Weezel, 2012, p. 159).

Como se mencionó en anteriores apartados, es la mancomunidad ya constituida de los intervinientes la que recién permite superar el efecto aislante de la autorresponsabilidad y hablar de “una sola causa” del hecho del delictivo, unificando las diversas contribuciones en una sola expresión de sentido que realiza el tipo penal.

“Los presupuestos para la constitución de dicha mancomunidad, en cambio, permanecen en el terreno de la autorresponsabilidad en su dimensión de mera autonomía o, si se quiere, de la individualidad. Entre estos presupuestos, se encuentra la realización de un aporte cuantificable en términos relativos –por su comparación con los demás–, pero también, por ejemplo, el lado subjetivo del hecho, que no se trata en forma accesoria sino individual, precisamente, porque se encuentra en un plano diverso –en cierto modo previo, como presupuesto– de la constitución de la expresión mancomunada de sentido en la cual consiste la intervención delictiva” (Weezel, 2012, p. 160).

Según Nino (1980) “no se trata aquí de que algunos respondan por una acción "principal" de otro, que debe, en consecuencia, reunir ciertos requisitos; cada uno responde por su propia acción de tomar parte en la generación de cierto daño o peligro. Por supuesto que en la instigación debe haber otra acción, pero esto es solo porque, por definición, sin ella no habría daño o peligro efectivo” (p. 480).

Se pueden ofrecer definiciones, en las que se contengan otros requisitos que se consideren esenciales de la misma; así, por ejemplo, cuando junto al aspecto causal de la inducción respecto del delito cometido, el elemento del incremento sensible del riesgo de comisión del delito que debe suponer la inducción, conectando así con la idea.

Caracteres

Homogeneidad entre lo inducido y lo ejecutado

Este punto refiere a la comprobación de que existe una homogeneidad o congruencia perfecta entre lo inducido y lo ejecutado, que revele sin fisuras que la actuación inductiva tuvo la intensidad suficiente para determinar “directamente” a un autor concreto a la ejecución de un delito concreto.

En realidad, la cuestión de si la creación, dolosa o imprudente, de una situación que es aprovechada por otro para delinquir es suficiente para derivar responsabilidad, no es una cuestión “propia” de la inducción, sino de la imputación objetiva y de la posición de garante misma (Feijóo Sánchez, 1999).

Asimismo, aquellas acciones ambivalentes provenientes del presunto inductor, no generan responsabilidad, y la mera creación de una situación que favorece la ejecución a otro, en principio habrá de ser vista como una acción neutral o inocua; en definitiva, en términos clásicos, como socialmente adecuada (Feijóo Sánchez, 1999).

Grado de influencia en el inducido

El influjo causal de la instigación tiene que ser tal que haga surgir *ex novo* en el inducido la resolución de cometer el delito al que se le induce. Por tanto, si el sujeto al que se dirige la instigación estaba ya decidido a cometer el hecho (*omnímodo u omni modo factururs*), no puede hablarse de instigación, aunque la conducta instigadora podrá ser calificada de cooperación (necesaria o no) psíquica o moral.

Lo mismo sucede si no se hace nacer la resolución del hecho base (que ya iba a cometer el sujeto), pero se aconseja realizarlo de determinado modo que hace que el acontecimiento fáctico pase a ser delito agravado (por ejemplo, el sujeto pensaba cometer un robo y se le aconseja que utilice un arma) (Díaz y García Conlledo, 2008).

“La “inducción” a un delito, cuyo autor ya estaba decidido a cometerlo es, por definición, imposible y, por tanto, per se, no punible, al menos como inducción” (Sánchez-Vera Gómez Trelles, 2012, p. 19)

Ha sido señalado que existe inducción cuando el autor tiene todavía reparos o escrúpulos serios en contra del delito, y el inductor los soluciona; pero cuando el autor está decidido al delito, y lo que hace el “inductor” es despejar las últimas dudas sobre la forma de ejecución, habrá complicidad psíquica (Sánchez-Vera Gómez Trelles, 2012).

No es necesario que el autor esté absolutamente decidido para considerarlo omnímodo factururs; (pero) un leve motivo adicional para decidirlo a actuar no justifica imputación a título tan grave como el de la inducción (Cuello Contreras, 2009, p. 296).

Renovaciones del dolo del autor

En la cuestión de las renovaciones del dolo suelen ser distinguidas tres posibilidades: la inducción a otro hecho o transinducción (*Umstiftung*), la inducción a un delito menos grave o infrainducción (*Abstiftung*) y la inducción a un delito más grave o sobreinducción (*Aufstiftung*) (Sánchez-Vera Gómez Trelles, 2012).

a) En la transinducción se induce a un hecho distinto respecto del que el autor ya tenía dolo: en lugar de a una estafa, a un robo; en vez de a un delito de lesiones a A, que las lesiones sean a B. Como siempre, resulta problemática la distinción con la complicidad psíquica. En general, se trata de supuestos de inducción cuando la modificación reposa respecto del objeto del delito –en vez de la cosa X, que sustraiga la cosa Z–.

b) Por su parte, la infrainducción, no es una verdadera inducción: si el autor es “instigado” a la comisión de un hecho menos grave del que ya pensaba llevar a cabo como *omnímodo facturus*, por ejemplo, en lugar de una lesión empleando armas, la misma con los puños, o en lugar de un robo con violencia, un hurto, no habrá inducción, pues el dolo de llevar a cabo el hecho más grave ya incluye el dolo de llevar a cabo el hecho más leve, de suerte que estamos ante un verdadero *omnímodo facturus*. Aquí, probablemente, no habrá punibilidad ni como complicidad. Estamos ante una disminución del riesgo cuando la infrainducción da lugar a un nuevo riesgo que no está cubierto por el riesgo anterior.

c) El tercero de los supuestos, la sobreinducción: que se cuándo por ejemplo el ya decidido al hurto, es inducido a un robo con violencia o intimidación. La doctrina mayoritaria, entiende que la inducción resulta procedente solo respecto del plus delictivo creado (Sánchez-Vera Gómez Trelles, 2012,)

Entonces, cuando exista simultaneidad entre el supuesto comportamiento instigador y la supuesta acción inducida, no puede ser afirmada una renovación del dolo –ni menos su creación–, ni, por ende, una inducción.

Asimismo, es evidente que, cuando el autor ya está decidido a la comisión de un delito (*omnímodo facturus*) es imposible la inducción, en igual medida será imposible la inducción –aún más claro al tener mayor relevancia comunicativa desde un punto de vista fáctico– cuando incluso no es solo ya que exista esa intención, sino que la acción (u omisión) delictiva está siendo ejecutada de forma simultánea a las palabras del –fallido– “inductor”.

Imputación objetiva

Además de hacer nacer en el inducido la resolución delictiva, el resultado de la inducción ha de guardar una relación de imputación objetiva respecto de la propia actividad inductora. La inducción requiere la causación objetivamente imputable, mediante un influjo psíquico en otro, de la resolución y realización por parte de éste de un ilícito. Los requisitos de la inducción pueden perfilarse desde la teoría de la imputación objetiva considerando como "resultado" propio de la inducción la generación de la resolución del inducido.

El desvalor de la inducción radica en el incremento o creación de un riesgo jurídicamente desaprobado, riesgo identificado con el llamado “doble resultado de la inducción”.

En efecto, para que concurra la imputación objetiva en el caso de la inducción, se precisa la creación de un riesgo jurídicamente desaprobado de que surja en el inducido una resolución delictiva (primer resultado). Dicho surgimiento debe ser previsible para el inductor de acuerdo con un juicio objetivo ex-ante. En cuanto al segundo resultado de la inducción, la conducta del inductor debe crear un riesgo de producción del resultado típico, el que, a su vez, debe materializarse en el resultado acaecido. Adicionalmente, la realización de dicho riesgo debe también haber sido previsible objetivamente de acuerdo con el mismo juicio ex ante, teniendo en cuenta los conocimientos especiales del inductor.

Por ejemplo, si en un partido de fútbol, ante una decisión del árbitro contraria al equipo local, un espectador le dice a su vecino de asiento “a ese árbitro hay que matarlo”, para expresar su enfado con él, no habrá inducción al homicidio aunque el vecino de asiento baje al campo y mate al árbitro, porque, al margen que la inducción sea o no directa y de que falte el dolo del inductor, la conducta de quien pronuncia la frase no es objetivamente adecuada (en las condiciones ordinarias de los partidos de fútbol) para producir el efecto que produce; el riesgo inherente a la acción del inductor no es el que efectivamente se realiza en el resultado. (Díaz y García Conlledo, 2008)

En los casos en que, a pesar de existir una conexión causal entre la incitación y el resultado, el inductor se desvía absolutamente de las indicaciones del inductor (por ejemplo, si la identificación de la víctima es llevada a cabo sin seguir las instrucciones del inductor sino en virtud de un criterio autónomo), el resultado no puede ser entendido como una realización del riesgo creado dolosamente por el inductor, sino como un exceso del autor.

Si el legislador equipara penalmente la inducción a un delito con la autoría directa, la simetría penológica obliga que en idéntica medida debiera ser la simetría entre lo inducido y lo realmente ejecutado. Desviaciones al respecto deben hacer que decaiga la figura de la inducción. De otro modo, no podría justificarse la imposición al inductor de la misma pena que al autor.

Por ello, la mera creación de una situación que favorezca el delito, o que sea aprovechada por otro para delinquir, no conduce a la inducción, sino que, conforme a los postulados generales de la imputación objetiva, debe recibir un doble tratamiento: o bien el sujeto garante ha sobrepasado el riesgo permitido, pero su forma de responsabilidad no es la inducción, sino la complicidad (en su caso, psíquica), o bien esa creación de las condiciones para el delito no traspasa, los límites del riesgo permitido, aunque el autor se aproveche de las mismas, de suerte que el comportamiento del supuesto “inductor” será una acción neutral que no dará lugar a responsabilidad.

Considera Cerezo Mir (1979) que la equiparación en la pena del inductor y del autor es discutible y puede ser injusta en algunos casos. Tales aquellos en los que el inducido estaba ya inclinado o en una actitud propicia, aunque no decidido, a la comisión del delito y en general, en todos los casos en los que la inducción haya sido solo un factor, entre otros, que ha determinado la decisión de cometer el delito. En igual sentido, sostiene, respecto a la complicidad necesaria, que, a veces, puede ser justa la aplicación al cómplice de la pena del autor, pero la solución técnicamente correcta consiste en establecer una atenuación meramente facultativa de la pena para los cómplices como sucede en el CP suizo (art. 25).

Parece que deba ser planteada al menos para ciertos supuestos una revisión de la radical y global previsión legislativa de establecer siempre para el partícipe inductor la misma pena que para el autor del delito. Dado que, se está asemejando la situación del inductor a la del autor mediato, no obstante fundarse en presupuestos radicalmente distintos. Fundamentalmente, dado que, el autor inducido, no está en manos del inductor, no es ni su instrumento ni su marioneta (como sí pasa en la autoría mediata), y, por ende, el riesgo jurídicamente desaprobado que se concreta en el resultado no es de forma directa la concreción del riesgo creado por el inductor, sino la concreción del riesgo creado por el autor. Ello parece que debiera tener alguna significación en la pena. Y la mejor prueba de ello es que si el “autor” finalmente no lleva a cabo el hecho, el pretendido inductor no responde.

Medios inductivos

Los medios inductivos no están tasados por el CP. Por tanto, cabe cualquier medio capaz de producir el influjo psíquico que lleva a la realización del delito; la única condición es que sean determinantes. Puede consistir entonces en persuasiones, dádivas, promesas, apuestas o incluso amenazas, siempre que éstas últimas no den lugar a una pérdida de la libertad de decisión que convierta al agente en un mero instrumento determinado por el inductor, porque entonces ya no se trataría de inducción sino de un supuesto de autoría mediata.

“El límite superior de los medios posibles viene determinado por aquellos que serían ya constitutivos de autoría (normalmente mediata), es decir, de modo muy simplificado, aquellos que impiden un cierto grado de libertad de decisión en el inducido” (Díaz y García Conlledo, 2008, pp. 46-47).

De todos modos, se requiere, en todos los casos, una concreta influencia psicológica. El simple crear una situación exterior para que otro se decida al delito no es suficiente. La

instigación requiere siempre una conducta activa; la instigación por omisión no es en general admisible como forma de instigación (Roxin, 2000).

Carácter directo

Según el art. 45 del CP, la determinación ha de ser directa. Aunque a este requisito se le han otorgado diversas interpretaciones, considero que inducir directamente no se trata de meras sugerencias sobre lo conveniente de realizar un delito, aunque se hagan ante quien se sabe que fácilmente va a tomar por ello la decisión de cometerlo o el caso de las inducciones no dirigidas a sujeto determinado.

Zaffaroni, Núñez, Soler y Bacigalupo, desde distintas significaciones del carácter directo de la determinación, no excluyen la instigación en cadena.

Así, Zaffaroni (2000) entiende que, “cuando la norma exige que la determinación sea hecha directamente, tal expresión no tiene el sentido de excluir la instigación en cadena, sino los medios indirectos, esto es, las incitaciones sutiles, tales como las tentaciones o las sugerencias veladas o ambiguas” (p. 770).

Núñez (1965) considera que, “el término directamente refiere a que el proceder del agente se encamine derechamente a lograr que una o varias personas determinadas tomen la resolución de delinquir y que delincan en una forma dada... Y agrega que el instigador del instigador del delito es un determinador, aunque mediato, de su comisión, y, por esto, es punible como tal en los términos del art. 45” (pp. 301-302).

Soler (1983) por su parte, considera que la expresión “directamente” no ha sido usada en el sentido objetivo, queriendo decir inmediata, sin persona interpuesta, sino en otro muy distinto. La instigación puede ser mediata, es decir, puede haber sido el instigado, a su vez instigador: A comunica a B su deseo de hacer matar a X, y B se ofrece para buscar el ejecutor C desconocido de A. Que la instigación sea directa se refiere al carácter de la acción ejercida por el instigado y no a la persona sobre la cual se ejerce. Y Bacigalupo (1996), tal la

posibilidad en el caso en “que A se dirige a B para que este determine a C a matar a D” (p. 208).

También para la doctrina alemana es posible la instigación en cadena, puesto que, por un lado, el legislador no impone que ella deba ser “directa” y, por otro, en la tentativa de inducción, según el § 30 del StGB, se establece la posibilidad de que el contenido de ella sea, a su vez, la inducción a otro delito. Para Falcone (2020) transpolar estas conclusiones al ordenamiento jurídico – penal argentino resultaría una analogía *in malam partem* (p. 176). Por lo tanto, afirma, “que la instigación sea directa obliga a eliminar, en el ordenamiento jurídico penal argentino, la posibilidad de incluir la denominada “instigación en cadena””(por ejemplo, A induce a B para que éste induzca a C y mate a D)” (Falcone, 2020, p. 176).

El autor considera que, en este sentido, en la exposición de motivos se estableció que “Al imponer la pena del autor al que determinare a otro a comisión del delito, hemos agregado la palabra “directamente” para significar cuál debe ser el carácter de la acción ejercida por el instigador sobre el autor o autores materiales” (Exposición de Motivos del CP, en Cámara de Diputados de la Nación, 1917, p. 86-87, en Falcone, 2020).

Para Mir Puig (2006) el inductor del inductor (inducción en cadena) debe castigarse como cooperador necesario en el delito ejecutado. Nada se opone, en cambio, a admitir la inducción mediata, puesto que en ella se atribuye como obra propia al hombre de atrás la inducción directa que efectúa el instrumento. Como así también acepta, la coinducción (paralelos de la coautoría).

En lo que respecta a la instigación por omisión los autores entienden que resulta inadmisibles (Roxin, Jescheck, Bacigalupo, Mir, Cramer, como se citó en López Barja (1996). Dado que, “crear la decisión solo es concebible de manera activa, pues, una omisión ni creará ni fomentará ni impedirá que, en su caso, nazca el dolo en el autor principal” (López Baraja, 1996, p. 132)

Sin embargo, no han faltado autores que han sostenido que la inducción también puede ser cometida por omisión, en la forma de la no evitación de la adopción de la resolución por el autor por parte del garante (Maurach, Góssel y Zipf, como se citó en López Barja, 1996, p. 132).

Desde el plano Subjetivo.

Tradicionalmente se sostiene que la inducción debe ser dolosa y que no cabría hablar de una inducción imprudente, y que el ámbito del dolo determina el marco de lo que puede serle imputado como inducción.

Según Mir Puig (2006) “inducción es la causación objetiva y subjetivamente imputable, mediante un influjo psíquico en otro, de la resolución y realización por parte de éste de un tipo de autoría doloso o imprudente. Debe distinguirse, pues entre inducción a un hecho doloso e inducción a un hecho imprudente” (pp. 407-408).

“El tipo subjetivo de la inducción a un delito doloso requiere el dolo en el inductor. Se entiende que concurre cuando el inductor no solo quiere causar la resolución criminal en el autor, sino que también quiere que éste realice efectivamente el hecho... Ello permite negar la punibilidad del agente provocador que piensa impedir a tiempo la lesión o puesta en peligro correspondiente” (Mir Puig, 2006, p. 411).

En relación con el dolo del inductor, se acepta normalmente la posibilidad de dolo eventual. Ejemplo: A cuenta a B las continuas infidelidades de su esposa C sin pretender directamente que ello lleve a B a agredir a C, pero sabiendo perfectamente y aceptando que tal cosa puede suceder fácilmente habida cuenta del carácter y el comportamiento habitual de B; en efecto, éste causa a C lesiones graves. En cualquier caso, el dolo del inductor constituye el límite de su responsabilidad. Más ello no obsta, según una parte de la doctrina, a la posibilidad de que pueda castigarse por imprudencia por el exceso, si éste era previsible (Mir Puig, 2006).

Sostiene Soler (1983) que “el que determina a otro con palabras imprudentes, pero no encaminadas “directamente” a generar resolución criminal, no puede decirse instigador” (p. 277). El autor citado agrega que “si bien la instigación tiene que ser intencional en el sentido de dirigirse al acto que ha de ejecutar el instigado, no requiere que, a su vez, ese acto sea en sí mismo doloso” (Soler, 1983, p. 278). Es decir, que es admisible la instigación en hechos culposos, y cita como ejemplo el caso donde el pasajero de un automóvil impone al chofer una velocidad antirreglamentaria. No se explica por qué razón ha de considerarse impune al que le dio la orden, cuando es evidente que determinó la resolución, y su intención tenía el contenido característico de la culpa (Soler, 1983).

El caso expuesto, se debe distinguir de aquellos en los que la concurrencia proviene de actividades autónomas, en las cuales no hay duda respecto a la coproducción en hecho culposo, pero no existe acuerdo subjetivo, por ejemplo, cuando dos automovilistas, cruzan a exceso de velocidad, provocando un accidente a un peatón. Caso en el que, los dos responderán, pero no a título de participación, sino cada uno en la medida de su acción autónomamente considerada (Soler, 1983).

Para Núñez (1965) puede haber participación en hechos culposos. Pues si bien en estos casos se ha negado dicha posibilidad, considera que el obrar delictivamente por culpa, bien excluye toda intencionalidad delictiva, no excluye la intencionalidad de la conducta calificable como culposa. Conforme a ello, “la intervención de varios en el acto de culpa no elimina la posibilidad de una situación intencional, reciproca o unilateral que lo muestre como resultante de un proceso de ayuda, auxilio o cooperación” (Núñez, 1965, p. 278).

La inducción a un hecho culposo requiere del mismo tipo objetivo que la inducción a un hecho doloso, salvo que la causación de la decisión del autor no ha de ser una decisión de delinquir, sino de realizar una conducta imprudente y, en consecuencia, el autor no debe llevar a cabo tampoco un hecho doloso, sino un hecho imprudente. Ejemplos: El acompañante induce al conductor a conducir a una velocidad temeraria, lo que produce una

colisión grave. Hay inducción a un hecho imprudente. A no advierte que, al contarle a B las infidelidades de su esposa C, le hace surgir la idea de matar a ésta, lo que acaba haciendo. No hay inducción (Mir Puig, 2006).

Se suele considerar que todo aquel que actúa sin dolo será instrumento de todo aquel que actúa con dolo. Así, todo actuante doloso se convierte en autor mediato del actuante no doloso, lo que puede resultar correcto de ser inevitable el error, pero es absurdo, axiológicamente, en caso de descuido.

Sin embargo, una interpretación gramatical de los textos de los arts. 45 y 46 del CP, no obliga a considerar que resulta punible únicamente la participación en un hecho principal doloso, de modo que, en caso de error del instrumento, no se encontraría vedada la instigación, como forma de participación del hombre de atrás.

Según el profesor Sancinetti “Jakobs reconoce que la transformación de todo "hombre de atrás" en autor mediato, por el solo hecho de que al "hombre de adelante" le falte el dolo, no halla justificación. Una idea criticada desde siempre por Schmidhäuser. El requerir un hecho principal doloso para hablar de participación, y, si no, automáticamente autoría mediata, agravaría la situación de quien bien puede ser un mero partícipe” (Sancinetti, 1997, p. 62).

Sostiene Jakobs (1997a),

La no dolosidad del ejecutor directo puede conducir a la autoría mediata de aquel que determina dolosamente la ejecución. Sin embargo, 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. Ejemplos: Alguien origina que un médico revele un secreto (§ 203, párrafo 1, núm. 1, StGB)

fingiendo que todo el mundo lo sabe ya de sobra. Tras un accidente de tráfico, se le hace creer a un interviniente que no ha pasado nada; el interviniente se aleja sin sospechar nada” (p. 800).

Esto genera cierta laguna de punibilidad, que se subsana si se reconoce la participación en el hecho no doloso. La solución no reside en la aplicación global de la autoría mediata, sino en establecer una diferencia en función de la responsabilidad de la conexión entre defecto y realización del tipo.

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 último para los supuestos de responsabilidad.

La enfermera, conociendo y queriendo (este último en el caso en que la voluntad también forme parte del dolo) consecuencias, proporciona al médico un medicamento en una dosis ya nociva; el médico se había equivocado al indicar la cantidad; la enfermera consideraba que el médico había incluido en su plan las consecuencias, etc. Por falta de hecho principal doloso, no hay participación de la enfermera en las lesiones y, por falta de conocimiento de la no dolosidad, no hay autoría mediata de la enfermera. Queda la posibilidad de tentativa de participación y de autoría imprudente.

Conforme a lo expuesto, la ausencia de un injusto doloso no debería anular toda posibilidad de participación.

Como afirma Vachelli (2018) “a la comprobación de las cuestiones que permanecen abiertas en el modelo limitado de la accesoriedad, han de sumarse aquellos vendajes artificiales que se realizan en el ámbito de los delitos de infracción de un deber con el fin de evitar que acabe siendo un principio testimonial” (p. 260).

Como fuera anticipado en apartados anteriores, el art. 45 del CP, no introduce restricción alguna en materia de accesoriedad, es decir, en cuanto a las propiedades que

debiese revestir el hecho principal para devenir “participable”, ni tampoco limita la punibilidad de la participación a supuestos de dolo.

“Ello es sensato en la medida en que el efecto de favorecimiento que puede surtir la acción de una persona en la de otra —sea determinando o facilitando su ejecución— es exactamente el mismo, independientemente de que, bajo alguna modalidad de participación, el hecho así favorecido sea imputable a la primera a título doloso o imprudente” (González Lillo, 2003, p. 105).

En efecto, “el rasgo distintivo de un comportamiento constitutivo de inducción es el empleo de una estrategia persuasiva que incide de manera decisiva en el proceso deliberativo de otra persona, la cual acaba formándose la intención de ejecutar una determinada acción, a la que antes no estaba definitivamente resuelta” (González Lillo, 2003, p. 105). Ante ello, “La posibilidad constructiva de una inducción por imprudencia estriba en que ese partícipe, de manera contraria a cuidado, haya determinado a otro a ejecutar un comportamiento que acabará satisfaciendo la descripción de algún tipo de delito, sin que esto último haya sido previsto por aquel” (González Lillo, 2003, p. 105).

Ahora bien, una instancia de inducción por imprudencia puede verificarse aun cuando el hecho sea descrito como delictivo bajo el modo en que lo presenta el propio inductor, en la medida en que éste, sin embargo, no haya advertido el tipo de delito que efectivamente perpetraría el autor. Ello puede ilustrarse del modo que sigue. Abusando de su posición jerárquica, A le informa a B que no patrocinará su ascenso en el trabajo, a menos que B incendie una vieja y aislada cabaña perteneciente a C. Tanto A como B creen erróneamente que la cabaña está deshabitada, y que solo ocasionarán un perjuicio patrimonial a C, en circunstancias de que el inmueble es ocupado por D, quien fallece calcinado (González Lillo, 2003).

La manera a través de la cual el CP ha delineado el comportamiento de este interviniente, resulta compatible con una imputación a título de dolo o de imprudencia, pues

el requisito del dolo no surge expresamente establecido. Por su parte, el adverbio “directamente” tampoco entraña una exigencia de dolo. Dado que se trata de una propiedad predicable del modo en que tiene lugar la inducción, difícilmente podría involucrar una restricción en el marco de la imputación subjetiva.

El dolo del inductor y el problema del agente provocador

Según Mir Puig (2006), es mayoritaria la solución que considera no punible al agente provocador por falta de dolo de que se consume el delito (o, en su caso, por analogía in *bonam partem*, por falta de voluntad de que se materialice la lesión o puesta en peligro del bien jurídico).

Agente provocador es entonces aquel sujeto que induce 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 el partícipe sabe que participa en un hecho que cumple con todos los requisitos de un ilícito penal, no obstante, debería quedar impune. La muestra más representativa del agente provocador la constituye la práctica policial consistente, sobre todo, en la infiltración en las organizaciones criminales tales como las dedicadas al tráfico de drogas.

“El *agent provocateur* (infiltrado; en la forma de intervención, posible por analogía con la inducción y con la complicidad, y en los casos límites posible por analogía con la coautoría) es, pues, impune” (Jakobs, 1997a, p. 826).

Considera Jakobs que “el agente provocador ocasiona imputablemente un cuestionamiento de la norma a través del autor principal, y esto no queda compensado, si actúa sin motivo jurídicamente asumible, por el contexto en que tiene lugar el comportamiento; ahora bien, una perturbación social de este género no la abarca el tipo de la norma infringida” (1997a, p. 826).

Las soluciones a la ausencia de punibilidad del agente provocador son de distinta índole, tales como, ante la ausencia de dolo de consumación del agente provocador no es punible la tentativa por instigación, como así también que estos supuestos estarían amparados por un estado de necesidad, o serían atípicos cuando hay consentimiento.

Diferencias entre el instigador, el autor mediato y el cómplice psicológico.

A diferencia de lo que ocurre entre la coautoría y la complicidad, los contornos entre la instigación y la autoría mediata aparece más claros.

En “la autoría mediata, el “sujeto de atrás”, provoca o se aprovecha de un déficit de competencia en otro, caracterizado como el “sujeto de delante”, potencial instrumento, quien, bajo tales condiciones deficitarias, realiza un comportamiento que es susceptible de imputar al primero de ellos” (Bacigalupo, 1999, p. 526).

Por lo tanto, en la autoría mediata debe existir un defecto de imputación en el hombre de adelante mientras que, a diferencia de la complicidad psicológica, en ésta el hombre de adelante ya debe encontrarse resuelto a cometer el hecho. Es decir, el autor mediato se vale de una persona que sería su instrumento para cometer el delito.

En la autoría mediata, “el núcleo de ella consiste en la degradación de un ser humano a la categoría de medio material, no libre, para la obtención de los fines que se ha propuesto el hombre de atrás; en la inducción, se trata de la corrupción de un ser humano libre” (Maurach, Gossel y Zipf, citado en Donna, 2002, p. 47).

Instrumento que actúa bajo coacción u otros procedimientos similares.

Se trata de casos en que el sujeto de atrás fuerza, intimida, da órdenes vinculantes, coloca en situaciones de necesidad de actuar a otro o aprovecha una ya existente para que

realice una determinada conducta, sin que baste una mera influencia en la voluntad del que actúa, pues, sino ello, constituiría inducción o, en su caso, complicidad psíquica.

El fundamento de este grupo de casos es la falta de voluntad libre del instrumento siempre que la “orden” esté acompañada de coacción o amenaza.

Desde otro costado, para Pessoa (2020) el caso del sujeto que coacciona a otra a que cometa un delito, no se trata de un supuesto de autoría mediata, sino más bien se trataría de un caso de instigación.

Instrumento que actúa bajo error.

En este supuesto, la autoría mediata se funda resumidamente en que el sujeto de atrás domina (determina o domina en mayor grado que el que actúa inmediatamente) la situación, por tener el único o mejor conocimiento de la misma o de su contrariedad a Derecho, conocimiento que falta o no es completo en el instrumento. Lo que fundamentalmente se discute es qué clase de error es suficiente para fundamentar la autoría mediata en el sujeto de atrás.

Hay acuerdo en la existencia de autoría mediata cuando se provoca o aprovecha un error de tipo invencible en el sujeto de delante, y cuando se trata de un error de tipo vencible que dé lugar a imprudencia inconsciente. Otros supuestos resultan más discutidos.

Considera Sancinetti (1997), que en estos supuestos “Jakobs reconoce que la transformación de todo “hombre de atrás” en autor mediato, por el solo hecho de que al “hombre de adelante” le falte el dolo, no halla justificación” (p. 62).

Ello sería así, por cuanto el hombre de atrás no podría ser inductor en función del principio de accesoriedad que requiere que el hecho principal sea doloso.

En tal sentido, para Sancinetti (1997),

“El requerir un hecho principal doloso para hablar de participación, y, si no, automáticamente autoría mediata, agrava la situación de quien bien puede ser un mero

partícipe: Por tanto, de *lege ferenda* [dice Jakobs] debería ser reconocida la posibilidad de una participación en un hecho no doloso. Brevemente: “el dolo no es accesorio”. “Incluso en el caso límite de que el error del ejecutor sea inevitable, se podría llegar a reconocer una participación sin acción típica del autor principal”. Esto ya constituye una fractura con el principio de la accesoriedad interna: la cualidad que reviste el ilícito del autor principal no constituye un presupuesto razonable para determinar el quebrantamiento de la norma cometido por el partícipe (p. 63).

Utilización de inimputables.

En este caso, el fundamento de esta modalidad de autoría mediata radica en la incapacidad (o anormal capacidad) de comprender la ilicitud del hecho o motivarse según esa comprensión de los inimputables, que es lo que permite hablar de una instrumentalización del inimputable a manos del sujeto de atrás.

En el caso de los menores, es frecuente sostener que la presunción *iuris et de iure* de inimputabilidad que fija la ley penal y la consiguiente irresponsabilidad del menor fundamentan la autoría mediata de todo el que induzca o ayude a un menor a cometer un delito.

En nuestro medio, es posible armonizar este supuesto con la interpretación que se otorga al art. 41 *quater* del CP. Dicha agravante no se conforma con la mera participación en el hecho de un menor de edad, pues son claras las referencias a su utilización (usar, utilizar, valerse de, herramienta e instrumento) por parte de los mayores involucrados en el mismo delito, y es ese el elemento adicional el que debe verificarse si se pretende una interpretación racional de la norma, que importe acordarle un contenido que concilie y armonice el resto de los preceptos legales (doctrina de CSJN, Fallos, 306:940; 310:937; 312:802; 312:1484; 313:1149; 327:769)

Tal agravante solo puede entenderse como referida a aquellos supuestos en los que el mayor interviene en la ejecución del hecho mediante una «instrumentalización» del menor (autoría mediata).

En consecuencia, así tanto podría predicarse la aplicación de la agravante y la autoría mediata del sujeto de atrás, respecto a los casos de menores de 16 años de edad, quienes por definición legal (art. 1º de la ley nº 22.278), son inimputables y, por consiguiente, su instrumentalización en la ejecución del hecho por parte del adulto autor. No obstante, en los supuestos en los cuales se trata de menores considerados responsables por la ley penal, esto es, de aquellos que se ubican entre los 16 y los 18 años (artículo 2 de la ley nº 22.278), la condición de instrumento no es posible derivarla directamente de la edad del menor y, en tal caso, en lo que respecta a la aplicación de la calificante ello dependerá de la verificación de circunstancias que determinen una efectiva instrumentalización del menor (responsable) por parte del mayor (autor mediato).

Sin embargo, esta apreciación es errónea, pues una cosa es la presunción legal a efectos de irresponsabilidad penal del propio menor (conforme a la ley penal para adultos, para ciertos menores existe responsabilidad penal) y otra, muy distinta, el que esa presunción deba tener efectos a la hora de determinar si un sujeto ha instrumentalizado a otro.

En muchos casos los menores no son materialmente inimputables y, por tanto, no puede hablarse de autoría mediata, sino de participación, de quien les induce o ayuda a delinquir (por ejemplo, cuando un adulto induce a un muchacho de diecisiete años a destrozar a pedrazos el automóvil de un vecino).

Creus (1999) expresa que los delitos de propia mano no aceptan la autoría mediata, y que el problema que plantean estos delitos cuando alguien induce al ejecutor incapaz de culpabilidad, o inculpable por otras causas, a llevar a cabo la acción típica, es el carácter que puede asumir la punición de quien, en otro caso, podría ser autor mediato. Las soluciones aportadas no son de ningún modo coincidentes y todas son susceptibles de ser criticadas;

aparentemente hay quienes han pensado en una instigación y, últimamente, en la complicidad por parte del 'inductor'.

Con nuestra legislación se solucionaría parcialmente la cuestión en aquellos casos en que ha mediado una coacción propia (amenaza) del 'inductor' respecto del ejecutor, puesto que podrían quedar cubiertos por el tipo especial de coacciones (art. 149 bis, párr. 2º, Cód. Penal). Cuando lo que el 'inductor' -que en otro caso sería autor mediato- logra, por parte de otro, la realización de un delito de propia mano, no serían aplicables ni las reglas de la instigación ni las de la complicidad, sino aquel tipo penal.

Los delitos especiales

Sostiene Donna (2002) que la autoría mediata es imposible en los delitos especiales. Como se sabe, los delitos especiales son aquellos en los que solo un grupo de sujetos pueden ser autores, de modo que no es criterio para delimitarlos la teoría del dominio del hecho.

En los delitos especiales propios la autoría se limita al círculo de las personas cualificadas o autores idóneos (por ej. funcionarios públicos), mencionados en el tipo, mediante los elementos descriptivos especiales del sujeto del hecho. De manera que el extraño o *extranei* no puede ser autor directo, ni autor mediato y tampoco coautor. Su participación, para algunos autores es posible mientras que para otros no lo es.

Un sector de la doctrina (Roxin, Stratenwerth, Kuhlen, Jakobs, Vogel, Sánchez Vera-Gómez Trelles) explica que los delitos especiales consisten en delitos de infracción de un deber (*Pflichtdelikte*). Según Roxin (2014) atendiendo al criterio de fijación de la autoría, los delitos pueden ser de dominio o de infracción de deber. En los primeros, el criterio de acuerdo con el cual debe determinarse la autoría es el dominio del hecho, mientras que en los segundos el criterio base es dilucidar sobre quién recae el deber jurídico extrapenal que subyace al tipo penal, con independencia de quien controle o domine fácticamente el hecho punible.

En los delitos de deber no tiene importancia la cualidad externa de la conducta del autor, debido a que la sanción se afirma sobre una persona que infringe las exigencias que posee, que se deriva del papel o del rol social que desempeña (Roxin, 2000).

En lo que respecta a la participación del *extraneus*, Jakobs (1997a) considera que es punible de forma atenuada, partiendo del artículo 28 I StGB (Código Penal Alemán), ya que son las reglas de la parte general relativas a la participación, las que podrían habilitar, de *lege data*, la punición atenuada del *extraneus*, además de que este, no obstante, no estar vinculado por el deber, puede poner en tela de juicio a la institución positiva (v.g., administración pública) a través de *un intraneus*.

Sin embargo, su discípulo Lesch (1995) afirmaría con rotundidad que “una intervención del *extraneus* en los delitos de infracción de deber no es posible” (p. 944). Agrega este autor que “En los delitos de infracción de deber no hay absolutamente ninguna diferenciación de las distintas formas de intervenir en el delito, y así, ni cualitativa ni cuantitativa. Muy por el contrario, rige el principio de autor único: todo quebrantamiento del deber, ya de propia mano, ya mediante aportes cuantitativamente preferentes o de poco valor, ya mediante un hacer positivo o por omisión, conduce a una responsabilidad completa: como autor” (Lesch, 1995, p. 944).

En la misma línea, Caro Jhon (2010) considera que la accesoriedad de la participación es en últimas un concepto que no desempeña ningún papel en los delitos de infracción de deber, ya que en estos rige el principio de autor único, que es el que quebranta, bien sea mediante acción o mediante omisión, el deber institucional a que está obligado, mientras que el *extraneus* que interviene en el delito de infracción podría responder por un delito de dominio o de organización.

Ahora bien, la doctrina mayoritaria le atribuye al partícipe, en los delitos de infracción de deber propio, el mismo delito que el autor principal, y en los delitos de infracción de deber impropios, el delito subyacente. Respecto de esta atribución del delito subyacente se critica

toda vez que, representa una ruptura del título de imputación, y además que, la participación en delitos de infracción de deber impropios supone en todos los casos un mayor injusto que la que se efectúa en el delito común subyacente (Falcone, 2020).

En síntesis, siguiendo la postura asumida por Falcone (2020) además de que se debe respetar la unidad de título de imputación, la participación del *extraneus* debe atenuarse (en igual sentido López Barja de Quiroga, 1996). Y ello porque, “si el derecho determina una competencia mayor en determinados sujetos, en favor del mantenimiento de libertades, esa competencia cualificada también incluye la necesidad de mantenerse incólume frente a la promoción del injusto por parte de cómplices e instigadores” (Falcone, 2020, p. 434). Como así también si se quiere ser respetuoso con el principio de proporcionalidad de la pena.

En los delitos especiales, la infracción de deber es el ojo de la aguja que ha de atravesar el injusto de todos los intervinientes. Por consiguiente, la punición de la participación es adecuada en la medida en que el hecho principal es injusto imputable para el cualificado.

Los supuestos de “instrumento doloso no cualificado”, de utilización de cualificado por no cualificado y de “instrumento doloso sin intención”.

La llamada autoría mediata mediante instrumento doloso no cualificado.

En el supuesto así denominado, un sujeto que posee la cualificación propia de un delito especial (*intraneus*) induce a quien no la posee (*extraneus*), que obra con plena libertad y pleno conocimiento de la situación, a la realización de la conducta propia de ese delito.

Si se trata de la conducta de un delito especial impropio, al *intraneus* al menos se le podrá castigar como inductor del delito común correspondiente, del que es autor inmediato el *extraneus*.

Si se trata de la conducta de un delito especial propio, el problema es más grave: el *extraneus* que actúa de modo inmediato no puede ser autor del delito especial, pues le falta la característica personal exigida por el tipo, resultando su conducta en principio atípica; el inductor *intraneus* no podría responder como inductor, en virtud del principio de accesoriedad limitada de la participación. Por tanto, no se podría castigar un hecho que, sin embargo, parecería acertado hacerlo.

Sostiene Bacigalupo (1999) que estos casos determinan un problema de gran complejidad: por ej. El funcionario que, por medio de otro funcionario, hace documentar una constatación falsa. El problema es que el no calificado que obra con dolo y libertad tenía, en principio, dominio del hecho y, sin embargo, no puede ser autor, porque le falta la cualificación legal. Y ello tiene también su repercusión en la accesoriedad. Si ésta depende del dominio del hecho del autor principal, parecería no haber en el caso otra solución que la impunidad, ya que el no cualificado no puede ser autor, y el cualificado no puede ser inductor, porque la inducción supone la autoría del inducido (Bacigalupo, 1999, p. 514).

Para evitar tal laguna de punibilidad se acude a la figura de la autoría mediata por utilización de un instrumento doloso no cualificado: el *intraneus* sería autor mediato del hecho y el *extraneus* un partícipe en el mismo (normalmente esa participación se calificará de cooperación necesaria).

Sin embargo, la afirmación de autoría mediata del *intraneus* me parece una mera petición de principio, por no estar fundamentada en criterio material alguno que explique que nos hallamos ante una “utilización” de un “instrumento” y que el *intraneus* domine el hecho.

A este respecto, resulta insuficiente la apelación que algunos realizan a un supuesto “dominio social” (Welzel, como se cita en Bacigalupo, 1999, p. 515).

Ciertamente, si se rechaza la construcción de la autoría mediata por utilización de instrumento doloso no cualificado y no se plantea alguna alternativa, se produce una laguna de punición que no parece justificable.

Todas aquellas propuestas han quedado fuera de consideración, a través del desarrollo de los llamados delitos de infracción de deber de Roxin.

En estos delitos, se modifica el principio de accesoriedad y la teoría del dominio del hecho. Respecto de lo primero, por cuanto la acción del partícipe no depende del dominio del hecho y del dolo del autor, sino de la infracción del deber del cualificado. Por ende, quien infringe el deber (*intraneus*) es autor, aunque no domine el hecho, y *el extraneus* es partícipe, aunque lo domine. Dado que toda actuación que signifique infracción del deber es suficiente para la autoría (Bacigalupo, 1999, p. 515).

Sostiene Roxin (2000) que la misma teoría del dominio del hecho, se limita a su círculo y, “o bien tiene que amoldar los delitos de infracción de deber y de propia mano, así como todo el ámbito de hechos omisivos e imprudentes al lecho de Procusto de sus categorías que no se les ajustan, o bien tiene que dejarlos como *terra incógnita* fuera de sus fronteras” (p. 575).

“En los delitos de infracción de deber es perfectamente posible la participación en hechos principales no dolosos, porque aquí no es el dolo, sino el deber, el elemento distintivo determinante entre autoría y participación” (Roxin, 2000, p. 404).

Afirma Roxin (2000) que quien determina un hacer no doloso es un inductor en los delitos de infracción de deber, mientras que, en los delitos de dominio por lo general sería autor mediato y en los delitos de propia mano es impune.

Entonces, podría constituir una solución que bastara con que cualquiera de los intervinientes en la acción colectiva posea la cualificación exigida por el tipo para que la acción colectiva pueda ser considerada como típica y, así, que el *extraneus* pueda ser considerado autor del delito especial y el *intraneus*, partícipe (normalmente inductor) en ese delito especial.

Utilización de un instrumento cualificado por parte de un no cualificado

Supuesto en cierta medida inverso al anterior es el del *extraneus* que, sirviéndose de alguno de los medios que normalmente fundamentan autoría mediata, consigue que el *intraneus* realice la conducta propia del delito especial (por ejemplo, un sujeto obliga mediante fuerza a un juez a dictar una sentencia injusta en el sentido del delito de prevaricación judicial).

En este supuesto, tratándose de los delitos especiales propios (como también sucede con los delitos de propia mano) el *intraneus* no realiza una acción típicamente antijurídica, por lo que, en virtud del principio de accesoriedad limitada de la participación, el *extraneus* no puede ser castigado como inductor.

Como así tampoco, ese *extraneus*, puede ser castigado como autor mediato, pues le falta la cualidad personal del delito especial (o la actuación de propia mano), ni como autor mediato (o inmediato) de un delito común en su caso (como sucedería en los delitos especiales impropios), pues se trata de delitos especiales propios.

Los dos intervinientes en el hecho entonces serían impunes. Por cuanto, habría que absolver al sujeto de atrás *extraneus* del delito especial, lo que no parece satisfactorio, al margen de que se le pudiera castigar por algún otro delito en relación con el medio utilizado frente al instrumento, como, por ejemplo, por amenazas o coacciones.

Por ello, ante la insatisfactoria situación actual, es recomendable dar al problema una solución, como la que se indicó en el supuesto anterior.

En síntesis, Sancinetti (2020) sostiene que, si la punibilidad de la participación depende realmente de ciertas características del hecho principal, esto tendría que constituir una garantía de indemnidad para el partícipe de un hecho que no cumpla con esas condiciones, y que si su "garantía" se reduce a transformarse siempre en "autor" (mediato), más le valdría que no se le reconociera una garantía como ésta. Detrás de tal "procedimiento

de sustitución", solo puede ocultarse una teoría extensiva de autor, es decir, una teoría que considere las formas de participación en sentido estricto, como hipótesis de verdadera autoría.

En efecto, los mayores cuestionamientos al principio de accesoriedad provienen de su bajo rendimiento en función de las soluciones poco satisfactorias que arroja frente a los casos que en parte han sido expuestos en los ítems anteriores.

Como señala Sancinetti (1997), para un texto como el CP argentino, que no dice nada sobre la accesoriedad desde el punto de vista interno, no hay ninguna razón plausible para atenerse a un principio que no conduce a soluciones razonables. Por ello habría que, acudir a un criterio que prescinda de las formas de la accesoriedad, por cuanto considera que ésta no tiene razón de ser.

Exceso de la conducta del instigado.

Se habla de exceso cuando el hecho del inducido va más allá de la voluntad del inductor. La responsabilidad del instigador no puede ir más allá de la acción que instigó y que fue realizada. Conforme a ello, si el instigado ejecutó una acción más grave que la determinada por el instigador, solo responde por el hecho incitado salvo que haya obrado con dolo eventual, en este caso, estamos ante un supuesto de exceso cuantitativo.

Ahora bien, si el autor comete un hecho distinto al que el instigador determinó, de trata de un supuesto de exceso cualitativo en cuyo caso el instigador no será responsable. Si las desviaciones del hecho principal respecto del dolo del instigador no son esenciales, subsistirá la responsabilidad del instigador.

Soler (1983) al referirse al exceso del instigado, entiende que no hay que llamar exceso a cualquier variación en que el ejecutor incurra; la variación tiene que ser relevante en el sentido de la ley y comportar una responsabilidad de distinta categoría. Si se instigó el homicidio de A y se mató a B por error in personam o aberratio ictus, esa desviación no es esencial para el ejecutor como para el instigador. Exceso hay solamente cuando la

responsabilidad por el hecho que se ha representado el instigador es cualitativamente distinta (homicidio-parricidio; hurto-robo).

Complicidad.

El CP distingue dos formas de cooperación: la primera, denominada cooperación o complicidad necesaria, se encuentra establecida en el art. 45 que castiga con la misma pena del autor a los que “presten al autor o autores un auxilio o cooperación sin los cuales [el hecho] no habría podido cometerse”. La segunda se denomina complicidad secundaria, que se castiga con una pena inferior, y se recoge en el art. 46 CP.

Se define a la complicidad como la cooperación dolosa en un hecho punible cometido dolosamente por otro (Maurach, Góssel, Zipf, 1995). Asimismo, también se sostiene que “el partícipe se limita a favorecer un hecho ajeno (principio de accesoriedad), no participa en el dominio del hecho y el autor no necesita conocer el apoyo que se le presta. Aspecto en que la complicidad se distingue de la coautoría, puesto que ésta requiere el dominio del hecho, sobre la base de una resolución común” (Donna, 2002, p. 107).

“La cooperación puede serlo tanto por medio de hechos como de consejos. El aporte, en consecuencia, no debe ser necesariamente causal material” (Bacigalupo, 1996, p. 210). A su vez, “la contribución del cómplice debe haber posibilitado, facilitado, intensificado o asegurado la realización del hecho delictivo; los meros intentos de entregar asistencia no alcanzan a exhibir el carácter de complicidad” (Kindhauser, 2007, p. 289).

En lo que respecta a la causalidad, se sostiene que “es un requisito necesario para afirmar la tipicidad objetiva de la aportación del cómplice”. (Roxin, 2007, p. 538). Pero no es el único: “al Derecho penal solo le interesan los resultados causados por acciones u omisiones desvaloradas jurídicamente. En consecuencia, la delimitación de la conducta típica de complicidad pasa por definir tanto los requisitos del desvalor de la acción del cómplice como del desvalor del resultado de colaboración” (Bacigalupo, 1998, p. 387).

Además, el requisito de la imputación objetiva no solo es un elemento necesario para atribuir el resultado como autor, sino también para la complicidad. En el caso de los cómplices, es esencial determinar si su ayuda al delito principal resulta en un aumento del riesgo, ya que solo a través de este elemento normativo se puede distinguir entre conductas que carecen de relevancia penal y aquellas que efectivamente contribuyen o facilitan la comisión de un delito.

“De acuerdo con los principios generales de la imputación objetiva, una contribución causal hacia el hecho solamente puede ser una complicidad cuando ha elevado el riesgo y con ello la posibilidad de éxito para el autor” (Roxin, 2007, p. 550). Entonces, constituye una exigencia de la complicidad que aumente el riesgo de comisión del hecho principal.

Elementos objetivos de la complicidad

La complicidad puede consistir en una ayuda material o en consejos.

Ello lleva a distinguir entre una complicidad física y una complicidad psíquica. Habrá complicidad física cuando el cómplice presta un auxilio técnico, que facilita o favorezca la ejecución del hecho. Por ejemplo, proporciona una pistola, una ganzúa, una escalera, una llave, facilita una dirección, indica unos horarios. En tanto, habrá complicidad psíquica cuando el cómplice fortalece mediante consejos la decisión del autor (López Barja, 1996).

“La ayuda intelectual admite cualquier forma de modo que es posible que también se pueda aportar mediante consejos, que pueden ser jurídicos, indicaciones sobre el lugar de los hechos o los movimientos de la víctima, el fortalecimiento en la voluntad criminal, la entrega de objetos que sirvan para impedir la individualización del autor, etc.” (Donna, 2002, p. 108)

“La complicidad psíquica ha sido aceptada por la doctrina, incluyendo la alemana y la española. Sin embargo, el problema que plantea la complicidad psíquica es de índole probatoria, tanto en su existencia, como en el grado de influencia, lo que repercute en su punibilidad” (Casabianca Zuleta, 2009, p. 127).

De igual forma, hay que tener cuidado en no confundir el consejo que da el determinador con el consejo del cómplice psíquico o psicológico: mientras que el consejo del determinador está encaminado a sembrar la idea criminal en el futuro autor, el consejo del cómplice psíquico favorece o refuerza ese plan criminal ya preexistente en el autor.

La presencia del plan delictivo en el autor ha llevado a considerar, en algunos casos, la impunidad de la conducta del cómplice psíquico; sin embargo, se plantean excepciones, como cuando éste le da al autor nuevos motivos, disipa sus dudas, o promete callar dándole más fuerzas, para que el autor despliegue su conducta (Maurach, Góssel, Zipf, 1995).

Elementos Subjetivos.

En lo que respecta a la imputación subjetiva, se sostiene que la complicidad es dolosa. El cómplice debe actuar dolosamente, por lo que su conocimiento debe comprender la noción que su aporte, presta ayuda a otro para facilitarle la ejecución del hecho, como así también que colabora dolosamente en un hecho ejecutado dolosamente por el autor.

La participación es el delito doloso cometido por vía de un injusto doloso ajeno. “Es un concepto de referencia que permanece ligado a un hecho ajeno, lo que le otorga un inevitable carácter accesorio” (Zaffaroni, 2000, p. 758). Por ello, no sería admisible la participación en delitos imprudentes. “*De lege ferenda* tampoco sería admisible, pues la participación culposa afectaría un límite de la realidad que la construcción jurídica no puede desconocer” (Stratenwerth, como se cita en Zaffaroni, 2000, p. 761).

Zaffaroni (2000) considera que la ley no podría hacer más que tipificar autorías culposas, aunque quisiese llamarlas de otro modo. Y agrega que tampoco es concebible la participación dolosa en hecho culposo, pues por lo general se trata de una autoría dolosa mediata. Y aclara, que, “la participación solo puede ser dolosa y en hecho doloso, no existe participación culposa en hecho doloso, ni participación culposa ni dolosa en hecho culposo” (p. 761).

No estamos de acuerdo con ninguna de tales premisas. Como se mencionó al tratar la inducción, el artículo 45 del CP no introduce restricción alguna en materia de accesoriedad, como tampoco limita la punibilidad de la participación a supuestos de dolo. Se entiende así que la expresión “hecho” al que hace referencia la norma es de carácter neutral a este respecto.

En tal sentido, explica Núñez (1978) sobre la posibilidad de convergencia intencional de los partícipes en el hecho culposos, que, “así como el obrar delictivamente por culpa no excluye la intencionalidad de la conducta calificable como imprudente, tampoco la intervención de varios en el acto de culpa elimina la posibilidad de una situación intencional, recíproca o unilateral que lo muestre como resultante de un proceso de ayuda, auxilio o cooperación” (p. 278).

Por su parte, Cerezo Mir afirma que “desde el momento en que el delito imprudente está constituido, cuando al desvalor del acto se le añade el desvalor del resultado, hay posibilidad de la participación de un delito imprudente... Se puede inducir a ir rápido, a cruzar un semáforo en rojo, sin la intención del resultado mortal” (Donna, 2002, pp. 100-101)

En nuestro país, autores como Núñez (1978) y Soler (1983) admiten la posibilidad de participación en los delitos culposos. No obstante, Núñez (1978) niega, la posibilidad de participación culposa en delitos dolosos. Roxin también admite la participación en los delitos culposos (2014, P. 596).

Jakobs (1996) advierte que, “la cualidad que reviste el ilícito del autor principal no constituye un presupuesto razonable para determinar el quebrantamiento de la norma cometido por el partícipe. Asimismo, que ni en los aportes de coautores ni en los de partícipes, la concurrencia tiene nada que ver con la concurrencia consciente y querida, con el favorecimiento doloso de hechos dolosos o restantes interioridades” (p. 262).

Es decir, “el fundamento de la responsabilidad no son los acuerdos, sino la competencia por conformar el mundo de una manera riesgosa, no permitida. Esta

competencia objetiva convierte a la conducta de ejecución en propia también para los que participan en el campo previo” (Jakobs, 1996, p. 263). Estos últimos son los partícipes. Por lo tanto, “la posibilidad de participación en hecho no doloso tendría, pues, que reconocerse *de lege ferenda*” (Jakobs, 1997, p. 767).

Ricardo Robles Planas (2003; 2006; 2012) toma posición a favor del reconocimiento de la participación en el ámbito de los delitos imprudentes. Y se basa en que el art. 12 del Código Español no lo impide, como tampoco razones de política criminal. Asume así, la doble posibilidad de participación imprudente en hecho doloso y participación dolosa en hecho imprudente, y la solución de problemas relacionados con delitos cometidos en la empresa, que frecuentemente presentarán la estructura de hecho imprudente del delegado y, por tanto, necesidad de fundamentar la posible responsabilidad del delegante como participación en hecho imprudente (Cuello Contreras, 2009)

Roso Cañadillas (2002) es autora de la primera monografía exhaustiva sobre la participación en el delito imprudente en España (Cuello Contreras, 2009).

La autora construye los casos de autoría imprudente inmediata contrastándola con la participación. En ejemplos como el del conductor que cede el volante a su inexperta mujer, que por su negligencia causa un accidente mortal, autor inmediato de la imprudencia es solo la mujer, que es quien inmediatamente realiza el tipo de imprudencia, en tanto que su marido es solo partícipe. Y siempre que interviene después otro, ese otro es autor, salvo que lo que intervenga después sea un agente de la naturaleza. Trata también la autoría mediata imprudente, como el del conductor que invade la senda peatonal y determina que un peatón huya despavorido siendo atropellado por otro vehículo que circula correctamente, o el del peatón que primero se ofrece a dirigir una maniobra del camionero sin visibilidad y origina un accidente mortal. En ellos, se da el fenómeno de la instrumentalización característico de la autoría mediata, que hace que el hombre de detrás tenga el dominio objetivo y positivo de la autoría mediata en este caso imprudente.

En lo que respecta a la coautoría culposa plantea como ejemplo el caso de dos albañiles que arrojan al vacío una viga de hierro que aplasta otro operario que se encuentra debajo. Y fundamenta la autora en el simple hecho de que arrojar una viga puede ocasionar daños y en el conocimiento de que actúan al unísono, sin que sea necesaria la representación del resultado ni conciencia de que tanto uno como el otro infringen un deber, el mismo deber.

Por lo que se refiere a la participación imprudente, Roso Cañadillas no advierte inconveniente (dogmático, que sí de derecho positivo) en reconocer la participación imprudente en un hecho imprudente, como se mostró en el ejemplo de la autoría directa inmediata imprudente. Y con la participación imprudente en un hecho doloso, como lo demuestra la circunstancia de que haya que acudir a la prohibición de regreso para excluir la punibilidad del caso en que, habiéndose actuado imprudentemente, se produce después la intervención de alguien que actúa dolosamente. Incluso, ve posible la participación dolosa en un hecho imprudente.

Entendemos que la estructura de la complicidad es compatible con la imprudencia. La complicidad se basa en una mejora en la capacidad de otra persona para ejecutar una determinada acción. El cómplice salva al autor de la necesidad práctica de ejecutar una acción auxiliar que, de no ser por la intervención accesoria del primero, el segundo tendría que hacerlo el él mismo. De igual modo que en la inducción, lo que se favorece es la ejecución de una determinada acción sin que se precise que el cómplice o el autor hayan previsto el carácter típico del comportamiento cuya ejecución se ha facilitado.

“Ello es sensato en la medida en que el efecto de favorecimiento que puede surtir la acción de una persona en la de otra —sea determinando o facilitando su ejecución— es exactamente el mismo independientemente de que, bajo alguna modalidad de participación, el hecho así favorecido sea imputable a la primera a título doloso o imprudente” (González Lillo, 2023, p. 104).

Como consecuencia de lo mencionado, adquieren relevancia los principios de prohibición de regreso y principio de confianza, en tanto que representan los límites a la intervención punible, a fin de distinguir entre las conductas que constituyen complicidad de aquellas que serían neutrales.

Así, al que participa en el tráfico le cabe confiar en que el otro partícipe se comportará también en forma correcta, en tanto que no se le manifieste claramente lo contrario o concurran en este sentido circunstancias especiales.

En el trabajo en equipo, en el caso de la actuación de los médicos, la aplicación del principio de confianza suele expresarse en el sentido que el médico puede en principio confiar en que sus colaboradores actuarán cuidadosamente en la ejecución de los cometidos transferidos a ellos cuando se hallan correspondientemente preparados y adiestrados y son supervisados en general dentro de unos límites razonables (Romeo Casabona, 1981). Para Silva Sánchez (1994) cada especialista puede contar en principio con la colaboración correcta del colega de la otra especialidad; solo excepcionalmente, esto es, cuando consta la comisión de una infracción del deber de cuidado por el otro o existen dudas sobre su cualificación o fiabilidad, surge un deber de cuidado (que algunos denominan secundario), cuyo incumplimiento puede conducir a imputar el resultado lesivo al cirujano (por ejemplo, quien ha confiado, ya indebidamente, en una conducta diligente del anestesista).

Como se expuso en anteriores apartados, existirán casos en los que el tercero no desconoce la resolución delictiva del autor, no obstante, solamente toma en cuenta la posibilidad de un aprovechamiento delictivo de su contribución. Así sucede en el ejemplo dado anteriormente en el que un sujeto vende un destornillador y no sabe que el adquirente quiere utilizar el instrumento para robar en domicilios, pero lo considera posible debido a la apariencia sospechosa de éste y lo admite. Hay que ponderar si en tales casos se presenta una complicidad con dolo eventual. Ella en sí es posible, pero debe ser rechazada por regla general, conforme al principio de confianza. Según éste, “todos deben confiar en que los

demás no cometerán delitos dolosos en tanto una “inclinación reconocible hacia el hecho” del otro enerve esta suposición” (Roxin, 2007, p. 561).

Quien realiza algo estereotipado socialmente como adecuado no responde, y ello con independencia de lo que piense y conozca, mientras que quien se adecúa a un plan delictivo está ofreciendo una razón para que el acto ejecutivo le sea imputable (Jakobs, 1997b; Lesch, H, 1995). Solamente si el sujeto ha adaptado su comportamiento al plan del autor se podría decir que ha sobrepasado los límites propios de su rol y se podría admitir que hay un riesgo no permitido.

Conforme se sostuvo al comienzo de la presente investigación, según el principio de autorresponsabilidad, cada uno debe de responder de las consecuencias de su propio comportamiento y no de lo que otro hace. Para esto, es determinante el rol que esta persona ocupa. De esto se deduce que debe excluirse también la imputación de aquellos hechos que un tercero extiende arbitrariamente del acontecimiento del que por el rol responde el primero (Jakobs, como se cita en Donna, 2002)

En la participación se trata de una conducta pre-ordenada, de manera que sea una continuación de una cosa del autor. Existe pues un reparto de trabajo que tiene exigencias propias”. En el caso del taxista, éste solo tiene que ocuparse de llevar a la persona al destino indicado por ella, pero sin importarle adónde aquella se dirige ni qué va a hacer allí (Jakobs, como se cita en Donna, 2002, p. 37)

Sin embargo, los partícipes han de responder no solo por sus prestaciones sino por el impulso del acontecimiento, en la medida en que han hecho posible un determinado comportamiento del receptor de la prestación. La pregunta clave es determinar cuándo se está ante un trabajo aislado y cuándo ante un trabajo coordinado. “El partícipe se halla conectado con el ulterior agente cuando y en la medida en que su aporte no solo posibilita, sino que aporta la relevancia objetiva para la ejecución de este comportamiento” (Jakobs, como se cita en Donna, 2002, pp. 37)

Hay contribuciones que, si bien no están prohibidas, comportan el peligro de la continuación de una acción delictiva, y quien aporta una ayuda en este caso queda comprometido en comunidad con el ejecutor. Por ende, se puede afirmar que “el partícipe responde penalmente porque la ejecución, a través de una división vinculante del trabajo, es también una ejecución suya. Por lo tanto, todos los partícipes ejecutan, ya que por su mano se lleva a cabo la ejecución” (Jakobs, como se cita en Donna, 2002, p. 38) Por lo tanto, se puede afirmar que el dominio del acto lo tiene el colectivo y la pregunta sobre quién tiene el dominio queda como una cuestión superada.

En efecto, el dominio del acto lo tienen todos; unos poco y otros mucho, pero no se trata de una cuestión acerca del sí de la imputación, sino, solo de una cuestión acerca de la medición de la pena. El hecho tiene el significado de ser tan propio del autor como del partícipe. Por tanto, el hecho es único y pertenece tanto al partícipe como al autor. La relación de dependencia no se produce entre interviniente y autor, sino entre interviniente y hecho.

Comunicabilidad de las circunstancias.

El artículo 48 del Código Penal argentino establece que las agravantes o atenuantes de la pena que provengan de circunstancias especiales del autor no se extienden a los partícipes. Para Zaffaroni (2000) se llama “comunicabilidad de las circunstancias a lo que no son más que las consecuencias de la accesoriedad de la participación y del principio de culpabilidad” (p. 766). Para el autor la regla del art. 48 es innecesaria, porque la individualidad de las características personales que hacen a la culpabilidad surgiría de la accesoriedad limitada de la participación.

“La posición mayoritaria entiende por relaciones los vínculos a otras personas o cosas, como la cualidad de un funcionario titular de un cargo y otras “posiciones de deberes fundamentadoras de la autoría”, por cualidades características o situaciones vinculadas

indisolublemente al autor, como, por ejemplo, su sexo, y por circunstancias elementos no subsumibles en los otros dos conceptos, como la profesionalidad o la habitualidad” (Falcone, 2020, p. 426)

Sostiene Soler que el hecho es común pero que la culpa es individual, por eso las responsabilidades de los partícipes pueden ser distintas. (Derecho Penal Argentino, T. II, p. 260) Respecto a los principios generales nombrados, podemos decir que, por identidad de hecho, el autor citado entiende que la obra de varios partícipes, para que pueda ser atribuida a todos ellos, tiene que consistir en algo jurídicamente unitario. El caso normal de participación estará constituido por acciones diversas de los varios partícipes; uno penetrará en la casa, el otro llenará la bolsa con lo robado, otro vigilará, otro se encargará del transporte. Todas esas acciones, dispares si se las considera objetivamente, deben tener un sentido de convergencia jurídica hacia una misma figura delictiva. (Soler, Derecho Penal Argentino, p. 330)

Ahora bien, cuando se trata de accidentes de naturaleza personal determinantes respecto de la responsabilidad de los partícipes en el delito, la cuestión reside en saber si esos accidentes tienen influencia respecto de los partícipes a los que no les corresponden, en este caso la cuestión se resuelve según lo dispuesto en el art. 48

Esquemáticamente, señala Soler (1983) que “las circunstancias personales que excluyen o atenúan la pena no se comunican, aunque sean conocidas; las otras se comunican cuando son conocidas” (p. 261).

En los casos de homicidio preterintencional, 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 dolosamente 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 (Frister, 2011, p. 608).

Esta combinación entre participación dolosa y autoría imprudente no es más que un bucle generado por la accesoriedad, pues, según éste, la participación en un hecho culposo no sería admisible y, por tanto, toda intervención en este tipo de delitos asume el carácter de autor. Por ello, admitida la participación en tal categoría de delitos, esa figura mixta dejaría de ser necesaria, por cuanto no habría impedimento de que al partícipe se le atribuya el delito de homicidio preterintencional.

Clases de complicidad: Teorías que diferencian entre partícipe primario y secundario.

Si algún problema existe en la doctrina argentina es la distinción entre el cómplice primario y el secundario.

De manera provisoria, podemos afirmar que cómplice secundario es quien ha prestado una colaboración que no es indispensable para la comisión del delito. Con ello no hemos dicho mucho, ya que no se sabe qué es lo indispensable y qué lo que no lo es.

A fin de determinar si la colaboración prestada por el cómplice ha sido necesaria o no, la doctrina ha elaborado distintos criterios para poder dar claridad a este tema.

Siguiendo la clasificación que hace Donna (2002), encontramos:

a) El llamado criterio concreto, que afirma que será cooperador necesario aquel que con su conducta ponga una condición sin la cual el delito no se hubiera cometido.

Antón Oneca (como se citó en Donna, 2002) dice que la necesidad del acto aportado por el partícipe primario puede estimarse en relación con el caso concreto o de un modo genérico. Cómplice necesario es quien pone condiciones sin las cuales el resultado delictivo no hubiera podido llevarse a cabo, y cómplice secundario sería solo el que puso una condición que afectaba la forma de realización del hecho.

b) Por otro lado, el "criterio abstracto" afirma que hay que dejar de lado las circunstancias concretas del caso y preguntarse si la forma de cooperación es necesaria en general para la comisión del delito. Según esta posición, el juez debería tener en cuenta qué

hubiera sucedido hipotéticamente, suprimiendo in mente la actividad cuya necesidad se pretende determinar. Si el delito se hubiera ejecutado también, el comportamiento objeto de examen constituiría participación secundaria; si el resultado criminal no hubiera tenido lugar, el comportamiento sería una participación necesaria o primaria.

c) Por otro lado, Gimbernat Ordeig (2006) desarrolló la "teoría de los bienes escasos", que a la luz de las teorías anteriores, es la que mejor permite determinar cuándo un comportamiento es participación necesaria o -en su defecto- secundaria. El autor, parte de un ejemplo no penal: si un inventor carente de recursos dice: "gracias a las 200.000 pesetas que me ha prestado ese capitalista, he podido comprar el material necesario para fabricar la máquina que he descubierto, pues sin ellas no hubiera podido construirla". En cambio, al inventor no se le ocurrirá ir a la tienda donde compró un destornillador, con el que apretó los tornillos de la máquina, y agradecer al dependiente que le haya proporcionado el instrumento; no se le ocurría decir que gracias a ese dependiente ha podido construir la máquina, que sin su ayuda ello no habría sido posible. Y, no obstante, qué duda cabe de que el destornillador que le vendieron fue una condición sine qua non del resultado (máquina) tal como en concreto se produjo. Luego de exponer esto, Gimbernat Ordeig se pregunta: ¿por qué se dice que la ayuda del capitalista ha sido imprescindible y por qué no se dice lo mismo de la actividad del dependiente de la tienda? ¿Por qué el inventor agradece al capitalista su prestación, y dice que sin ella la construcción de la máquina no hubiera sido posible? ¿Por qué no se le ocurre ir a la tienda a expresar su profundo agradecimiento por el suministro del destornillador? La respuesta es que las 200.000 pesetas son un bien escaso; el destornillador, no lo es. Este criterio de escasez no tiene ninguna relación, por supuesto, con el criterio económico. Para determinar si una cosa es escasa, el camino a seguir es pronunciar un juicio general y provisional.

Desde un punto de vista general, no son escasos, por ejemplo, un cuchillo, un bolígrafo, una medicina que se puede conseguir sin receta, una cuerda, un martillo, una

varilla de metal, una piedra, un palo, etc. Un bolígrafo utilizado como instrumento de una falsedad puede ser un bien abundante en una ciudad, pero uno escaso en un pequeño poblado de la selva africana.

Y desde un punto de vista provisional, pues se puede decir que la entrega al autor material de un cuchillo, de una cuerda, de un bolígrafo, etc., constituye complicidad. En cambio, la de dinamita, la de las 20.000 pesetas que el novio precisa para pagar al sujeto que va a realizar el aborto de su novia embarazada, la del veneno que se vende solo con receta, constituye cooperación necesaria.

Es decir que, de acuerdo con el criterio expuesto, lo que debemos hacer para determinar si una conducta es participación primaria o secundaria será analizar el aporte realizado, ubicándolo en tiempo y espacio, en el caso concreto. No será lo mismo proporcionar, como bien dice el autor, un bolígrafo para falsificar un documento en una ciudad donde aquél es fácilmente asequible, a los casos en los que el mismo sea proporcionado en medio del campo, por ejemplo. Es decir, se trata de saber si el bien, en ese momento y lugar, era escaso para el autor. Resumiendo, en el lenguaje corriente se habla de cosas sin las cuales no se hubiera podido llevar a cabo determinado propósito. Esta frase tiene sentido, aunque se desconozca cuál es el curso que habrían tomado los acontecimientos si el objeto no se hubiera recibido. Y tiene sentido siempre que se trate de que alguien pone a disposición del sujeto un bien escaso. En cambio, un bien abundante, y aun cuando haya contribuido también a la producción de un determinado resultado, no se dice que gracias a él el propósito fue cumplido. La calificación de un medio como escaso o abundante puede llevarse a cabo perfectamente, sin necesidad de tener en cuenta consideraciones hipotéticas.

d) Las teorías en la doctrina nacional: Afirma Zaffaroni (2000) que, en la complicidad secundaria, la cooperación no debe ser necesaria para la comisión del hecho y, agrega, en cuanto al criterio para determinar la necesidad, que la doctrina local no resulta del todo clara, hasta el punto de haberse pretendido que debía quedar librada al prudente arbitrio judicial.

Diferencias entre coautoría y complicidad.

Ambos títulos de imputación constituyen manifestaciones de la intervención de dos o más personas en la realización de un delito. Nuestro Código, a diferencia de otros como el alemán o el CP español, no define concretamente a la coautoría. No obstante, podría considerarse que la expresión plural de “los que tomasen parte en la ejecución del hecho...”, haría referencia más bien a los coautores, y la definición de la que carecería sería la de autor.

Righi explica que mientras el coautor funcional actúa durante la etapa de ejecución del delito, el comportamiento del cómplice es anterior, pues realiza su aporte durante la preparación del delito. Así, por ejemplo, es cómplice primario quien facilita los planos del banco para que pueda realizarse un robo, pues si bien su aporte es imprescindible, no domina el hecho en la medida en que todavía no comenzó a ejecutarse. Y, por otro lado, son cómplices primarios, aun cuando realizan aportes imprescindibles durante la ejecución del delito, aquellos que no pueden ser autores, como sucede en los delitos de infracción de deber (2010, p. 400)

Para Soler (1983) es borrosa la delimitación entre cómplice primario y coautor, pues objetivamente, los aportes de ambos aparecerán como integrantes de la consumación. Pero esta distinción, dada la equiparación de unos y otros, carece prácticamente de interés: “tan homicida es el que asesta las cuchilladas como el que sujeta a la víctima (coautor) como el que, presente en la incidencia, alcanza al autor el revólver, arma sin la cual éste no podía vencer y matar a su contrincante” (cómplice primario) (p. 272).

Weezel (2012) expresa que la distinción entre coautores y cómplices sigue siendo incierta y altamente problemática para los tribunales de justicia. Incluso se apela genéricamente a una ponderación judicial que considere todas las circunstancias del caso concreto con el fin de establecer si un determinado aporte ha sido o no indispensable; una solución así formulada, se encuentra próxima al decisionismo (p. 159)

El tratamiento del “loro” y del “jefe de la banda” en doctrina y jurisprudencia son ilustrativos en este sentido. El loro o campana, es tratado en ocasiones por la jurisprudencia nacional como cómplice primario, en otras como coautor y puede llegar también a considerarse como cómplice secundario.

Para Pessoa (2020), no puede ser coautor

“quien, por ejemplo, hace de “campana”, o lleva al lugar del hecho quien habrá de ejercer violencia o tomar la cosa, como tampoco lo es quien mediante cierto sistema de comunicaciones coordina acciones de quienes ejercen violencia o apoderamiento, pues estas conductas no son realizadoras del comportamiento relevado por el tipo. Solo es autor y, en consecuencia, coautor del robo, quien ejecuta actos de violencia o de apoderamiento ilegítimo de la cosa mueble ajena” (p. 604).

Según la teoría del dominio del hecho, el comportamiento del que vigila el lugar del delito y el del jefe de la banda que no participa en la ejecución (pero que ha elegido a los miembros de la banda y determinado la víctima, el tiempo, lugar, medios y modalidades del hecho) son tratados de manera tal que el primero, por regla general, es coautor, mientras que el segundo solo puede ser partícipe.

Para Roxin (2000) el jefe de la banda que no concurre a la ejecución del hecho nunca puede ser coautor, aunque haya hecho todo lo demás, “el cabecilla de una banda de ladrones o el jefe de unos *gángsteres* no puede ser coautor si su actividad se limita a planear los delitos, dejando a los demás la ejecución” (p. 330).

Sostiene Weezel (s.f.), que esta consecuencia, que en general no ha sido aceptada por la jurisprudencia, resulta además completamente contra-intuitiva. “Quien selecciona y reúne a los miembros de la banda y, además, determina la víctima, el tiempo, el lugar, los medios y las modalidades de comisión no permanece al margen del hecho, tampoco –en contra de lo que postula Roxin– cuando abandona a otro, en división del trabajo, la última parte de la ejecución” (p. 71).

En el extremo opuesto, para que el “loro” sea considerado como coautor, basta, según Roxin (2000), con que el hecho “pudiera haber dependido” de su aporte.

Es coautor el que se queda vigilando si la ejecución del hecho exigía un puesto así, esto es, si esta actividad aparecía como función autónoma en el marco de la cooperación bajo forma de división del trabajo. Por el contrario, solo se da participación si, por ejemplo, una banda de atracadores lleva consigo por primera vez a un "aprendiz" a fin de irle fogueando en el ejercicio de la "profesión" y lo deja vigilando en un lugar poco importante, pues aquí la realización del plan no depende de su aportación al hecho...que el quedarse vigilando fundamente coautoría o no depende de las circunstancias del caso concreto y requiere una solución judicial individual (Roxin, 2000, p. 313).

Por lo tanto, si conforme a esta teoría la conducta del “loro” y del jefe de la banda son tratados de tal manera que el primero será considerado por regla general coautor (en razón de un dominio “potencial” del hecho) mientras que el segundo solo puede ser cómplice, es inevitable preguntarse si el criterio de autoría escogido es el adecuado, o si no comporta más bien una distorsión valorativa importante (Weezel, s.f.).

La teoría del dominio del hecho no funciona en los casos, cada vez más frecuentes en contextos organizados, en que no concurre ninguna de las formas de dominio fáctico capaces de convertir a alguien distinto del ejecutor material en figura central del hecho: no hay dominio de la voluntad, no existe dominio funcional del hecho, ni puede hablarse, en el mismo sentido, de un dominio de la organización. Junto a otras consideraciones teóricas, esta demanda insatisfecha de la praxis ha llevado al desarrollo de modelos alternativos para la interpretación de las reglas sobre intervención delictiva (Van Weezel, s.f.)

El jefe de la banda, siempre que su configuración parcial del hecho alcance el suficiente peso relativo, debería de recibir una pena superior, a diferencia de aquél que asegura el lugar del hecho, en razón de la medida menor de configuración parcial de la

realización del tipo, no obstante que, tanto la coautoría como la participación primaria sean castigados con la misma, es posible moverse dentro de tal escala penal que posee un mínimo y un máximo.

La categoría de interviniente, en tanto sujeto competente por una infracción colectiva de deberes, sería el punto decisivo para la atribución de responsabilidad, conforme a la imputación objetiva de su comportamiento.

De esta forma, se puede cuantificar un aporte como complicidad pese a realizar acciones ejecutivas en el sentido de la acción típica, como también puede haber coautoría en la fase preparatoria. Lo relevante para la diferenciación sería el contenido expresivo del quebrantamiento de la norma, evaluado desde una perspectiva ex post acorde a lo efectivamente configurado por cada interviniente.

“El cómplice configuraría en menor cuantía que el coautor, pues su aporte tendría una menor magnitud en la materialización (concreta) de la realización típica, aun cuando se constatará el *factum* de haber causado el resultado con su propio cuerpo” (Bazcur, 2015, p. 220)

Asimismo, como se expuso en capítulos anteriores, la doctrina en su mayoría asume, que existen diferencias cualitativas entre los intervinientes, así mientras el autor comete su propio delito, el partícipe (cómplice e inductor) presta una contribución accesoria al delito ajeno. El autor ocupa el *sitio* preferente, es el protagonista o actor principal, a partir del cual, por efecto reflejo, se lograrían identificar las conductas de participación, razón por la que, la gran mayoría de las construcciones se denominan teorías sobre la autoría.

La categoría de interviniente, en tanto sujeto competente por una infracción colectiva de deberes, sería el punto decisivo para la atribución de responsabilidad, conforme a la imputación objetiva de su comportamiento. Así, lo relevante para la diferenciación sería el contenido expresivo del quebrantamiento de la norma, evaluado desde una perspectiva ex post acorde con lo efectivamente configurado por cada interviniente.

Para determinar las cuotas de configuración con peso de coautoría, Van Weezel (2009) considera que desde una perspectiva ex post, deben evaluarse los comportamientos desplegados por cada interviniente utilizando, ejemplificativamente, los siguientes parámetros:

(i) Analizar la estructura de los tipos penales (donde el dominio fáctico del hecho, atendida la realización concreta, podría otorgar cierta ayuda); (ii) el significado de la acción ejecutiva en el contexto del hecho total (sobre todo en delitos donde la ejecución puede difuminarse fenomenológicamente mediante la división de funciones) y; (iii) la importancia del aporte para que la realización adquiriera o no su forma concreta (el tercero que, fijadas ya las condiciones de funcionamiento por otro, solo presiona el botón de la máquina infernal, debería ser castigado como cómplice) (p. 335-341).

El cuántum del aporte

El concepto de la ponderación del peso del aporte ya había sido considerado por Roxin (2000), quien yendo en contravía de la teoría objetivo formal reseñó que la autoría y la coautoría no se podían limitar a la realización del tipo, y en el caso del que asume el rol de “campana” en un robo, será coautor no porque haya realizado el tipo o parte de este, sino que ello obedece a la importancia de su aporte en el hecho.

En nuestra legislación, el art 45 del CP prevé la misma pena establecida para el autor respecto de todos los intervinientes – a excepción del cómplice secundario –.

No obstante, en contra de tal asimilación punitiva por ej. Rusconi (2017) plantea que el hecho de que las escalas punitivas para el instigador y para el autor sean idénticas, podría lesionar el principio de proporcionalidad.

Por cuanto,

El inductor actúa en un momento bastante lejano dogmáticamente hablando, del proceso lesivo propiamente dicho. Nada aporta en verdad el inductor al riesgo desplegado por el autor. Solo ha generado una condición posible, cuyas consecuencias internas desconocemos completamente (¡y que nunca se externalizan de modo propiamente lesivo!), de la decisión que acompañará a ese riesgo. Una decisión que, en sí misma, sigue siendo atribuible al autor. Por ello no parece razonable esa parificación punitiva prevista legislativa-mente (Rusconi, 2014, p. 40).

Por su parte, Heiko Lesch (1997) sostiene que la cuota de responsabilidad no se rige en realidad, por la configuración fáctica del hecho por los intervinientes en el mundo exterior, sino según la dimensión de la importancia comunicadora de dicha configuración respecto a la vigencia de la norma. Por ejemplo, el que aprieta el botón y pone en marcha una máquina delictiva que otro ha planeado y construido, tomado este aporte –mínimo- como colaboración físico-causal, este *quántum* conducirá a una responsabilidad como partícipe. Pero, si se valora el aporte según la relevancia para la vigencia de la norma, ese *quántum* es enorme para el quebrantamiento de la norma, este adquiere una manifestación objetiva de especial importancia, pues es la decisión determinante para la producción del resultado, el cual es sobresaliente en el quebrantamiento de la vigencia de la norma.

Los límites entre autoría y participación son graduables y fluidos, como la convicción de los ejecutores, la intensidad de su lesión, el medio, el plan criminal, y otras circunstancias que pertenezcan al desarrollo del tipo, y, sin duda alguna, la valoración de la posición de garante que le competa. El *quántum* delictivo puede valorarse en la etapa preparatoria, tentativa, ejecución y consumación, lo decisivo es el significado del daño para la vigencia de la norma, es así como los aportes cercanos a la perturbación de la norma tienen un mayor peso que los aportes lejanos (Lesch, 1997, p. 72).

Conclusión

Bajo el presente título se analizaron de modo particular los tipos de intervención delictiva agrupados tradicionalmente bajo el título de partícipes, tales el instigador y el cómplice primario y secundario.

Se han expuesto los aspectos objetivos y subjetivos de las modalidades de intervención mencionadas, además de los conceptos asumidos por la doctrina, sus requisitos, y diferencias con otras modalidades de intervención. En el caso de la instigación, su diferencia con la autoría mediata y brevemente con el agente encubierto. Y respecto de la complicidad primaria con la coautoría, como así también se señaló la teoría mayormente aceptada para distinguir entre el aporte brindado por el cómplice primario en relación al secundario. Asimismo, se han expuesto los problemas que plantea la asunción del principio de accesoriedad limitada, las posturas de algunos autores respecto de la posibilidad de la participación culposa y de la participación dolosa en hecho culposo, y la relación entre tales formas de intervención con los criterios de imputación objetivo explicados en capítulo anterior.

CONCLUSIONES

PRIMERO: El principio de autorresponsabilidad posee una incidencia trascendental en la determinación de la responsabilidad penal, y tiene un efecto aislante en caso de pluralidad de agentes, pues establece quiénes han asumido un comportamiento penalmente reprochable y quiénes no. En síntesis, el principio de autorresponsabilidad implica que cada sujeto merece ser responsabilizado por su propio hecho y no por lo que haya ejecutado otro, que cada sujeto ha de responder por las consecuencias de su propio comportamiento, y a su vez, que no puede ser castigado por conductas ajenas. Entonces, la idea de que, la responsabilidad penal es por la propia conducta, es incompatible con la construcción de la participación entendida como injusto accesorio del injusto del autor.

SEGUNDO: Si por el principio de accesoriedad se entiende que la participación punible de cómplices e inductores supone la intervención en un hecho ajeno, el del autor, entonces, tales formas de intervención se presentan como una excepción al principio de autorresponsabilidad. No se puede construir el injusto de participación en función del injusto del autor, no es posible sostener que el partícipe interviene en un hecho ajeno, el del autor. Tampoco podemos postular que el hecho a que “acceden” los intervinientes depende exclusivamente del autor, de si actúa dolosa, justificada o culpablemente para luego construir el injusto de participación. El dolo, la justificación y la culpabilidad son personales.

TERCERO: Para sostener la diferenciación entre autoría y participación, han sido muchas las teorías que se han formulado a lo largo de la historia del Derecho penal, sin embargo, ninguna de ellas ha logrado explicar y abarcar sin complicaciones y de manera satisfactoria todas las formas de autoría: directa, mediata y coautoría, como así tampoco, su diferenciación respecto de las formas de participación: instigación y complicidad.

CUARTO: La accesoriedad limitada no se encuentra expresamente prevista en el Código Penal, por lo tanto, no existen obstáculos de derecho positivo para abandonarla. Tampoco

existen razones prácticas para asumir sus postulados, puesto que, ofrece soluciones poco satisfactorias o por lo menos dudosas, en relación a que, la ausencia de un injusto doloso anule toda posibilidad de participación, y en forma inversa, que la comisión de un hecho principal típico, doloso y antijurídico sea suficiente para afirmar la responsabilidad por participación.

QUINTO: se podría abandonar la idea de la accesoriedad interna en materia de participación sin que exista impedimento legal. En todo caso, se podría aceptar un tipo de accesoriedad general, entendida, no como existente entre un interviniente secundario y otro principal, sino, entre cada interviniente y el hecho típico configurado por el colectivo de aportaciones, sin el cual no hay delito. Respecto a la accesoriedad externa, se entiende que no se encuentra necesariamente ligada a la accesoriedad interna, por tanto, el abandono de esta no implica necesariamente la de la primera. Por cuanto la exigencia de que el hecho debe ingresar a un estadio ejecutivo para poder punir la conducta de los cómplices e instigadores, no hace referencia a la conducta del autor, sino al hecho típico. Los restantes elementos, como el aspecto subjetivo, la justificación, la culpabilidad y causa de exclusión de la pena serán personales.

SEXTO: Tampoco se advierten razones para sostener que la participación deba de ser necesariamente dolosa. Requisito que tampoco surge de forma expresa en nuestra legislación. Trabajar con un doble dolo no hace las cosas más sencillas, no existen razones para mantenerlo como particularidad del tipo subjetivo de la participación. Si tal requisito del dolo se suprimiera, cabría admitir la posibilidad de participación culposa en hecho culposos, y de participación dolosa en hecho culposos. Resulta sí, un tanto dudosa la participación culposa en hecho doloso en función de las implicancias del principio de prohibición de regreso y del carácter neutral de las conductas. De ello sigue que, la pregunta sobre si concurre en el interviniente singular dolo o imprudencia no puede situarse antes de la que se refiere a si

existe o no actuación conjunta. El contenido y la relevancia de los conocimientos que es necesario atribuir para imputar dolo o culpa solo pueden determinarse una vez que se ha resuelto la cuestión de la intervención delictiva. 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.

SEPTIMO: una construcción de la responsabilidad penal basada en una visión normativa de la responsabilidad penal, implica la afirmación de que existe un hecho único con significado para la vigencia de la norma, que se imputa a todos los intervinientes. Que los partícipes conforman junto con el ejecutor una persona colectiva cuya obra es la ejecución. Que la ejecución es el resultado de la actuación coordinada de los diversos intervinientes. La actuación de cada interviniente implica una configuración parcial de la realización colectiva del tipo, donde los distintos ámbitos de responsabilidad se funden en una expresión de sentido mancomunada.

OCTAVO: La conducta con expresión de sentido delictivo se halla íntimamente vinculada con la teoría de la imputación objetiva, y se entiende como la generadora de un riesgo prohibido. De acuerdo con la imputación objetiva, un determinado resultado es “la obra” de una persona, cuando pueda afirmarse que ella creó con su conducta un riesgo jurídicamente desaprobado que se realizó en el resultado.

NOVENO: Antes de imputar un resultado, hay que imputar la conducta que lo ocasiona. La responsabilidad será mancomunada cuando existan deberes coincidentes o complementarios entre los actores, esos deberes surten el efecto de fundir sus esferas de responsabilidad. Esto último ocurre cuando, existe un conjunto de deberes que *se intersectan en la realidad*, es decir, cuando el ordenamiento exige que se cumplan en el caso concreto. La índole particular de los deberes depende de los ámbitos de regulación de que se trate: tránsito, operaciones quirúrgicas, construcción, lavado de activos, etc. La razón para afirmar que la realización del

hecho típico delictivo también le “pertenece” a los partícipes consiste en que su conducta contiene un riesgo especial de continuación delictiva, de modo que a través del favorecimiento el sujeto genera una relación de sentido conjunto con el otro interviniente. Desde este punto de vista, el delito es una obra de todos.

DECIMO: las diferencias entre las categorías de autor y partícipes son de carácter cuantitativo. Y cuantitativo significa, que cada una de las cuotas de responsabilidad cuando el delito se organiza en forma de trabajo dividido se rige, al menos en principio, según la envergadura de la intervención. El art. 45 del CP, si bien establece que corresponde la misma escala penal para todos los intervinientes, a excepción del cómplice secundario, la pena efectivamente a imponer, no puede ser la misma para todos los intervinientes, en función de lo establecido en los arts. 40 y 41 del CP.

DECIMO PRIMERO: autores y partícipes pasan a ocupar especies dentro del género constituido por la noción de interviniente. El partícipe se encuentra en una idéntica posición a la del autor frente a la vigencia de la norma, de tal manera que ambos infringen la norma por igual. Entiéndase a las normas como expectativas institucionalizadas de conducta. No existe un determinado interviniente que tenga un papel más protagónico que otro, ni tampoco otro del que se conciba que no domine el hecho y que intervenga en una posición secundaria en un hecho ajeno dominado por un autor. Existen tipos de intervención delictiva o formas fenomenológicas de intervención (autoría, coautoría, complicidad e inducción).

DECIMO SEGUNDO: interviniente sería todo aquel sujeto competente por la realización del tipo, conforme a la definición jurídica de esferas de responsabilidad (o competencia) establecidas por las respectivas expectativas sociales. Así, la discusión fundamental gira entorno a la posibilidad de establecer un nexo de imputación entre interviniente e injusto, no entre interviniente y “autor” (al fin y al cabo, otro interviniente). Ese nexo es de carácter objetivo-normativo y la parte subjetiva es de cada interviniente: ni se comunica, ni se

requiere para poder castigar a los demás. Naturalmente, si un interviniente obra sin culpabilidad, entonces no nace su responsabilidad. Pero eso no convierte en inocua la conducta del otro interviniente que sí obra culpablemente.

DECIMO TERCERO: los sujetos que actúan en los actos preparatorios o posteriormente a la ejecución del delito, o no lo ejecuten de propia mano, pueden ser responsables del hecho en la modalidad de autor, siempre y cuando el peso de su aporte sea vital en el delito. Realmente, el comportamiento ejecutivo constituye el injusto de todos los intervinientes, a pesar de que alguno de ellos, desde un punto de vista material, “no lo ejecute” por sí mismo.

DECIMO CUARTO: desde el punto de vista de la imputación objetiva, esa acción colectiva debe significar la creación de un riesgo jurídicamente desaprobado, por cuanto si se mantuvo dentro del riesgo permitido, pierde trascendencia para el Derecho Penal como así también lo perderá el aporte individual que cada persona haya realizado en tal acción conjunta.

DECIMO QUINTO: si la acción colectiva puede ser considerada como creación de un riesgo jurídicamente desaprobado, el Derecho penal no solamente estará interesado en la valoración de tal colectivo, sino también en el aporte que cada persona haya hecho a dicha comunidad. Entonces, en un primer momento hay que comenzar por definir el tipo penal pertinente, objeto de imputación a todos los intervinientes. Seguidamente el ámbito de competencia que les concierne, los deberes y su intersección en la actividad, para que pueda ser considerada una actividad realizada en común. Es decir, se valoran los aportes de los sujetos intervinientes de forma individual, para verificar si pueden ser considerados como parte de la realización en el resultado de la acción conjunta.

DECIMO SEXTO: Una vez establecido que se trata de una acción colectiva realizada por el conjunto de individuos (dos o más) que ha creado un riesgo prohibido que se realizó en el resultado, el hecho total se imputa objetivamente a todos los intervinientes. Aquí se puede

concluir que el hecho les pertenece a todos y que todos forman parte de aquel, que son responsables por el hecho total. Por último, habrá de atenderse a la magnitud de la configuración en el hecho en concreto que haya llevado a cabo el interviniente en cuestión. Es decir, el injusto de cada interviniente en el hecho colectivo.

DECIMO SEPTIMO: En los supuestos en los que la división de trabajo es vinculante habrá intervención delictiva, y para que la conducta de un interviniente en sí misma considerada superadora del riesgo permitido pueda estimarse como parte integrante del hecho global, debe existir una intersección de deberes con el resto de los integrantes. La dinámica del actuar conjunto se caracteriza por la complejidad de la coordinación, es decir, identificar riesgos que emanan de la división de trabajo, ciertas “obligaciones” entre los intervinientes, derivadas de las expectativas recíprocas que surgen. Pues la intervención delictiva no es solidaridad entre los intervinientes, sino responsabilidad común y, por lo mismo, impone la necesidad de delimitar “lo mancomunado”, probablemente según ámbitos de regulación, es decir, de acuerdo a las expectativas institucionalizadas normativamente.

DECIMO OCTAVO: habrá división de trabajo aislante cuando se tornen operativos los criterios que permiten aislar a los sujetos, es decir los supuestos de división restringida del trabajo, en los que se analizará la prohibición de regreso y el principio de confianza. Puesto que, existen formas permitidas de intervenir en un delito. A estas últimas también se las denomina “conductas neutrales” o casos de “prohibición de regreso”.

DECIMO NOVENO: El principio de confianza junto con la prohibición de regreso, constituyen criterios que aíslan el comportamiento del resto de los intervinientes en la división de trabajo. Así, la prohibición de regreso excluye la imputación objetiva del comportamiento, cuando se trata de un comportamiento que de modo estereotipado es inocuo,

que se mantiene dentro del rol, y por tanto no constituye participación en una organización no permitida.

VIGÉSIMO: El principio de confianza se presenta en todos los ámbitos de la sociedad, en todas las organizaciones que se desarrollan dentro del sistema donde existe la división de trabajo entre personas. Estos principios permiten en su conjunto la precisión del alcance del deber de cuidado de los intervinientes. Sobre la base de sus postulados se facilita la definición de hasta dónde el deber de cuidado de cada sujeto incluye la conducta de los otros como parte del riesgo asumido a través de su propia actuación. La limitación al principio de confianza se configura si se presenta alguna de las llamadas *excepciones a la posibilidad de confiar* (mejor: a la protección de la expectativa) de que otro u otros se comportarán conforme a cuidado.

VIGÉSIMO PRIMERO: resulta posible el castigo de la participación en una conducta principal justificada (personalmente) para el que ejecuta el hecho, sin que sea necesario, recurrir a la autoría mediata. Las causas de justificación, son personales y por tanto aplicables solo a aquel sujeto en quien concurra.

VIGÉSIMO SEGUNDO: Podría haber instigación y no autoría mediata en los casos de que el ejecutor actúe bajo coacción. Podría haber participación en los delitos especiales siempre que concurra en cualquiera de los intervinientes la cualidad especial exigida por el tipo.

VIGÉSIMO TERCERO: Se podría hablar de intervenciones culposas en hechos culposos, en actividades que se rijan por la división de trabajo, previa verificación de los criterios de imputación objetiva (prohibición de regreso - principio de confianza). También se podría considerar la posibilidad de intervención dolosa en hecho culposo (podría presentarse el caso de instigación a un hecho culposo). 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. Resulta al menos dudosa la posibilidad de intervención

culposa en hecho doloso, no obstante, siempre cabe analizarla bajo los criterios de prohibición de regreso y principio de confianza.

VIGÉSIMO CUARTO: Por su parte, la coautoría en un injusto culposo representa una estructura de imputación factible. La construcción de dicha estructura presupone un análisis coordinado de los elementos internos de las categorías dogmáticas implicadas, tales la coautoría, como modalidad de autoría propia de un sistema diferenciado de intervención delictiva, y la imprudencia, como criterio de imputación subjetiva. Lo que constituye un tema que podría ser objeto de indagación en futuras investigaciones.

Referencias Bibliográficas

- Adler, D. E. (2018). *Autoría y delitos contra la humanidad*. Ed. Eudem.
- Agapito, L. R. (2020). *Presupuestos básicos para delimitar la punibilidad de la complicidad como forma de participación en delito ajeno*. Ubijus Editorial S.A. de C.V. Criminalia Academia Mexicana de Ciencias Penales. Año LXXXVII. Pags. 429- 453.
- Alonso, O. H. (2013). *Tratado de autoría y participación en derecho penal internacional. En Homenaje al Prof. Augusto Ramírez Ocampo*. Ed. Tirant lo Blanch.
- Bacigalupo, E. (1996). *Manual de Derecho Penal*. Ed. Temis.
- Bacigalupo, E. (1999) *Derecho Penal. Parte General*. 2ª Ed. Totalmente renovada y ampliada. Ed. Hammurabi.
- Balcázar Quiroz, J. (2020). *Sobre la prohibición de regreso en Derecho Penal*. Actualidad Penal. Número 76. Págs. 61-80
- Bascur Gonzalo, R. (2015). *Consideraciones sobre la delimitación entre coautoría y complicidad en el contexto del Derecho Penal Chileno*. REJ – Revista de Estudios de la Justicia N° 23. Págs. 175-226
- Berruezo, R. (2013). *Autoría y participación desde una visión normativa*. Ed. Abeledo Perrot.
- Bockelman, P. (1960). *Relaciones entre autoría y participación*. Ed. Abeledo Perrot.
- Bolea Bardón, C. (2000). *Autoría Mediata en Derecho Penal*. Ed. Tirant Lo Blanch.
- Bringas, L. (2008). *Autoría y participación en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. ¿Es necesaria una nueva teoría de la intervención? Temas penales en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*.
- Busato, P. C. (2014-2015). *El sentido de la complicidad. Una visión crítica de las llamadas acciones neutrales como grupo de casos de la teoría de la imputación objetiva*. Revista Penal México N° 7. Septiembre 2014 – Febrero 2015. Págs. 9 – 27.

Caro Jhon, J. A. (2010). *Delito de infracción de deber: fundamento y significado*, en Caro Jhon, José A. *Normativismo e imputación jurídica penal. Estudios de Derecho penal funcionalista*. Lima; Ara, pp. 82-84.

Caro Jhon, J. A. (2014). *Manual teórico-práctico de teoría del delito*. Materiales de aplicación a la investigación y judicialización de delitos cometidos en el ejercicio de la función pública. Ara Editores.

Cancio Meliá, M. (2004). *Líneas básicas de la teoría de imputación objetiva*. Ediciones jurídicas Cuyo.

Casabianca Zuleta, P. (2009). *Algunas reflexiones sobre la complicidad y su aplicación en ciertos delitos socioeconómicos*. Estud. Socio-Juríd., Bogotá (Colombia), 11(1): 117-142, enero-junio de 2009. ISSN 0124-0579. Págs. 117 – 142.

Cerezo Mir, J. (1979). Autoría y participación en el Código penal vigente y en el futuro Código Penal. <https://dialnet.unirioja.es/download/articulo/2796601.pdf>.

Cerezo Mir, J. (1992). *El Finalismo, Hoy*. Anuario De Derecho Penal Y Ciencias Penales, 46(1), 5–20. <https://revistas.mjusticia.gob.es/index.php/ADPCP/article/view/283>.

Creus, C. (1999). *Derecho penal. Parte general*. Ed. Astrea.

Cuello Contreras, J. (2009). *El Derecho Penal Español. Parte General. Vol. II. Teoría del Delito (2)*. Ed. Dickinson.

Díaz y García Conlledo, M. (1991), *La autoría en Derecho Penal*, Ed. Ppu.

Díaz y García Conlledo, M. (1997), *Coautoría alternativa y coautoría aditiva: ¿Autoría o participación?* En Silva Sánchez (ed.) *Política criminal y nuevo derecho penal (libro homenaje a Claus Roxin)*, Bosch, pp. 295 ss.

Díaz y García Conlledo, M. (2004). *La autoría en Derecho penal. Caracterización general y especial atención al Código Penal colombiano*. *Derecho Penal y Criminología*. 25, 76 (dic. 2004), 33–66. <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derpen/article/view/1031>

Díaz y García Conlledo, M. (2008). *Autoría y participación*. Revista de Estudios de la Justicia, N° 10, Facultad de Derecho, Universidad de Chile. Págs. 13-61.

Donna, E. A. (2002). *La Autoría y la participación criminal*. Ed. Rubinzal Culzoni.

Donna, E. A., De la Fuente, J. E., Maiza M. C. y Piña R. G. (2005). *El Código Penal y su interpretación en la jurisprudencia*. Ed. Rubinzal Culzoni.

Duve, Thomas (1999) *¿Del absolutismo ilustrado al liberalismo reformista? La recepción del Código penal Bávaro de 1813 de Paul J.A. Von Feuerbach en Argentina y el debate sobre la reforma del derecho penal hasta 1921*, Revista de Historia del Derecho, Buenos Aires, INHIDE, N° 27.

Falcone, A. (2019) *Aproximación al sistema de intervención delictiva de Michael Pawlik*. Homenaje al Dr. Dr. Hc. Mult. Michael Pawlik. Edición Especial. Gacetilla del Departamento de Derecho Penal y Criminología. Facultad de Derecho. Universidad de Buenos Aires. Págs. 7 – 9. <https://www.derecho.uba.ar/institucional/derecho-penal/documentos/depto-penal-gacetilla-004.pdf>

Falcone, A. (2020a). *Fundamentos de la Intervención Delictiva*. Ed. La Ley.

Falcone, A. (2020b). *Renacimiento de la accesoriedad estricta*. En Falcone, A. (ed.). *¿Autonomía y accesoriedad? Hacia un sistema de intervención delictiva superador del dominio del hecho*. Págs. 268-287. Ed. Marcial Pons.

Feijóo Sánchez, B. (2001). *Límites de la participación criminal. ¿Existe una "prohibición de regreso" como límite general del tipo en derecho penal?* No. 23 Universidad Externado de Colombia. <https://publicaciones.uexternado.edu.co/gpd-limites-de-la-participacion-criminal-existe-una-prohibicion-de-regreso-como-limite-general-del-tipo-en-derecho-penal-no-23-9789586165839.html>.

Feijoo Sánchez, B. (2007). *Derecho penal de la empresa e imputación objetiva*. Ed. Reus.

Fierro, G. J. (2004). *Teoría de la Participación Criminal*. Ed. Astrea.

Frisch, W. (1995). *Tipo penal e imputación objetiva*. Ed. Colex.

Frisch, W. (s.f.) *La imputación objetiva. Estado de la cuestión*. En Roxin, C.; Jakobs, G.; Schünemann, B.; Frisch, W.; Köhler, M. (2000) *Sobre el estado de la teoría del delito. (Seminario en la Universitat Pompeu Fabra)*. Págs. 21- 67. Ed. Cuadernos Civitas.

Frister, H. (2011) *Derecho penal Parte general*. 4ª Ed. Hammurabi.

García Caverro, P. (2008). *Lecciones de Derecho Penal. Parte General*. Ed. Grijley.

Gimbernat Ordeig, E. (1990). ¿Qué es la imputación objetiva? Estudios penales criminológicos, ISSN 1137-7550, N°. 10, 1985-1986, págs. 167-186.
<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2104278>.

Gimbernat Ordeig, E. (2001) *Omisión impropia e incremento del riesgo en el Derecho penal de empresa*, Versión española del artículo «*Unechte Unterlassung and Risikoerhöhung im Unternehmensstrafrecht*», publicado en *Festschrift für Claus Roxin zum 70. Geburtstag*, ADPCP. VOL. LIV 2001. Págs.650-663
<https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/909416.pdf>

Gimbernat Ordeig, E. (2006). *Autor y cómplice en derecho penal*. Ed. BdeF. Montevideo-Buenos Aires, 2006,

González Lillo, D. (2023) *Autoría y participación por imprudencia: Posibilidad y límites bajo el Código Penal chileno*. Revista De Ciencias Sociales, (84), 83–123.
<https://doi.org/10.22370/rcs.2024.84.3837>.

Horvitz Lennon, M. I. (2007). *Autoría y Participación en el delito imprudente*. Revista de Estudios de la Justicia N° 10, págs.143-155.

Hruschka, J. (2000). *Prohibición de regreso y concepto de inducción. Consecuencias*. Revista de Derecho Penal y Criminología. 2da. Época, núm.5, págs. 189-218.

Hruschka, J. (2009). *Imputación Penal y Derecho Penal. Estudios sobre la teoría de la imputación objetiva*. Ed. B de F.

Ihering, R. V. (1987). *Bromas y Veras en la Ciencia Jurídica*. Ed. Civitas.

Jakobs, G. (1992) *El principio de culpabilidad*. Anuario De Derecho Penal Y Ciencias Penales, 45(3), págs. 1051–1084.

<https://revistas.mjusticia.gob.es/index.php/ADPCP/article/view/282>.

Jakobs, G. (1996) *¿Accesoriedad en el “hecho ajeno”?*. Accesoriedad. De los presupuestos de la organización en común, En Falcone, A. (ed.). *¿Autonomía y accesoriedad? Hacia un sistema de intervención delictiva superador del dominio del hecho*. Págs. 249 – 265. Marcial Pons.

Jakobs, G. (1997a). *Derecho Penal. Parte General*. Ed. Marcial Pons.

Jakobs, G. (1997 b). *La imputación objetiva en Derecho Penal*. Ed. Ad Hoc.

Jakobs, G. (2000). *Sociedad, Norma y Persona en una teoría de un Derecho Penal Funcional*. Cuadernos Civitas.

(2000). *El ocaso del dominio del hecho. Una contribución a la normativización de los conceptos jurídicos*. Ed. Rubinzal Culzoni.

Jakobs, G. (2001) *¿Qué protege el derecho penal, bienes jurídicos o la vigencia de la norma?* En Montealegre Lyneet, E. (Coordinador) (2003). *El funcionalismo en derecho penal. Libro homenaje al Profesor Günter Jakobs*. Págs. 39- 56. Ed. Universidad Externado de Colombia.

Jakobs, G. (2007). *La intervención delictiva*. En Montealegre Lynet y Perdomo Torres. Estudio sobre las obras de Günter Jakobs y Claus Roxin y sobre las estructuras modernas de imputación.

Jakobs, G. (2014). *Una Teoría de la intervención delictiva*, págs. 157-170, Crónica jurídica Hispalense, 13.2015.

Jakobs, G. (2016). *Teoría de la intervención*. Ed. Universidad Externado de Colombia.

Jescheck, H. H. (1993). *Tratado de Derecho Penal – Parte General*. Ed. Comares.

Kindhäuser, U. (2007). *Sobre el concepto de complicidad*. En Falcone, A. (ed.). *¿Autonomía y accesoriedad? Hacia un sistema de intervención delictiva superador del dominio del hecho*. Págs. 289-308. Ed. Marcial Pons.

Kindhäuser, U. (2009). *Infracción de deber y autoría. Una crítica del dominio del hecho*. Taller de ciencias penales de la UNMSN, 1 y ss.

Kluszczewski, D. (2011). *Formas Básicas en la configuración del sistema dogmático de la intervención. Un recorrido por Europa con perspectiva crítica*. En Falcone, A. (ed.). *¿Autonomía y accesoriedad? Hacia un sistema de intervención delictiva superador del dominio del hecho*. Págs. 161-183). Ed. Marcial Pons.

Lesch, H. H. (1995). *Intervención delictiva e imputación objetiva*. Anuario de derecho penal y ciencias penales, ISSN 0210-3001, Tomo 48, Fasc/Mes 3. Págs. 911-972. Departamento de Publicaciones Universidad Externado de Colombia.
<https://publicaciones.uexternado.edu.co/gpd-intervencion-delictiva-e-imputacion-objetiva-9789586162272.html>.

Lesch, H. H. (2000). *Injusto y Culpabilidad en Derecho Penal*, Revista De Derecho Penal y Criminología, 2da. Época, núm. 6, págs. 253-271.

Lesch, H. H. (2014). *¿Complicidad a través de un comportamiento adecuado a rol?* En Falcone, A. (ed.). *¿Autonomía y accesoriedad? Hacia un sistema de intervención delictiva superador del dominio del hecho*. Págs. 309 - 331. Ed. Marcial Pons.

López Barja de Quiroga, J. (1996). *Autoría y participación*. Ed. Akal Iure.

Luzón Peña, D. (1990). *Derecho penal de la circulación Estudios de la jurisprudencia del Tribunal Supremo 2da ed*. Ed. PPT.

Maurach, R., Gössel, K. H. y Zipf, H. (1995). *Derecho penal. Parte general. 2. Ed.* Astrea, 1995,

Miró Llinares, F. (2009). *Conocimiento e imputación en la participación delictiva. Aproximación a una teoría de la intervención como partícipe en el delito.* Ed. Atelier.

Mir Puig, S. (1994) *El derecho penal en el estado social y democrático de derecho.* Ed. Ariel S.A.

Mir Puig, S. (2006). *Derecho Penal. Parte General 8va.* Ed. Reppertor.

Montealegre Lynett, E. (2003). *Estudio introductorio a la obra de Günther Jakobs.* En Montealegre Lynett (Coord.). *El Funcionalismo En Derecho Penal. Libro Homenaje Al Profesor Günther Jakobs.* Universidad Externado de Colombia. Págs. 21-36.

Nino, D. (1980). *Los límites de la responsabilidad penal. Una teoría liberal del delito.* Ed. Astrea.

Núñez, R. C. (1965) *Derecho Penal Argentino. Parte General – II.* Ed. Bibliográfica Omeba.

Núñez, R. C. (1978). *Tratado de derecho penal. parte especial.* Ed. Lerner.

Núñez, R. (1999). *Manual de Derecho Penal, Parte General.* 4ta. Edición actualizada, Ed. Marcos Lerner.

Olmedo Cardenete, M. (2017). *La inducción como forma de participación accesoria.* Pacífico Editores. S.A.C.

Orozco López, H. D. (2021). *La graduación de la intervención delictiva. Líneas generales del modelo tipológico de la influencia sobre el hecho [Tatprägung].* Págs. 152-194. DOI: 10.31009/InDret.2021.i2.05

Pawlik, M. (2010). *La libertad institucionalizada. Estudios de Filosofía Jurídica y Derecho Penal.* Ed. Marcial Pons.

Pawlik, M. (2016). *Ciudadanía y Derecho penal. Fundamentos de la teoría de la pena y del delito en un Estado de libertades.* Ed. Atelier.

Peñaranda Ramos, E. (1990). *La participación en el delito y el principio de accesoriedad*. Ed. B de F.

Peñaranda Ramos, E. (s.f.). *Caso Rose-Rosahl*. En Sánchez Ostiz Gutiérrez, P. Dir. (2001). *Casos que hicieron doctrina en Derecho Penal*, págs. 61-69. La Ley.

Pérez Barberá, G., Lerman, M. D. y Díaz L. A. (2019). *Introducción al pensamiento de Michael Pawlik*. Homenaje al Dr. Dr. Hc. Mult. Michael Pawlik. Gacetilla del Departamento de Derecho Penal y Criminología. Facultad de Derecho. Universidad de Buenos Aires. Edición Especial. Pags. 2-6. <https://www.derecho.uba.ar/institucional/derecho-penal/documentos/depto-penal-gacetilla-004.pdf>.

Pérez Pinzón, A. O. (s.f.). *El funcionalismo en la sociología actual*. En Montealegre Lynett (Coord.) (2003) *El Funcionalismo En Derecho Penal*. Libro Homenaje Al Profesor Günther Jakobs. Ed. Universidad Externado de Colombia. Págs. 21-36.

Pessoa, N. R. (s.f.). *Imputación objetiva y el concepto de acción*. En Villela, R. (Dir. Ed.). *Temas actuales de Derecho Penal. 75 Aniversario del Código Penal*. Págs. 199 – 210. Ed. Ad Hoc.

Pessoa, N. R. (2020). *Autor en el derecho argentino es el “ejecutor del hecho”, art. 45 CP*. En *Brücken bauen. Festschrift für Marcelo Sancinetti zum 70. Geburtstag*. Herausgegeben von Hilgendorf, Lerman und Córdoba. Duncker & Humblot.

Reátegui Sánchez, J. (2014) *Autoría y Participación en el Delito. Régimen normativo, doctrinario y jurisprudencial*. Ed. Gaceta Jurídica.

Renzikowsky, J. (1997). *Restrictiver Taterbegriff und fahrlässige Beteiligung*. Mohr Siebeck GmbH & Co. K (1 enero 1997).

Reyes Alvarado, Yesid. (s.f.) *La teoría del dominio del hecho: fin de un ciclo*. En Falcone, A. (ed.). *¿Autonomía y accesoriedad? Hacia un sistema de intervención delictiva superador del dominio del hecho*. Págs. 35 - 69. Ed. Marcial Pons.

Reyes Alvarado, Yesid. (2007). *Intervención delictiva e imputación objetiva*. ADPCP, VOL. LX. págs. 97-117.

Robles Planas, R. (2002). *Participación en el delito e imprudencia*. Revista de Derecho Penal y Criminología, 2ª Época, núm. 9, págs. 223.-251

Robles Planas, R. (2003) *La participación en el delito: fundamento y límites*. Ed. Marcial Pons.

Robles Planas, R. (2007). *Garantes y cómplices. La intervención por omisión y en los delitos especiales*. Ed. Atelier.

Robles Planas, R. (2012) *Los dos niveles del sistema de intervención en el delito*, InDret Penal 2; 2012, págs. 1-26.

Robles Planas, R. (2013). *Deberes negativos y positivos en Derecho penal*, InDret 4, pp. 1ss.

Robles Planas, R. (2015) *Conductas neutrales*. <https://www.ficp.es/wp-content/uploads/Robles-Conductas-neutrales-2-FICP.pdf>.

Robles Planas, R. (2017), «Norma y delito en Binding, Armin Kaufmann, Mir Puig», en Silva Sánchez et al (ed.) *Estudios de Derecho penal: homenaje al Profesor Santiago Mir Puig*, Euros Editores, Pág. 835.

Robles Planas, R. (2014), «Réplica» en Robles Planas et al (ed.) *La responsabilidad en los delitos especiales*”. Ed. BdeF. pp. 351 ss.

Robles Planas, R. (2020). *La estructura de la intervención en delito*. En Falcone, A. (ed.). *¿Autonomía y accesoriedad? Hacia un sistema de intervención delictiva superador del dominio del hecho*. Págs. 35 - 69. Ed. Marcial Pons.

Righi, E. (2010) *Derecho penal. Parte general*. Abeledo Perrot,

Romeo Casabona, C.M. (1981) *El médico y el derecho penal I: la actividad curativa (licitud y responsabilidad penal)*. Barcelona.

Roso Cañadillas, R. (2000). *Los criterios de autoría en el delito imprudente. Derecho Penal Y Criminología*, ISSN-e 2346-2108, ISSN 0121-0483, Vol. 25, Nº. 75, 2004, págs. 227-244. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5319340>.

Roso Cañadillas, R. (2002). *Autoría y participación imprudente*. Ed. Comares.

Roso Cañadillas, R. (2004) *Autoría Mediata, Imputación Objetiva y Autopuestas en Peligro* Derecho Penal y Criminología. Revista del Instituto de Ciencias Penales y Criminológicas. ISSN-e 2346-2108, ISSN 0121-0483, Vol. 25, Nº. 75, 2004, págs. 245-289. <https://dialnet.unirioja.es/download/articulo/5312160.pdf>.

Roso Cañadillas, R. (2022) *¿La punibilidad de la participación imprudente? Comentario a la STS 351/2020 de 25 de junio*. Revista Crítica de Jurisprudencia Penal Sección coordinada por Ramón Ragués i Vallès. In Dret. 1.2022

Roxin, C. (2000). *Autoría y dominio del hecho en Derecho Penal*. Ed. Marcial Pons.

Roxin, C. (2007). *La teoría del delito en la discusión actual*. Ed. Grijley.

Roxin, C. (2014). *Derecho Penal Parte General. T. II. Especiales formas de aparición del delito*. Civitas.

Roxin, C.; Jakobs, G.; Schünemann, B.; Frisch, W.; Köhler, M. (2000) *Sobre el estado de la teoría del delito. (Seminario en la Universitat Pompeu Fabra)*. Ed. Cuadernos Civitas.

Rusconi, M. (2017) *La instigación. ¿Una forma polémica de participación punible?* (1ª Edición). Hammurabi. Págs. 15-42. <https://biblioteca.hammurabidigital.com.ar/reader/la-instigacion?location=66>.

Sánchez - Vera Gómez - Trelles, J. (2011). *Caso Vinader*, págs. 259-273. En Sánchez Ostiz Gutiérrez, P. Dir. (2001). *Casos que hicieron doctrina en Derecho Penal*, La Ley.

Sánchez - Vera Gómez - Trelles, J. (2012). *En los límites de la inducción*. Revista para el Análisis del Derecho. ISSN: 1698-739X. Número: 2. <https://produccioncientifica.ucm.es/documentos/5d399a07299952068445c392?lang=gl>

Sancinetti, M. A. (1997). *Ilícito Personal y Participación*. Ed. Ad Hoc.

Sancinetti, M. A. (1998). *El ilícito propio de participar en el hecho ajeno*. Universidad del Externado de Colombia.

Sancinetti, M. A. (2020). *Teoría del delito y disvalor de acción*. Ed. Hammurabi.

Schaffstein, F. (2016). *El incremento del riesgo como principio de imputación objetiva en el Derecho penal, especialmente en la complicidad*. En Sancinetti, M. *Causalidad, riesgo e imputación*. Págs. 177 – 200. Ed. Hammurabi.

Silva Sánchez, J. (1994) *Aspectos de la responsabilidad penal por imprudencia de médico anestesista*. La perspectiva del Tribunal Supremo. DS Vol. 2, Enero-Diciembre 1994. Págs. 41- 58.

Silva Sánchez, J. M. (1997). *El nuevo Código penal: cinco cuestiones fundamentales*. J. M. Bosch Editor.

Silva Sánchez, J. M. (2000). *Política Criminal y Persona Humana*. Ed. Ad Hoc.

Silva Sánchez, J. M. (2014) *La responsabilidad en los “delitos especiales”*. Ed. BdeF.

Soler, S. (1983) *Derecho Penal Argentino*. Ed. Tea.

Terragni, M. A. (2008). *Autor, partícipe y víctima en el delito culposo. Criterios para la imputación del resultado*. Ed. Rubinzal Culzoni.

Tisnado Solis, L. A. (2018) *Fundamentos y límites de la intervención delictiva*. Gaceta Jurídica- Servicio Integral de Información Jurídica. Revista N° 71 Abr.-Jun. 2020. <https://www.studocu.com/pe/document/universidad-tecnologica-del-peru/derecho/fundamentos-y-limites-de-la-intervencion-delictiva-en-el-derecho-penal-peruanopc1-2019-i/4521423>.

Vachelli, E. (2018). *Intervención delictiva: Significado y función del principio de accesoriedad*. Tesis de Doctorado. Universitat Pompeu Fabra. <https://www.tdx.cat/handle/10803/665393#page=1>

Villavicencio Terreros, F. A. (2007) *La imputación objetiva en la jurisprudencia peruana*. Derecho PUCP, (60), 253–279. <https://doi.org/10.18800/derechopucp.200701.009>

Weezel de la Cruz, A. van. (s.f. a). *Autoría y dominio del hecho en el Derecho Penal Chileno. Una aproximación histórica*. En Falcone, A. (ed.). *¿Autonomía y accesoriedad? Hacia un sistema de intervención delictiva superador del dominio del hecho*. Págs. 111-141. Ed. Marcial Pons.

Weezel de la Cruz, A. van. (s. f. b). *Coautoría en delitos de organización*. En E. Montealegre Lynett, *Libro Homenaje al profesor Günter Jakobs. El funcionalismo en derecho penal*. Págs. 277- 323. Universidad Externado de Colombia

Weezel de la Cruz, A. van. (2009) *Intervención delictiva y garantismo penal*, *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik*, N° 8, págs. 432-445.

Weezel de la Cruz, A. van. (2012) *Autorresponsabilidad y autonomía en la intervención delictiva*, *Revista Chilena de Derecho y Ciencias Penales*, Vol. I, pp. 143-161.

Weezel de la Cruz, A. van. (2014). *Actuación conjunta e imputación de resultados*. En *Revista de Ciencias Penales*. Sexta Época, Vol. XLI, N° 3, Págs. 183 – 204.

Weezel de la Cruz, A. van. (2020) *Recensión a Orozco López Beteiligung an organisatorischen Machtapparaten*, *Mohr Siebeck, Tübingen*, 2018, 404 páginas, [InDret Penal 1.2020], págs. 524-532).

Welzel, H. (1956). *Derecho Penal Parte General*. Traducción de Carlos Fontán Balestra. Roque Depalma Editor.

Welzel, H. (1976). *Derecho Penal Alemán. Parte General. 11ª Edición. 2ª Edición Castellana*. Traducción del alemán por los profesores Juan Bustos Ramírez y Sergio Yáñez Pérez. Ed. Jurídica de Chile.

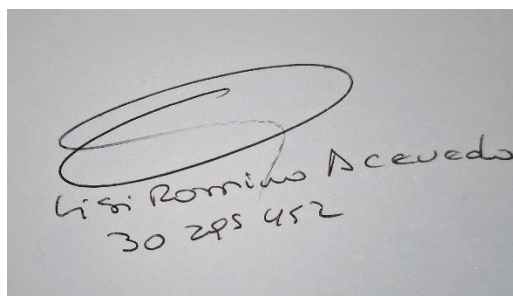
Welzel, H. (2002). *Estudios de Derecho penal*. Estudios sobre el sistema de Derecho Penal. Causalidad y acción. Derecho Penal y Filosofía. Traducido por Gustavo Aboso y Tea Low. Ed. B de F.

Yacobucci, G. (2002). *El sentido de los principios penales. Su naturaleza y funciones en la argumentación penal*. Ed. Abaco de Rodolfo Depalma.

Zaffaroni, E. R. (1973). *Teoría del delito*. Ed. Ediar.

Zaffaroni, E. R., Alagia, A., Slokar, A. (2000) *Derecho penal. Parte general*. Ed. Ediar.

Zaffaroni, E. R., Guido L. Croxatto (2014). *El pensamiento alemán en el derecho penal argentino*, in: *Rechtsgeschichte – Legal History* Rg 22 (2014) 192-212. <https://doi.org/10.12946/rg22/192-212>.



Handwritten signature and text: Lisi Romina Acevedo
30 285 452