

---

## La Crisis de la Accesoriedad Limitada

---

Ezequiel Vacchelli\*

### Resumen

El presente trabajo aborda el estudio de la dimensión interna de la accesoriedad en la participación delictiva, desde una perspectiva metodológica normativa y funcionalista. En este marco, inicialmente se desarrolla la recepción de aquel principio en los ordenamientos positivos de nuestra tradición jurídica. Luego, se analizan minuciosamente, en los distintos niveles de la teoría del delito, las consecuencias sistemáticas que impone previamente exigir que el autor cometa un injusto doloso para que sea posible castigar a los terceros que intervienen en él. El objetivo de este trabajo es doble: por un lado, relevar el estado actual de la discusión en torno a los supuestos de intervención de una pluralidad de agentes en un mismo contexto delictivo y, por otro lado, realizar una crítica a la concepción dominante en orden a los problemas que plantea el injusto welzeliano frente a un grupo de casos adversos.

**Palabras clave:** teoría de la participación delictiva – accesoriedad en la participación – accesoriedad interna – delitos de infracción de deber – injusto del partícipe.

---

**Fecha de recepción:** 15 de julio de 2015 | **Fecha de aprobación:** 22 de agosto de 2015

\* Universidad Nacional de Cuyo, [ezequielvacchelli@gmail.com](mailto:ezequielvacchelli@gmail.com)

## Abstract

This paper undertakes the study of the internal dimension of accessoriness in crime from a normative and functionalist perspective. From that view, the reception of said principle in our positive legal order is analyzed herein. We then proceed to a detailed account, at the different levels of the theory of crime, of its systematic effects when requiring that the crime carried out by the perpetrator be intentional for the punishment of accessories to said crime to be possible. Thus, the aim of this paper is twofold: on the one hand, to reveal the current state of the discussion surrounding the intervention of a plurality of agents within the same criminal context and, on the other hand, to render a critique of the mainstream view with respect to the issues raised by the Welzelian approach before a set of adverse cases.

**Key words:** theory of criminal involvement – accessory to criminal activity – internal accessoriness – breach of duty crimes – accessory to crime.

## I. Introducción

El presente trabajo aborda el estudio de la dimensión interna de la accesoriadad en la participación delictiva, desde una perspectiva metodológica, normativa y funcionalista. En este marco, inicialmente se desarrolla la recepción de aquel principio en los ordenamientos positivos de nuestra tradición jurídica. Luego, se analizan minuciosamente, en los distintos niveles de la teoría del delito, las consecuencias sistemáticas que impone previamente exigir que el autor cometa un injusto doloso para que sea posible castigar a los terceros que intervienen en él. El objetivo de este trabajo es doble: por un lado, relevar el estado actual de la discusión en torno a los supuestos de intervención de una pluralidad de agentes en un mismo contexto delictivo y, por otro lado, realizar una crítica a la concepción dominante en orden a los problemas que plantea el injusto welzeliano frente a un grupo de casos adversos.

Como es sabido, la accesoriadad 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.<sup>1</sup> La accesoriadad externa funciona como una regla de clausura que sólo permite afirmar la responsabilidad del partícipe, luego de que ha tenido lugar el comienzo de la ejecución de una conducta prevista en un tipo de la Parte Especial. Esta es una consecuencia lógica, por un lado, de que la participación supone una ampliación de la punibilidad y, por otro, del principio del hecho. No podrá participarse en un hecho que no sea típico, es decir, no habrá posibilidad de tomar parte en algo no esté inserto previamente en la red de significado propia del sistema penal, y ello, sólo ocurre cuando se realiza —o por lo menos se intenta— una conducta prevista en un tipo penal. Dicho en pocas palabras, sin tipicidad no puede hablarse de intervención en un delito. Ahora bien, la doctrina no sólo exige que el hecho en el que se interviene sea típico, sino que además postula que esa conducta debe dolosa y no estar justificada. Esta es la conocida y aceptada mayoritariamente accesoriadad limitada.

La dimensión interna o cualitativa de la accesoriadad se vincula con las características del hecho punible que deben concurrir para la punibilidad del partícipe, a saber: que el hecho principal sólo sea típicamente adecuado (accesoriadad mínima), típico y antijurídico (accesoriadad limitada), típico, antijurídico y culpable (accesoriadad máxima o estricta) o, que inclusive se requiera que las circunstancias personales agravantes o atenuantes del autor beneficien o

115

---

<sup>1</sup> Véase, Sancinetti, Marcelo, *Teoría del delito y disvalor de acción*, Buenos Aires, Hammurabi, 1991, p. 57.

perjudiquen al partícipe (hiperaccesoriedad).<sup>2</sup> A mayor nivel de exigencias con la acción del autor principal, más restrictiva será la punibilidad de la participación y más amplia —aparentemente—<sup>3</sup> la franja de impunidad de tales actos accesorios.

Frente a los problemas que plantea la accesoriadad interna, es decisiva la opción que se haga en relación con el fundamento del injusto del partícipe. Este es el punto crucial de la teoría de la participación que define en gran parte cuál es el camino que debe seguirse para resolver los casos difíciles. Si entendemos la participación como un delito dirigido contra el autor y nos ubicamos con los partidarios de la teoría de la participación en la culpabilidad, para ser coherentes con nuestro punto de partida deberíamos exigir que el autor actuara al menos en forma típica, antijurídica y culpable; la llamada accesoriadad extrema. Incluso más, si postuláramos que el fundamento penal de la participación reside en que el autor es llevado no sólo a actuar culpablemente, sino a incurrir realmente en una pena, el hecho principal tendría que acusar todos los presupuestos materiales de la punibilidad y quizá, incluso, ser perseguible, es decir, estaríamos frente a una hiperaccesoriadad.<sup>4</sup> Como sabemos, la teoría de adhesión mayoritaria no es ninguna de estas, sino la de la participación en el ilícito, la cual se conforma con un hecho principal típico y antijurídico, incluyendo la exigencia de que en los delitos dolosos, también se dé el dolo del autor.<sup>5</sup> El anverso de esta construcción es el rechazo a la accesoriadad mínima, pues un hecho típico pero justificado excluiría una eventual punibilidad para todos los intervinientes.

116

La opinión dominante, al seguir el criterio de la accesoriadad limitada y exigir únicamente que el hecho principal sea típico y antijurídico, excluye la culpabilidad del autor de los elementos que puede *tomar prestado* el partícipe al intervenir en el hecho típico. Lo que desde aquí se dice es que la punibilidad del partícipe depende de la realización del tipo objetivo y de la antijuridicidad porque son características del hecho, es decir que se trata de presupuestos de punibilidad cuya concurrencia

---

<sup>2</sup> Bacigalupo, Enrique, *Derecho penal Parte general*, Buenos Aires, Hammurabi, 2ª ed., 1999, p. 520.

<sup>3</sup> Ello en tanto, lo que inicialmente se presenta como una mayor franja de impunidad para el partícipe a quien se le imponen más requisitos para acceder al hecho del autor, termina siendo en rigor una mayor punibilidad al remplazarse la eventual participación con la figura de la autoría mediata; como el interviniente no puede ser partícipe, entonces es autor.

<sup>4</sup> Véase Stratenwerth, Günter, *Derecho penal Parte general I: el hecho punible*, Buenos Aires, Hammurabi, 4ª ed., 2005, p. 415.

<sup>5</sup> Véase, Mir Puig, *Derecho Penal Parte general*, Barcelona, BdeF, 9ª ed., 2004, p. 425, quien explica que "...el fundamento del castigo de la participación conduce, como se ve, al principio supremo de la teoría de la participación: el principio de accesoriadad limitada de la participación...". Esta apoteosis se debe en gran parte a los cimientos del sistema finalista antiguamente imperante, en función del cual, la accesoriadad era postulada como un reflejo de la realidad que debía captar el derecho, la cual, según se entendía apriorísticamente, debía ser limitada.

depende de valoraciones normativas iguales para autores y partícipes. Y a la inversa, el motivo por el que la aplicación de pena al partícipe no está condicionada por la culpabilidad del autor principal es porque se trata de un elemento personalísimo del delito que se traduce en un juicio individual para cada agente.

Por su parte, en lo que respecta al plano subjetivo, la mayoría de los autores exige la dependencia del dolo del autor principal: en la instigación, porque precisamente consiste en crear el dolo en el autor principal; y, en la complicidad, porque ella sólo es factible en relación con un hecho del que el autor principal tenga dominio, lo que no es posible sin dolo.

Actualmente, son motivo de una intensa discusión las supuestas credenciales con las que se presenta la accesoriedad limitada. Si bien sus defensores responden usualmente que en la práctica, de todos modos, la mayoría de los problemas tienen una significación escasa, dado que puede recurrirse a la autoría mediata para resolver las eventuales lagunas que surgen en supuestos de ausencia de culpabilidad,<sup>6</sup> lo cierto es que la solución a estos supuestos no es ni tan simple ni tan unánime. La accesoriedad limitada plantea numerosos interrogantes en supuestos en los que la autoría mediata es imposible ya sea porque el hombre de atrás actúa en error —por ejemplo, induce a cometer el hecho a un sujeto inculpable—<sup>7</sup> o porque simplemente el instrumento actúa sin dolo (delitos especiales).

Y hay más preguntas: ¿qué consecuencias sistemáticas deberíamos asumir al exigir como presupuesto de la participación delictiva la presencia de un hecho antijurídico? ¿Basta con que el hecho principal esté justificado objetivamente para que sea impune el partícipe o, por el contrario, debe también requerirse el elemento subjetivo de la justificación? ¿La justificación de un hecho vale para todos los intervinientes o, es relativa a cada agente, es decir, puede haber participación punible en un hecho justificado para el autor? ¿Qué sucede en los casos de estado de necesidad exculpante con un tercero instiga o ayuda a quien se encuentra en la situación de necesidad? ¿La instigación y la complicidad son posibles en los delitos imprudentes? ¿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 *intraanei* que sean sólo partícipes y, a la inversa, pueden haber *extranei* autores de un delito especial? En suma, cuál es el rendimiento de la accesoriedad interna tal como la entiende hoy la doctrina dominante y si se justifica mantener el concepto dominante de injusto personal como desencadenante de la responsabilidad del partícipe es el tema crucial que se luce en este artículo.

117

<sup>6</sup> Véase, Stratenwerth, *supra* nota 4, p. 415.

<sup>7</sup> Sobre los problemas que plantean los supuestos de intervinientes que subestiman su propio rol y las diferentes soluciones dadas por la doctrina, véase, *Ibid.*, p. 449.

## II. La recepción de la accesoriedad interna en los ordenamientos positivos de nuestra tradición jurídica

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; 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.<sup>8</sup> En este sentido, se argumenta que estas normas consagran el principio de la personalidad de la culpabilidad, aventando la posibilidad de adoptar sistemas como el de la accesoriedad máxima o el de la hiperaccesoriedad. Este razonamiento se realiza usualmente por descarte, con base en la última parte del art. 47 y en la atipicidad de la tentativa de instigación y de la tentativa de participación, ello en tanto, si el legislador hubiese adoptado el modelo de la accesoriedad máxima debería tipificar la tentativa de corromper al autor (tentativa de participación), lo que no hace.

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

Por su parte, el ordenamiento positivo español al igual que el argentino, tampoco hace una referencia explícita a los requisitos del hecho principal que deben concurrir para que exista participación punible. Sin embargo, si es posible inferir de diversas disposiciones la presencia del principio de culpabilidad como columna vertebral del sistema de participación. Entre ellas se destaca el primer párrafo del art. 65 del Código Penal español.<sup>9</sup>

En lo que respecta a Alemania, hasta 1943 rigió el principio de la accesoriedad estricta, según el cual, el autor debía haber cometido una acción punible. Por ésta se entendió una acción que tenía que presentar todos los elementos de la punibilidad prescindiendo de las causas personales de exclusión de la pena y de

---

8 Véase, Zaffaroni, Eugenio Raúl, *Derecho penal Parte General*, Buenos Aires, Ediar, 2ª ed., 2002, p. 791. Véase también, en contra, Sancinetti, supra nota 1, p. 759.

9 Aquí, el Código Penal Español entiende básicamente que las circunstancias agravantes o atenuantes que consistan en cualquier causa de naturaleza personal agravarán o atenuarán la responsabilidad sólo de aquéllos en quienes concurren.

los presupuestos procesales.<sup>10</sup> Así, por ejemplo, si el autor era un menor de edad, un interviniente en el hecho no podía ser penado por instigador o cómplice.<sup>11</sup> Esta llamada accesoriadad estricta, sin embargo, fue vista muy pronto como insatisfactoria.<sup>12</sup> Por ello, en 1943 se realizó una reforma que codificó en el § 29 StGB un sistema de accesoriadad limitada, por el cual cada interviniente es penado únicamente según su culpabilidad.<sup>13</sup>

En esta regulación fue discutida sobre todo la cuestión relativa a si la participación dependía o no del dolo del autor. Dado que en esta época dolo e imprudencia no eran concebidos como presupuestos del tipo, sino como formas de culpabilidad, la jurisprudencia partió primeramente, tras la limitación de la accesoriadad, de que cada interviniente debía ser penado también independientemente del dolo del otro, siendo posible, de este modo, una participación en un hecho no doloso. Pero más tarde, con la irrupción del sistema finalista en la dogmática moderna esa concepción fue nuevamente abandonada. Se dijo que renunciar al requisito de un hecho principal doloso iría contra la esencia de la participación y conduciría a diluir los límites de los tipos.<sup>14</sup> La subordinación, característica de la participación, a la voluntad del autor principal sólo sería posible si este actuase dolosamente. El dolo se había desplazado a la tipicidad y en el marco de la reforma del año 1975, el legislador alemán llevó esa concepción a sus últimas consecuencias en materia de participación, decidiéndose a favor de la necesidad de una conducta dolosa del autor principal, aunque no una culpable para que fuera posible la participación.<sup>15</sup>

119

Por medio de esta regulación ha quedado claro el punto de referencia adoptado por el legislador alemán para la inducción y la complicidad.<sup>16</sup> Sin embargo, como

---

<sup>10</sup> Jescheck, Hans Heinrich y Weigend, Thomas, *Tratado de Derecho penal Parte general*, Granada, Comares, 5ª ed., 2002, p. 705.

<sup>11</sup> Ello detonó el desarrollo de la teoría de la autoría mediata, la cual se materializó en el Derecho penal alemán y de allí se proyectó con fuerza al resto de la ciencia penal contemporánea. Ese proceso tuvo lugar debido a la necesidad alemana de salvar el problema que traía aparejado el modelo de la accesoriadad estricta. Véase, Fierro, Julio Guillermo, *Teoría de la participación criminal*, Buenos Aires, Astrea, 2ª ed., 2004, p. 352.

<sup>12</sup> Frister, Helmut, *Derecho penal Parte general*, Buenos Aires, Hammurabi, 4ª ed., 2011, p. 543.

<sup>13</sup> El § 29 StGB establece que cada partícipe será castigado según su culpabilidad, sin consideración de la culpabilidad de otro.

<sup>14</sup> Véase, Jakobs, Günther, *La imputación objetiva en el Derecho penal*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 1996, p. 92, para quien la delimitación por el Derecho penal alemán únicamente a las formas de participación cuando todos actúan dolosamente, constituye un error de carácter psicologizante: “no es el dolo de los intervinientes lo que fundamente que se trate de algo en común, sino el ser competente por lo que acontezca, competencia que también puede concurrir faltando el dolo”.

<sup>15</sup> Frister, *supra* nota 12, p. 543.

<sup>16</sup> Dicho en pocas palabras, será instigador quien haya determinado dolosamente a otro para la comisión de un hecho antijurídico y, será cómplice quien haya prestado dolosamente ayuda a otro para la comisión un hecho doloso antijurídico.

veremos a continuación, esta decisión no basta para resolver satisfactoriamente todos los problemas que se plantean en la dimensión interna de la accesoriedad.

### III. El contenido de injusto de la participación: tres preguntas cruciales

La doctrina mayoritaria postula que la participación no es portadora por sí misma del pleno contenido de injusto, el cual necesariamente debe tomarlo del hecho ajeno. Esto significa, por una parte, que la participación es accesoría respecto del hecho del autor, pero, por otra parte, que depende de éste hasta cierto punto. De este modo, se dice que la limitación de la accesoriedad no puede eliminar el requisito de un hecho principal típico y antijurídico,<sup>17</sup> aunque no es preciso que el autor sea culpable, ni mucho menos punible. Esta afirmación se fundamenta en que la justificación tiene efectos generales extendiéndose, además del autor, a todos los que intervienen en el hecho (quien induce a otro a defenderse legítimamente está induciendo a un hecho justificado para todos, cuya justificación, por tanto, le permite a cualquier agente contribuir lícitamente a su realización).<sup>18</sup> Sin embargo, esta sistemática presenta no pocos problemas, frente a los cuales se han ensayado diversos remedios.

120 Hemos planteado tres preguntas que —en el ámbito de la tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad respectivamente— apuntan a despojar de su ropaje conceptual al modelo limitado de la accesoriedad. En efecto, detrás de este pedestal en el que la doctrina ha colocado al hecho típico, antijurídico y doloso,<sup>19</sup> se esconden inmediatas rectificaciones que intentan explicar las fisuras que significa aquel ritual autoimpuesto. Como ya dejamos planteado, no está fuera de discusión que siempre sea impune la participación en un hecho no doloso o justificado, o que la mera presencia de un hecho imprudente acalle de por sí las preguntas sobre el rol de cada agente en los supuestos de codelincuencia. A la inversa, en el ámbito de la culpabilidad, que exista un hecho típico, antijurídico y doloso, tampoco cierra la discusión en relación con la eventual responsabilidad del partícipe, en tanto frente a una hipótesis de un estado de necesidad exculpante, cada vez son más los autores que se pronuncian a favor de la impunidad de quien participa en la acción del necesitado. Veamos a continuación cada uno de estos problemas.

---

<sup>17</sup> Jescheck y Weigend, *supra* nota 10, p. 706.

<sup>18</sup> Mir Puig, *supra* nota 5, p. 425.

<sup>19</sup> Véase, Bockelmann, Paul, *Relaciones entre autoría y participación*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1960, p. 7, para quien “la accesoriedad no es producto de la ley, sino que ella se encuentra en la naturaleza misma de la cosa”. Véase también, Mir Puig, *supra* nota 5, p. 425, para quien el principio de accesoriedad limitada es un “principio supremo” de la teoría de la participación.

## 1. Problemas en el ámbito de la tipicidad

Para los partidarios de la accesoriadad limitada, la tipicidad, la antijuridicidad y el dolo son los únicos elementos que el partícipe puede tomar prestados del injusto del autor principal. De ese modo, para poder predicar que existe participación punible en un caso concreto, el partícipe inicialmente deberá acceder tanto al aspecto objetivo —elementos de la autoría específicos del delito, por ejemplo— como al aspecto subjetivo del tipo penal —clase de dolo que fundamenta el injusto, propósitos que trascienden el tipo objetivo, especiales elementos subjetivos del delito, etc.—. Sin embargo, como veremos a continuación, tal construcción, en los hechos no se vislumbra como idónea para resolver todos los grupos de casos que se presentan en el plano de la tipicidad.

### *1.1. El aspecto objetivo del tipo de referencia en los delitos de infracción de deber*

La participación sólo es posible cuando concurre un hecho objetivamente típico (consecuencia del principio del hecho); como es fácil advertir, el anverso de ello será la impunidad de la participación en hechos atípicos. Por ejemplo, en el caso del suicidio, sistemáticamente, la consecuencia dogmática correcta (si no existiera una norma como la del art. 83 del Código Penal argentino que tutela el bien jurídico vida autónomamente en contra de la intervención de un tercero instigador o cooperador) sería la impunidad para los partícipes, por no ser aquella una autolesión punible para el autor. El mismo fenómeno se producía en el régimen anterior a la Ley 26.683 con la participación en el autolavado de dinero: en ese entonces, al ser tal conducta atípica, los partícipes no podrían ser castigados. Sin embargo, el tema se complejiza aún más, pues, en el aspecto objetivo del tipo, para que la intervención del agente sea punible deben concurrir en el aquel las tipificaciones objetivas de autoría, si la figura así las requiere.<sup>20</sup> Entramos de este modo, en la arena de los delitos especiales.

121

### *1.2. Noción, origen y distinciones*

Como hemos visto, en la determinación de la autoría y participación se trata de comprobar en qué relación se encuentran las responsabilidades de varios intervinientes por un suceso delictivo. En lo que respecta a los delitos de infracción de deber, su diseño original corresponde a Claus Roxin, quien en 1963 agrupó los delitos en dos clases, distinguiendo, por un lado, los delitos de dominio, en los que puede ser autor

---

<sup>20</sup> Jakobs, Günther, *Derecho penal Parte general, Fundamentos y teoría de la imputación*, Madrid, Marcial Pons, 2ª ed., 1997, cap. 22/10.

cualquier sujeto que domine el hecho descrito en el tipo; y, por otro lado, los casos que no dependen de este criterio, en los que la acción es realizada por un sujeto que es portador de una calidad especial exigida por el tipo.<sup>21</sup> De este modo, Roxin dejó en claro que el dominio del hecho no era un principio suficiente y definió a los delitos de infracción de deber como aquellos en los que el tipo se centra en un deber especial que corresponde al rol de autor.<sup>22</sup> Figuras reconocidas como delitos de infracción de deber son en el ordenamiento positivo argentino la revelación de secretos (art. 157 C.P.), el cohecho pasivo (art. 256 C.P.), la malversación de caudales públicos (art. 260 C.P.) y el prevaricato (art. 275 C.P.), entre otros.<sup>23</sup>

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

122 Los delitos especiales, cuya comisión a título de autor requiere la ostentación de determinadas condiciones, cualidades o relaciones por parte del agente son divididos por la doctrina en propios e impropios, cuya base es la existencia de un delito común que discurre de modo paralelo al especial (entonces, se afirma que éste es un delito especial impropio) o la inexistencia de tal delito común (entonces, se suele decir que el delito especial es propio).<sup>24</sup> Por ejemplo, el delito de privación abusiva de la libertad cometido por un funcionario público (art. 144 bis C.P) sería un delito especial impropio (a la luz de la figura simple del art. 141 C.P.).

### ***1.3. Los delitos de infracción de deber para Jakobs***

La caracterización de los delitos de infracción de deber sufre una considerable modificación en la propuesta de Jakobs, como consecuencia de que éste no elabora su teoría del delito sobre la base de la distinción entre acciones y omisiones, sino entre deberes que provienen de la organización del agente y deberes que provienen de su

---

<sup>21</sup> Roxin, Claus, *Derecho penal Parte general*, Madrid, Civitas, 2ª ed., 1997, p. 383.

<sup>22</sup> *Ibid.*, pág. 385.

<sup>23</sup> En relación con el delito de falso testimonio, el mismo es de taxonomía discutida en la doctrina siendo catalogado por algunos como delito de infracción de deber y por otros como delito de propia mano.

<sup>24</sup> Silva Sánchez, Jesús-María, *La responsabilidad en los “delitos especiales”*, Buenos Aires/Montevideo, BdeF, 2014, prólogo.

posición institucional. 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.<sup>25</sup>

Por su parte, en los delitos de infracción de deber, la competencia del autor se encuentra fundada en la lesión de deberes protegidos institucionalmente que generan sobre determinadas personas una posición de garantía que no se limita genéricamente a no dañar al bien, sino que además les impone responder por la existencia misma de ese bien. Explica Sánchez Vera-Gómez Trelles que la lesión de una "... institución positiva que obliga a conformar un mundo común..." y la de la "... institución negativa *neminem laede...*" que obliga a dejar intactas esferas de libertad ajenas,<sup>26</sup> se presentan, así, como dos modelos de fundamentación de la responsabilidad radicalmente alternativos, no intercambiables y tampoco susceptibles de ser combinados entre sí.<sup>27</sup>

Jakobs inicialmente coincide con Roxin en que en los delitos de infracción de deber el dominio del hecho es un criterio irrelevante para distinguir entre autores y cómplices; sin embargo, los puntos de contacto acaban rápidamente. Aquí, la diferencia fundamental con Roxin, es que la cualificación especial no se basa en un deber *extra penal*, sino en la existencia de una institución. La función de una institución consiste en garantizar expectativas que están referidas al mantenimiento de bienes jurídicos, generando por diferenciación roles —padre, funcionario, esposo, etc.— que determinan derechos u deberes.

Este enfoque impone, según Jakobs, la conclusión de que no todo delito especial es de infracción de deber. Si es una institución la que le otorga sentido al deber impuesto a los funcionarios de no recibir dádivas, entonces el delito de cohecho pasivo será un delito de infracción de deber. A la inversa, como no existiría relación institucional previa que determine el deber de no librar cheques sin tener provisión de fondos, habría que concluir que, si bien el art. 302 inc. 1 C.P. argentino es un tipo especial, no sería un delito de infracción de deber.<sup>28</sup> 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.<sup>29</sup>

Esta delimitación de la autoría a la existencia previa de una institución, tiene otra consecuencia que la distancia un todavía más de la noción de Roxin: si en un

<sup>25</sup> Jakobs, *supra* nota 20, cap. 21/115.

<sup>26</sup> Sánchez-Vera Gómez-Trelles, Javier, *Delito de infracción de deber y participación delictiva*, Madrid-Barcelona, Marcial Pons, 2002, p. 103.

<sup>27</sup> Véase, cuestionando esta distinción tajante, Silva Sánchez, Jesús María, *El nuevo escenario del delito fiscal en España*, Barcelona, Atelier, 2005, p. 65, quien sostiene una postura matizada concibiendo al delito fiscal como un "delito especial de infracción de un deber con elementos de dominio".

<sup>28</sup> Righi, Esteban, *Derecho Penal Parte general*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2005, p. 387.

<sup>29</sup> Jescheck y Weigend, *supra* nota 10, p. 783.

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.<sup>30</sup> Según Jakobs:

*...[e]n 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...*<sup>31</sup>

124

El profesor alemán, por su parte, también se aparta de la distinción usual entre delitos propios e impropios y propone diferenciar delitos especiales en sentido amplio y en sentido estricto. En relación con los primeros, se lleva a cabo una restricción a ciertas personas porque —sin ser portadoras de deberes especiales (¡!)— sólo ellas pueden atacar un bien determinado de determinada manera. Se trata de descripciones de autores que sólo han de caracterizar la situación en la que es posible la actuación típica como tal; por ejemplo, el tenedor de la posesión en la apropiación indebida. Asimismo, integran esta categoría aquellas figuras que restringen el círculo de autores a determinadas personas, sólo las cuales puede atacar un bien de modo especialmente fácil o de manera prácticamente relevante.<sup>32</sup> Ejemplos son el exhibicionismo o la quiebra fraudulenta. Por último, a este grupo de casos pertenecen también los deberes de garante en virtud de responsabilidad de organización (deberes de tráfico, injerencia y asunción), que constituyen —como reverso de la libertad de acción— determinación del alcance de un ámbito de organización.<sup>33</sup>

En lo que respecta a los delitos especiales en sentido estricto, ya no se hace referencia a un círculo de intervinientes con una especial cercanía o facilidad de lesionar el bien jurídico protegido, siendo únicamente determinante el estatus del autor. A estos efectos, por estatus se entiende un haz asegurado institucionalmente

<sup>30</sup> En el mismo sentido, Sánchez-Vera, *supra* nota 26, p. 266.

<sup>31</sup> Jakobs, *supra* nota 20, cap. 22/6.

<sup>32</sup> Véase, Robles Planas, Ricardo, *La participación en el delito: fundamento y límites*, Barcelona, Marcial Pons, 2003, p. 240, quien denomina a esta categoría “delitos de posición”.

<sup>33</sup> Jakobs, *supra* nota 20, cap. 22/24.

de relaciones entre el obligado y el bien en cuestión. Aquí, como explicaremos a continuación el especial elemento personal fundamenta per se autoría.

Deberes especiales son, por ejemplo, los deberes derivados del cargo en los delitos de funcionarios, numerosos deberes de custodia personales o patrimoniales en ciertos tipos de la parte especial, los deberes del declarante, los deberes contra el abuso de una posición asegurada mediante confianza cualificada, así como los deberes de garantía en virtud de responsabilidad institucional no vinculados con determinados tipos (matrimonio, relación paterno filial, especial confianza, etc.).<sup>34</sup>

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

1) Ha quedado en claro, entonces, que en los delitos comisibles por cualquiera, el fundamento de la responsabilidad tiene que ver con una defectuosa organización del sujeto que lesiona una esfera de organización ajena.

Por su parte, en los delitos de infracción de deber el agente se encuentra obligado a más, ya que aquí tiene que responder de la existencia de un bien y no sólo de que la propia organización no lo menoscabe. En estos casos, la relación del interviniente con el bien es siempre directa, es decir, sin mediación accesoria, siempre en concepto de autor y, además, sin tener en cuenta en absoluto un hacer. Esta es la primer y más importante consecuencia sistemática de la específica arquitectura de los delitos de infracción de deber para la doctrina dominante: si el obligado infringe su deber (por acción u omisión, no importa), lo hará siempre a título de autor, incluso aunque no haya tenido el dominio del hecho.<sup>35</sup>

125

El tutor, a quien un tercero le da el consejo, que resulta exitoso, de cómo esa tercera persona puede sustraer el patrimonio del pupilo confiado a su cuidado, es autor del delito de administración desleal, aun cuando a él le falte el dominio del hecho en lo que se refiere a la sustracción. El anverso de que el obligado especial, por lo que se refiere al ámbito de su deber sea siempre autor, es que al agente que no está obligado de por sí, únicamente se le podrá hacer responder “en segundo término” y por tanto sólo limitadamente como partícipe. Retomando a modo de ejemplo un delito de funcionarios, sólo podrá ser autor de cohecho quien reúne la calidad de funcionario, y de este modo, si en el hecho interviene un agente que no tiene esa calidad, sólo podrá ser partícipe (a pesar de que en rigor se haya organizado como un coautor).<sup>36</sup>

<sup>34</sup> *Ibid.*, cap. 21/115.

<sup>35</sup> Actualmente la autoría automática del obligado especial en los delitos de infracción de deber se encuentra cuestionada, postulándose la posibilidad de que el *intraneus* pueda ser partícipe y el *extraneus* autor.

<sup>36</sup> Roxin, Claus, *Autoría y dominio del hecho en Derecho penal*, Madrid-Barcelona, Marcial Pons, 7ª ed., 2000, p. 69.

2) La segunda fractura del modelo limitado de la accesoriedad en el ámbito de los delitos de infracción de deber se produce en el aspecto subjetivo del injusto principal al que accede el partícipe. Además de los casos problemáticos que trataremos de forma específica en los puntos que siguen, es importante destacar que la doctrina dominante permite —a diferencia de lo que sucede en los delitos de dominio— la participación del *extraneus* en un hecho principal imprudente del *intraeus*. Aquí no importa si el especialmente obligado se alza dolosa o imprudentemente contra la norma, sino que infrinja típicamente su deber frente a la institución con la que se vincula. Por consiguiente la punición de la participación es adecuada en la medida en que el hecho principal es injusto imputable para el cualificado incluso a título de imprudencia. No obstante ello, dado que en los delitos especiales propios suelen faltar los tipos de imprudencia, el grupo de casos pierde la mayoría de su importancia práctica.<sup>37</sup>

3) En relación con los delitos de dominio, según el punto de vista jakobsiano, cuando son varios los que toman parte coordinando mutuamente sus ámbitos de organización, si los actos organizativos son de la misma importancia, los partícipes son coautores; y si su organización presenta grados distintos, los que contribuyen con menor importancia son partícipes. Dicho en pocas palabras, entre autoría y participación la diferencia sería meramente cuantitativa. Bien, en el ámbito de los delitos de infracción de deber esto no funciona así, presentándose, de este modo, la tercer distorsión de la accesoriedad en el ámbito de estas figuras. Aquí, el carácter personalísimo del estatus que subyace a la posición de garantía impide la posibilidad de una coautoría, incluso en supuestos de pluralidad de agentes especialmente obligados que realizan actos de organización de igual importancia, pues, cada agente responde individualmente por la infracción de su deber sin importar la magnitud de su aporte.<sup>38</sup>

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

<sup>37</sup> Jakobs, *supra* nota 20, cap. 22/16.

<sup>38</sup> No obstante ello, algunos autores predicen casos aislados de coautoría en supuestos en los que varias personas están sujetas a un mismo y único deber. Véase Righi, *supra* nota 28, p. 388, para quien “Como se requiere una vulneración común del deber especial, sin que interese la naturaleza de los aportes, procede imputar coautoría de prevaricato a los miembros de un tribunal colegiado que dicten sentencia, citando como fundamento hechos o resoluciones falsas”.

5) Por último, como en los delitos de infracción de deber la distribución de formas de conducta siempre va a verse eludida por la inmediatez del deber (queda al margen la accesoriedad), no aplicará la solución global en relación con el comienzo de la tentativa: cada interviniente que está obligado se encuentra directamente frente al bien afectado, de modo que el comienzo de la tentativa sólo cabe determinarlo en función de su propio comportamiento (solución individual).<sup>39</sup> Esta solución tiene especial trascendencia para la intervención de garantes, cuya posición se debe a relación conyugal, paterno-filial, etc., en delitos de comisión. Aquí, la aportación del garante sin dominio del hecho puede ya constituir una tentativa en concepto de autor, incluso si no se produce el comienzo de ejecución del “hecho principal”. Ejemplo: el marido que auxilia al asesino de su esposa es autor de un homicidio intentado 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.<sup>40</sup>

### 1.5. Dos casos problemáticos

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

127

1) Instrumento doloso no cualificado: este caso se presenta en el ámbito de los delitos especiales, pues, como dijimos, aquí sólo puede ser autor quien ostenta la especial calidad exigida por el tipo penal. El problema consiste en la utilización de un no cualificado (*extraneus*) que obra con dolo, por un cualificado (*intraneus*).

Para entender esto, tomemos nuevamente un delito de funcionarios, en este caso el de aquel que por medio de un no funcionario —digamos, su secretario— hace documentar una constatación falsa en el Registro de la Propiedad.<sup>41</sup> El problema se presenta aquí para la teoría del dominio del hecho, pues el no cualificado que obra con dolo y libertad tendría en principio, el dominio del hecho y sin embargo no puede ser autor por falta de la cualificación legal.

Como vimos en el punto anterior, en materia de delitos de infracción de deber no rige la accesoriedad: Si pretendiéramos resolver este caso mediante el criterio del dominio del hecho, parecería no haber otra solución más que la impunidad, ya que

---

<sup>39</sup> Es por ello que Jakobs, *supra* nota 20, cap. 21/118, propone como más exacta que la denominación “delitos de infracción de deber”, la de “delitos con deber que eluden la accesoriedad”.

<sup>40</sup> *Ibíd.*

<sup>41</sup> Bacigalupo, *supra* nota 2, p. 513.

el no cualificado no puede ser autor por falta del requisito de autoría y el cualificado no puede ser inductor porque la inducción supone la autoría en el inducido.

En consecuencia, casos como este se han considerado tradicionalmente como supuestos de autoría mediata, descartándose así, el dominio del hecho y por tanto el modelo limitado de la accesoriedad.<sup>42</sup> Es decir, puede afirmarse que existe un acuerdo inicial respecto de la punibilidad del cualificado como autor mediato, que realiza la acción de ejecución por medio de un no cualificado que obra con dolo, y del instrumento, que realiza la acción de ejecución en forma directa, como partícipe.<sup>43</sup> En estos delitos se pone nuevamente en evidencia que aquí la accesoriedad no tiene lugar, o por lo menos, no el que se le atribuye usualmente. En efecto, la acción del partícipe no depende del dominio del hecho y del dolo del autor (en estos casos, el cualificado), sino de la infracción del deber del cualificado, cualquiera que sea la posición en la que éste actúe, dado que toda actuación que signifique infracción de deber es suficiente para la autoría.

No obstante ser éste el criterio aceptado por la doctrina dominante, la solución no es pacífica. Por su parte, Jakobs piensa que el *extraneus* ejecuta la acción, pero no es autor de un delito a causa de su carencia de cualificación, y el *inraneus* no lo comete como autor, sino que simplemente participa.

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

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 sólo 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.

---

<sup>42</sup> Véase un breve panorama de las propuestas que intentan conciliar los delitos de infracción de deber con el criterio del dominio del hecho en *Ibid.*, p. 514.

<sup>43</sup> Véase, en este sentido, Roxin, *supra* nota 36, p. 403. Véase también, Bacigalupo, *supra* nota 2, p. 515.

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 cualificado; nuevamente, no habría autoría directa por no existir una conducta típica, ni tampoco sería posible la autoría mediata por no ostentar la calidad exigida por el tipo el hombre de detrás. Los partidarios de la accesoriedad limitada se ven en un aprieto en los últimos casos, frente a los cuales no les queda más remedio que admitir una laguna de punibilidad.

Estos resultados sistemáticos —por lo menos, en la segunda y tercer variante planteada— se suelen desaprobar y en ocasiones eludir. Sin embargo, la única salida para la doctrina dominante con base en el paradigma de la accesoriedad limitada, es admitir que tales intervenciones son impunes y que debe ser el legislador el que mediante previsiones expresas tipifique como supuestos punibles determinadas participaciones en delitos especiales no dolosos.

Jakobs explica que en los casos en los que el ejecutor directo, pero no doloso, está cualificado como autor, pero no el que determina dolosamente de modo mediato la ejecución, está excluida la punibilidad del hombre de atrás sin el dolo del ejecutor. La autoría mediata decae en estos casos por falta de la cualificación del hombre de atrás y la participación por la no dolosidad del hecho principal. Acá Jakobs nos proporciona el ejemplo de alguien que origina que un médico revele un secreto (§ 203 párrafo 1, núm. 1 StGB) fingiendo que todo el mundo lo sabe ya de sobra. Frente a esta situación, se critica que la ley haya adoptado una diferenciación naturalística (dolo/imprudencia), donde hubiera sido adecuada una valorativa (responsabilidad/no responsabilidad).<sup>44</sup>

129

La no dolosidad del hecho principal es un dato natural que no necesariamente tiene por consecuencia la irresponsabilidad del que actúa sin dolo por la conexión entre defecto y hecho. Si el que obra sin dolo es responsable por la conexión, cabe fundamentar una responsabilidad accesoria, es decir, en concepto de participación. En suma, una regulación satisfactoria tendría que contemplar tanto la participación en el hecho no doloso como la autoría mediata mediante el aprovechamiento de un instrumento que actúa sin dolo, aquello para los casos de no responsabilidad del interviniente por la conexión entre defecto y hecho y esto para los supuestos de responsabilidad.<sup>45</sup> Por consiguiente la punición de la participación es adecuada en la medida en que el hecho principal es injusto imputable para el cualificado, es decir, en la imprudencia sólo si existe un tipo de imprudencia paralelo y, en caso de inevitabilidad, nunca.<sup>46</sup>

---

<sup>44</sup> Jakobs, *supra* nota 20, cap. 22/17.

<sup>45</sup> *Ibid.*

<sup>46</sup> Véase, *Ibid.*, cap. 22/16.

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

No todos los delitos de infracción de deber son iguales, ni son tratados del mismo modo por la doctrina. Como explicamos, tradicionalmente se distingue entre delitos de infracción de deber en sentido propio (inexistencia de una figura subyacente) y en sentido impropio (tipo común subyacente). No obstante ello, tal distinción ha sido dejada de lado,<sup>47</sup> por las dificultades y los desafíos que ha traído consigo la positivización del § 28 en el StGB y el art. 65.3 del CP español. Si bien, esta discusión, no repercute directamente en el ordenamiento argentino, el cual no posee una cláusula de atenuación como la de las figuras citadas, si otorga las coordenadas necesarias para resolver problemas similares a los que se plantean en los ordenamientos extranjeros.

Bien, entonces hasta aquí, tenemos nuevamente la tradicional distinción entre delitos comunes (rigen las reglas generales de la accesoriedad, esto es, cabe la posibilidad de una “organización conjunta del hecho”) y delitos de infracción de deber (la infracción del deber de no perturbar la institución positiva es personalísima y, por tanto, no rigen las reglas de la accesoriedad).

130 Asimismo, los delitos de infracción de deber no son todos iguales; además de la distinción entre delitos de infracción de deber en sentido propio e impropio, otros autores postulan que habría una categoría de delitos especiales en los que la especialidad sería simplemente el resultado de una técnica de tipificación. Estos delitos que Robles Planas denomina “de posición” son aquellos en los que la delimitación del círculo de sujetos activos deriva de que éstos se encuentran en la posición idónea para lesionar el bien jurídico, a diferencia de los delitos de infracción de deber en los que el eje de la conducta típica lo constituye la infracción de un deber (institucional).<sup>48</sup> Dentro de este grupo de delitos, se encuadrarían, el delito fiscal,<sup>49</sup> el delito publicitario, el delito urbanístico, los delitos contra la seguridad en el tráfico, los delitos societarios y el delito concursal (arts. 306, 282, 319 y 260, todos

---

<sup>47</sup> Véase, Sánchez-Vera, *supra* nota 26, p. 254, quien es destacado representante de la moderna teoría de los delitos de infracción de deber y declara superflua, por ser meramente aparente, la distinción entre delitos especiales propios e impropios; para este autor, siempre que se infringe un deber —institucionalmente asegurado— estamos ante un delito de infracción de un deber y, en caso contrario, frente a un delito común. De esta manera, se supera la tradicional ficción consistente en distinguir entre estas categorías.

<sup>48</sup> Véase, Robles Planas, *supra* nota 32, p. 240. Véase también, Robles Planas, Ricardo, *Garantes y cómplices. La intervención por omisión y en los delitos especiales*, Barcelona, Atelier, 2006, p. 124.

<sup>49</sup> Aquí, Silva Sánchez, *supra* nota 27, p. 65, sostiene una postura matizada concibiendo al delito fiscal como un “delito especial de infracción de un deber con elementos de dominio”.

del C.P. español).<sup>50</sup> Como podrá percibir el lector, esta figura se corresponde con aquellos casos agrupados por Jakobs dentro de la categoría de delitos de infracción de deber en sentido amplio; sin embargo, en la concepción de Robles Planas se va un poco más allá y se definen las consecuencias de tal precisión.

En los “delitos de posición” bastará para su configuración con que un sujeto se encuentre en la posición especial de que se trate y que, desde allí, genere el riesgo penalmente prohibido por la norma. Y, con estos delitos ocurre algo peculiar, en tanto están abiertos a una posible autoría de *extranei*. Ello con dos condiciones: la primera, que el sujeto que *prima facie* era reputado *extraneus* pudiera acceder al dominio o la posición típica, controlando de modo directo o mediato el hecho; la segunda, que su integración en el círculo de autores fuera compatible con el principio de legalidad, algo que no ha solido generar dificultades.<sup>51</sup> El contraste con los delitos de infracción de deber en sentido estricto —cuyo paradigma suele situarse en los delitos de los funcionarios públicos— es patente, puesto que en estos la autoría estaría vetada por definición a todos los *extranei*. En efecto, por mucho que un *extraneus* obtuviera el dominio sobre el hecho típico, jamás lograría lesionar la relación subyacente al tipo. Algo que, en cambio, llevaría a cabo el *intraneus*, aun cuando no tuviera en sus manos el dominio efectivo o, en otros términos, la organización típica del hecho.

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

Silva Sánchez, propone una categoría que se encuentra a caballo entre los delitos de infracción de deber y los delitos de posición: los delitos especiales mixtos. Estas figuras, teniendo una fuerte connotación de infracción de un deber, no por ello dejan de contener elementos de organización. Aquí, para el catedrático español, lo relevante es que en ellos sólo puede ser autor quien, además de infringir un deber institucional, lleva a cabo una determinada conducta de organización.<sup>52</sup> Entre ellos,

<sup>50</sup> Robles Planas, *supra* nota 32, p. 240.

<sup>51</sup> Silva Sánchez, *supra* nota 24, prólogo.

<sup>52</sup> Sin embargo, en relación con esta figura mixta, subsisten todavía preguntas, ello en tanto, como vimos en el punto anterior las consecuencias dogmáticas de los delitos de infracción de deber y los delitos de dominio son, en materia de accesoriadad, radicalmente distintas. Entonces, en los delitos mixtos ¿Operaría la solución global o la individual en materia de tentativa? ¿Sería posible la coautoría, la autoría mediata o simplemente la participación?

se incluiría, por ejemplo, el delito fiscal contemplado en el art. 306 del CP español.<sup>53</sup> En palabras del Profesor Silva Sánchez:

*...[l]as consideraciones de accesoriedad, entendida ésta como expresión de organización conjunta, adquieren pleno sentido en el caso de que ciertos delitos de infracción de deber tengan, además, algún componente de dominio. Pues, en este caso, el extraneus, además de infringir ese deber general al que se acaba de hacer alusión, contribuye efectivamente al dominio del intraneus...<sup>54</sup>*

Para Riggi – Robles Planas, este planteamiento se identifica prácticamente con la categoría de los delitos de posición, pues existe un aspecto común (la organización o dominio) que vincula a ambos sujetos. Al igual que en los delitos de posición, se requiere la presencia del obligado por el deber para la constitución del tipo. Las diferencias estriban, por un lado, en que en el planteamiento de Silva Sánchez es necesario que concurra la infracción del deber del *intraneus* junto con su “dominio del hecho” para poder castigar a cualquiera. En cambio, en los delitos de posición, basta con que se aporte la posición para constituir el tipo y sólo después debe decidirse sobre la calificación de la contribución de cada interviniente. Y, por el otro lado, las diferencias radican en que en los “delitos mixtos” a los que refiere Silva Sánchez nunca puede castigarse al *extraneus* como autor. Ello, como es sabido, genera importantes lagunas de punibilidad. Tales lagunas no se dan, en cambio, con la teoría de los delitos de posición, puesto que es posible castigar al *extraneus* como autor mediato o, incluso, como autor directo en los casos de usurpación de la posición.<sup>55</sup>

132

### **1.7. Problemas en el plano del tipo subjetivo: ¿Participación punible en hechos imprudentes?**

Como hemos visto al explicar brevemente la evolución de la accesoriedad interna en el Derecho comparado, existió una clara relación entre el causalismo y la accesoriedad máxima, por un lado, y el finalismo y la accesoriedad limitada, por otro. Mientras el dolo fue considerado un elemento de la culpabilidad, era lógico que rigiera la accesoriedad máxima.<sup>56</sup>

Los numerosos problemas que originaba este sistema, cuya mera enunciación desbordaría la escala de este trabajo, fueron resueltos más satisfactoriamente con la

---

<sup>53</sup> Silva Sánchez, *supra* nota 27, p. 65.

<sup>54</sup> *Ibid.*, pp. 69-70.

<sup>55</sup> Robles Planas, Ricardo y Riggi, Eduardo Javier, “El extraño artículo 65.3 del Código Penal”, en: *Indret*, Barcelona, 2008, pp. 92-93, disponible en: [http://www.indret.com/pdf/576\\_es.pdf](http://www.indret.com/pdf/576_es.pdf), último acceso: 10 de julio de 2015.

<sup>56</sup> Sancinetti, *supra* nota 1, p. 762

propuesta de Welzel, quien al trasladar el dolo a la tipicidad, eliminó el requerimiento de un autor culpable para castigar al partícipe. De este modo, como el dolo formaba parte del ilícito, fue posible reducir los requisitos de la accesoriadad.

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

Frente a los delitos imprudentes la doctrina dominante razona del siguiente modo: cuando varias personas cometen conjuntamente un delito a consecuencia de su imprudencia no es posible hacer una distinción entre autoría y participación, pues, en todos los intervinientes está ausente del mismo modo la previsión del resultado típico. En efecto, no podrá hablarse del dominio del acontecimiento por ninguno de ellos.<sup>57</sup> Si la imputación es consecuencia de que el autor realizó un comportamiento vinculado al resultado que supera el riesgo permitido por el orden jurídico, cuando sean varias las personas que actúan en conjunto, aún mediando imprudencia de todos los que intervienen en el hecho, como no está claro para ninguno de ellos cómo va a acabar el suceso, se renuncia a graduar las formas de intervención otorgando el mismo trato penal a todos los comportamientos, se trate de causaciones u omisiones imprudentes.<sup>58</sup> De este modo, los delitos imprudentes son tratados como delitos de infracción de deber,<sup>59</sup> descartándose el criterio del dominio del hecho y renunciándose a graduar el peso social de los aportes de cada uno de los agentes. La violación del deber de cuidado y el nexo causal con el resultado conducen directamente a la autoría del agente, no siendo posibles ni la participación ni la coautoría<sup>60</sup> en un hecho principal imprudente.<sup>61</sup>

133

---

<sup>57</sup> Jescheck y Weigend, *supra* nota 10, p. 704 y ss.

<sup>58</sup> Véase, en contra, Jakobs, *supra* nota 14, p. 94, quien entiende que “en el campo de la imprudencia existe un autor unitario sólo de forma atenuada, en el sentido de que, expresamente, no se diferencian las formas de participación de las personas sujetas a responsabilidad; sin embargo, las diferencias en el ámbito de la participación habrán de ser tenidas en cuenta en el marco de medición de la pena”.

<sup>59</sup> En el marco de la imprudencia lo determinante para su graduación es sólo el grado de infracción del deber de cuidado, algo que se mide con criterios diversos a los que puede suministrar la teoría del dominio del hecho. Véase, Jescheck y Weigend, *supra* nota 10, p. 704.

<sup>60</sup> *Ibid.*, p. 728.

<sup>61</sup> Véase, en relación con las implicancias del principio de confianza, la prohibición de regreso y el principio de autorresponsabilidad en el ámbito de la participación en los delitos imprudentes, Stratenwerth, *supra* nota 4, p. 522.

Sorprendiendo con un giro inesperado, debido a su férrea defensa del modelo limitado de la accesoriedad, Mir Puig entiende que el Código Penal español admite la participación en hechos imprudentes. Por un lado, sería posible la participación imprudente en un hecho imprudente: por ejemplo, el acompañante induce al conductor a conducir a una velocidad temeraria, lo que produce un accidente. Advierte el profesor español que el sentido empleado de “participación imprudente” significa sólo que el partícipe (en el ejemplo el inductor) actúa imprudentemente respecto al resultado típico principal, pero no respecto a su acción de participación, que en todo caso debe ser querida —no se admite la “participación por imprudencia”—.

Por otro lado, también sería posible la participación dolosa en un hecho imprudente (el partícipe quiere el hecho principal y el autor no), la cual no sería punible como tal (sólo 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.<sup>62</sup> Sin embargo, si respondiéramos positivamente a la pregunta sobre la posibilidad de distinguir entre autoría y participación en los casos en que el actuar imprudente de varias personas confluye en el mismo resultado, la instigación imprudente y la complicidad imprudente tendrían que quedar impunes puesto que la ley sólo conmina penalmente la participación dolosa.

El concepto unitario de autor en los delitos imprudentes es cuestionado por la doctrina moderna,<sup>63</sup> argumentando que si la punibilidad de un coautor no depende del dolo de otro, también la intervención dolosa en un hecho ajeno debería ser punible independientemente de si el autor mismo ha actuado dolosamente. La decisión contraria de la ley confunde —de modo similar al rechazo tradicional de la coautoría imprudente— el dolo respecto de la realización de un tipo determinado con la voluntad de actuar del autor que es suficiente para una subordinación, y conduce sobre todo en los delitos especiales, en los cuales el *extraneus* no puede ser penado como autor, a lagunas de punibilidad injustificadas.<sup>64</sup> En este sentido, la doctrina viene pronunciándose cada vez de manera más intensa (solamente por nombrar algunos autores: Robles,<sup>65</sup> Frister,<sup>66</sup> etc.), tanto desde el punto de vista

134

---

<sup>62</sup> Mir Puig, *supra* nota 5, p. 426.

<sup>63</sup> Críticamente, frente a la decisión del legislador alemán de exigir un hecho principal doloso, véase, Frister, *supra* nota 12, p. 544, quien opina que esta decisión legal debe ser respetada pero materialmente no puede convencer. Véase también, Jescheck y Weigend, *supra* nota 10, p. 704, quienes piensan que en la imprudencia consciente sería imaginable una clasificación que se correspondería con la del delito doloso, pues al menos los implicados se representan aquí la realización del tipo como posible consecuencia de su hacer. De cualquier modo, tal construcción no sería posible conforme la exigencia positiva [en el Derecho alemán] de un hecho principal doloso.

<sup>64</sup> Frister, *supra* nota 12, p. 544.

<sup>65</sup> Robles Planas, Ricardo (coord.), *La responsabilidad en los “delitos especiales”*, Buenos Aires/Montevideo, BdeF, 2014, p. 357.

<sup>66</sup> Véase, Frister, *supra* nota 12, p. 544.

político-criminal, como dogmático en el sentido de que lo adecuado sería exigir para la participación sólo un hecho principal antijurídico y objetivamente típico.

En suma, conforme las reglas explicadas, la eventual intervención imprudente en un delito doloso es tratada por la doctrina —y expresamente por algunos códigos penales como el alemán— como una autoría imprudente. Por ejemplo, si el poseedor de un arma de fuego la guarda de manera descuidada y otro la usa para cometer un delito, responde por comisión imprudente del delito, tratándose, en rigor, de una participación imprudente en el delito doloso.<sup>67</sup> El caso inverso, es decir, el de una eventual intervención dolosa en un hecho imprudente, es resuelto generalmente como una autoría mediata del hombre de atrás que actúa dolosamente. Como advierte Jakobs, esta solución es acertada mientras el hombre de atrás sea competente por la carencia de conocimientos de quien ejecuta. De no ser así, especialmente tratándose de una falta de conocimientos por parte de quien lleva a cabo la ejecución basada en desinterés, sería preferible la solución a través de la participación.<sup>68</sup> 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.

## 1.8. Reflexiones críticas

135

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

Por otro lado, también debe pensarse que el procedimiento de convertir en autor mediato a todo partícipe que interviene en un hecho no doloso, teniendo él mismo conciencia de todas las circunstancias, es con razón criticado. Como ya pusimos de relieve al desarrollar los supuestos de utilización de un instrumento cualificado no doloso en los delitos especiales, debería reconocerse la posibilidad de participar en un hecho no doloso, si no quieren admitirse lagunas de punibilidad de aceptación

---

<sup>67</sup> El ejemplo pertenece a Jakobs, *supra* nota 14, p. 94.

<sup>68</sup> *Ibid.*, pág. 95.

sistemáticamente forzosa. En suma, el ilícito del partícipe no debe construirse de manera accesoria en relación con los elementos subjetivos. El dolo es personal de cada uno de los intervinientes en el hecho.<sup>69</sup>

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

Las causas de justificación son los motivos jurídicos bien fundados para ejecutar un comportamiento en sí prohibido. A diferencia de lo que ocurre en el comportamiento atípico, en el justificado se trata de un comportamiento socialmente no anómalo, sino aceptado como socialmente soportable sólo en consideración a su contexto, o sea, a la situación de justificación.<sup>70</sup> Como es sabido, una de las consecuencias sistemáticas más importantes en el ámbito de la justificación es que su cualidad de comportamiento autorizado por el Derecho determina que tenga un efecto general, por lo que no alcanzan sólo al autor, sino que además benefician a inductores y cómplices.<sup>71</sup> Se sostiene así que las causas de justificación son generales (objetivas), lo que las distingue de las causas de inculpabilidad que son individuales (subjetivas). Esta característica de la justificación, es decir, que sus efectos se extienden a todos los protagonistas que hayan participado en la comisión del hecho, es consecuencia del principio de accesoriadad sostenido mayoritariamente por la doctrina.<sup>72</sup> La imposibilidad de castigar a quien participa de una conducta justificada es el anverso del modelo limitado de la accesoriadad, en el cual se exige como mínimo, pero también como máximo un hecho típico y antijurídico. Como veremos a continuación, existen constelaciones de casos que no pueden ser reducidos sin problemas a este esquema explicativo.

136

### **2.1. Hecho principal cometido bajo error sobre el tipo permisivo**

Si bien es cierto que ya es bastante infrecuente que un autor desconozca los presupuestos objetivos de una causa de justificación, para que además se le sume un cómplice que sí reconozca la verdadera situación y no le advierta de esto al autor,<sup>73</sup>

---

<sup>69</sup> Jakobs, *supra* nota 20, cap. 23/16.

<sup>70</sup> *Ibid.*, cap. 11/1.

<sup>71</sup> Asimismo, la doctrina dominante entiende que la exclusión de la responsabilidad penal en el ámbito de la justificación excluye no sólo la pena, sino toda consecuencia jurídica (medidas de seguridad o responsabilidad civil). Por otra parte, las causas de justificación imponen deberes de tolerancia en la víctima de la intervención; por ejemplo, el ladrón no podría defenderse legítimamente frente al policía que lo priva de libertad en cumplimiento de su deber.

<sup>72</sup> Véase, Stratenwerth, *supra* nota 4, p. 416. Véase también, Jescheck y Weigend, *supra* nota 10, p. 597, Jakobs, *supra* nota 20, p. 799 y Bacigalupo, *supra* nota 2, p. 521.

<sup>73</sup> Sancinetti, Marcelo, "Exigencias mínimas de la dogmática del hecho punible en la parte

no es menos cierto que estos casos generan fisuras en la argumentación de los defensores de la accesoriadad limitada. Aquí nos encontramos frente a un supuesto en el cual el partícipe instiga o colabora con un sujeto que en error se cree amparado por una causa de justificación; Frister, construye el ejemplo de un periodista que consigue documentación sujeta al deber médico de guardar secreto, simulando ante el médico, con éxito, que hay un consentimiento del legitimado.<sup>74</sup> No existe aquí un verdadero consentimiento del legitimado; el error del médico excluye su dolo en relación con la entrega de documentación, pudiendo existir un eventual remanente por imprudencia. Frente a este caso parecerá, en efecto, poco razonable que el instar al médico a entregar los documentos no sea punible como instigación a la violación de secretos privados por su error de tipo permisivo. Esto vale tanto más cuando, en un caso de esa índole, no es aplicable una punibilidad por autoría mediata en razón de que falta el elemento de autor. De este modo, la discusión que se impone en el ámbito de la accesoriadad es si un hecho cometido bajo error sobre el tipo permisivo puede ser considerado un hecho antijurídico y doloso.

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

*...[s]egún la teoría estricta de la culpabilidad, que concibe el error de tipo permisivo sólo como un subcaso de error de prohibición, por un error tal se excluye, a lo sumo, a la culpabilidad del autor, de modo que, en todo caso, sería posible una participación en el hecho en cuestión. Lo mismo rige, en las consecuencias, según la teoría de la culpabilidad que se remite a las consecuencias jurídicas, (...) por medio de ese error considera excluida solamente la culpabilidad dolosa. Esta teoría tiene el sentido (...) de posibilitar la participación en un hecho cometido con error sobre el tipo permisivo. En cambio, sobre la base de la teoría de la culpabilidad limitada, que con razón es la dominante, la participación en un hecho cometido por error de tipo permisivo, actúa, por cierto, dolosamente, pero su dolo no es antijurídico, de modo que no comete un ilícito doloso. Por consiguiente, su hecho no es un hecho antijurídico cometido dolosamente...<sup>75</sup>*

137

Para los partidarios de la teoría estricta de la culpabilidad, todos los problemas que tengan que ver con la relación subjetiva del autor con el injusto son problemas que se resolverán en el plano de la culpabilidad. Por lo tanto, también lo será el

---

general de los códigos penales” en *Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia penal*, N° 11, Buenos Aires, Ad-Hoc, p. 118.

<sup>74</sup> Frister, *supra* nota 12, p. 608.

<sup>75</sup> *Ibíd.*

caso de error de tipo permisivo, el cual afectará la culpabilidad del autor pero dejará intacto el dolo. De este modo, los partícipes serán punibles. Acá se sitúan los autores finalistas. Según la teoría de la culpabilidad que se remite a las consecuencias jurídicas, este es un caso de dolo, pero se le aplica la pena del delito imprudente, pudiendo los partícipes eventualmente responder.

Ahora bien, para la teoría de la culpabilidad limitada, los casos de justificación putativa, aunque no son casos de error de tipo (siguen siendo un problema de culpabilidad), se tratan análogamente y, por lo tanto, decae el dolo, quedando la posibilidad de responder por imprudencia. No existiendo responsabilidad de los partícipes por imprudencia; entonces impunidad. Esta misma solución se alcanza a partir de la teoría de los elementos negativos del tipo, según la cual el dolo abarcaría no sólo el conocimiento de que se entregan documentos sujetos al deber médico de guardar secreto, sino también saber que no está justificado. Por su parte, la teoría estricta del dolo postula que los partícipes deberían ser punibles, en tanto la participación sólo requeriría una voluntad mínima de movimiento.

## 2.2. Dos casos de destrucción masiva

138

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

1) “Un tercero le alcanza un cuchillo a quien se defiende de un agresor, aun cuando habría bastado también con alcanzarle un palo (que se hallaba a disposición de quien presta la ayuda)”.<sup>76</sup>

2) “Durante la ocupación nazi un grupo de noruegos colaboracionistas denuncian a compatriotas suyos por haber llevado a cabo actos de resistencia en contra de los ocupantes. Los ocupantes alemanes detienen, juzgan y ejecutan a los autores de tales actos”.<sup>77</sup>

En el primer caso, el tercero auxiliador participa de una defensa que si bien

<sup>76</sup> Este ejemplo es construido por Jakobs, *supra* nota 5, cap. 12/60, y citado por Sancinetti, *supra* nota 72.

<sup>77</sup> Ejemplo analizado en Dautricourt, J.Y., “L’orientation moderne des notions d’ auteur de l’ infraction et de participation a l’ infraction”, en: *Revue Internationale de Droit Pénal*, París, 27E anne, nos. 1-2, 1E et 2E Trimestres, 1957, p.168.

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

En relación con el segundo ejemplo sucede algo similar. En el relato presentado ante el Congreso de Derecho Penal Internacional celebrado en Atenas en 1956 se explicó que al revisar el caso de los noruegos colaboracionistas en los juicios de posguerra, se concluyó que los nazis habían actuado lícitamente por cuanto habían ejercido el poder público vigente y en cumplimiento de los bandos militares que los autorizaban a reprimir actos de rebelión, pero que esa justificación no alcanzaba a los noruegos para quienes no era lícito ayudar al enemigo a reprimir la resistencia de sus conciudadanos. Por lo tanto, además de responder por el delito de traición, debían también ser juzgados por esas muertes, pues la justificación del hecho para los alemanes no se extendía a ellos.

«Contexto» es un término que deriva del vocablo latino *contextus* y que se refiere a todo aquello que rodea, ya sea física o simbólicamente a un acontecimiento. A partir del contexto, por lo tanto, se puede interpretar si un hecho se encuentra justificado. Ahora, no debe perderse de vista que, en el marco de un injusto personal, las circunstancias que atraviesan a uno de los agentes en particular tienen incidencia sobre la solución del caso, puesto que, partiendo de las diferentes normas que atraviesan a los intervinientes [N o n] aquello que para unos es correcto, para otros puede no serlo.<sup>78</sup>

139

### ***2.3. Consideraciones críticas: un resto indivisible***

En esta rápida escala en el ámbito de la justificación hemos visto que es posible pensar en una participación punible en un hecho justificado (casos del tercero auxiliador que se excede en la ayuda y de los colaboracionistas noruegos). Frente a esta hipótesis la doctrina ha reaccionado de manera diversa. Por un lado, la mayoría de los autores no se ha preocupado por cuestionar el instrumental teórico que subyace a las soluciones insatisfactorias ya apuntadas; por otro lado, es posible

---

<sup>78</sup> Estos problemas, aunque de una manera más rudimentaria, también se ponen en relieve en los casos en los cuales se coacciona a un sujeto hasta el punto en que se lo determina a actuar de manera justificada: A amenaza con matar a B si no viola en su presencia a C, cosa que B hace; B actúa en un estado de necesidad justificante. En este ejemplo planteado por Mir Puig, la instigación al hombre de atrás es imposible porque el coaccionado actúa justificadamente, siendo además inviable una autoría mediata debido a que el instigador no ostenta la especial calidad exigida por el tipo penal (si se acepta que la violación es un delito de propia mano). Véase, Mir Puig, *supra* nota 5, p. 425.

hallar recientemente lo que se denomina un regreso a un injusto objetivo, donde el aspecto subjetivo se reubica como algo propio de cada agente.<sup>79</sup> Este último punto de vista, si bien permite el mantenimiento de los conceptos y estructuras tradicionales (se me ocurre, sería una accesoriedad «semilimitada», restringida únicamente a un injusto objetivo) no consigue explicar los casos en los cuales el tipo objetivo de la justificación a pesar de que opera en relación con el autor no sería justo extenderlo al partícipe. Jakobs quiere resolver estos casos postulando que “la valoración de la obra en común puede tener lugar con carácter relativo”.<sup>80</sup> Pero, como bien replica Sancinetti, una dependencia que es relativa a la situación de cada participante, deja de ser dependencia; es autonomía, lo que sería un argumento —según este autor— a favor de la tesis de que el ilícito de cada participante es un asunto propio.<sup>81</sup>

La construcción de un injusto plenamente objetivo como nexo que permite poner en relación a la conducta de intervención con el hecho principal, afirmando así que basta con que el injusto esté objetivamente justificado para hacer decaer la punibilidad de la participación,<sup>82</sup> es evidentemente superadora de la concepción tradicional, principalmente para los casos que plantean problemas para el aspecto subjetivo del tipo permisivo. Sin embargo, no alcanza para resolver los casos del exceso del partícipe en la legítima defensa o el de los colaboracionistas noruegos en donde lo que ya no le es común al partícipe es el aspecto objetivo de la justificación. Entonces, la pregunta obligada que debemos hacernos es si el hecho principal puede ser un ilícito para el autor y no para el partícipe o, a la inversa, serlo para el partícipe y no para el autor.

Un análisis estricto de los problemas planteados en este punto del trabajo nos puede conducir a una única respuesta: en la operación propia de la justificación existe —eventualmente— un resto indivisible que le pertenece a cada interviniente.

Conceptualmente, la justificación describe dos nociones relacionadas, aunque diferentes, la de «asociar» y la de «repartir». De manera formal, la justificación es una operación binaria para dos (o más) intervinientes que asocia el contexto de juridicidad en el que actúa el autor al del resto de los intervinientes —efecto extensivo de la justificación—. Para un partícipe impune, la función  $j/a$  [Justificación / antijuridicidad] será igual a 1. Esto significa que hay un único hecho autorizado, es decir, la justificación cancelará totalmente la antijuridicidad de todos los agentes

<sup>79</sup> Véase, Jakobs, *supra* nota 20, cap. 23/16. Véase también, Robles Planas, *supra* nota, pág. 356.

<sup>80</sup> Jakobs, *supra* nota 5 12/60, citado por Sancinetti, *supra* nota 72.

<sup>81</sup> Para Sancinetti, casos como el de quien antijurídicamente presta un auxilio en un hecho justificado es un argumento a favor de la innecesariedad de exigir un comienzo de ejecución del hecho principal para recién luego poder hablar de participación. “¿Qué sentido tendría que el acto de complicidad antijurídico sólo sea punible bajo la ejecución del hecho principal, si el hecho principal está justificado”, Sancinetti, *supra* nota 1, p. 759.

<sup>82</sup> Robles Planas, *supra* nota 63, p. 357.

que intervienen en el mismo contexto (quedando sólo un hecho típico y justificado para todos). Aquí, en una asociación perfecta, encontraremos la respuesta a la gran mayoría de los casos. Sin embargo, también puede suceder que exista en la función  $j/a$  un resto de antijuridicidad no cancelado para alguno de los intervinientes. En estos casos, ese resto es indivisible y deberá imputársele al agente según la propia configuración de su conducta (en nuestros ejemplos, por no proporcionar el medio menos lesivo o por colaborar con el enemigo).

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

- |                                     |
|-------------------------------------|
| 1. Justificación total: $j/a = 1$   |
| 2. Justificación parcial: $j/a = n$ |

Con la adscripción a esta operación decimos más de lo que podría suponerse en una primera lectura. En el supuesto 1. estamos frente a una operación exacta, donde  $J$  abarca completamente  $a$ , mientras que en el supuesto 2. la operación es inexacta:  $J$  es menor que  $a$ , por lo que subsiste un resto del hecho [ $n$ ] no cancelado. Lo que comprueba esta función dogmática es lo siguiente: en cualquier supuesto, ya sea de justificación plena o parcial, de lo único que estamos seguros es de que todos los intervinientes en el hecho comparten la inmutabilidad del valor que se encuentra subyacente a la operación  $j/a$ , es decir, la tipicidad (objetiva) del hecho. El error de la doctrina dominante ha sido, en primer lugar no distinguir las funciones «asociativas» y «distributivas» de la justificación en contextos de pluralidad de intervinientes; y en segundo lugar, no reconocer las propiedades internas no conmutativas de la operación existente entre justificación y antijuridicidad: no pueden invertirse los valores directamente en todos los casos:  $j/a = a/j$  sólo será válido en el supuesto 1 (el más frecuente). Mientras que para los casos de justificación parcial (el menos frecuente)  $j/a \neq a/j$  en tanto, la justificación no comprende exactamente el valor de la antijuridicidad de todos los intervinientes, quedando pendiente la imputación de un resto de responsabilidad.

Anticipando mi postura personal en relación con el aspecto interno de la accesoriadad, entiendo que el camino trazado hacia un injusto objetivo proporciona las coordenadas correctas en orden a la solución de los casos problemáticos planteados; sin embargo, también creo que todavía a esta tesis le falta ir un poco más allá. Los ejemplos precedentes demuestran que la justificación al igual que la exculpación es individual y, por tanto, lo único que comparten los partícipes como nexo que los integra al hecho colectivo es el aspecto objetivo del tipo. Quienes son partidarios de enfoques cercanos al que se propone en este trabajo, como el penalista español Boldova Pasamar,<sup>83</sup> no admiten que la justificación del hecho principal se extienda a los partícipes de manera automática. Ellos estarán justificados en tanto también hayan actuado en la misma situación que el autor.<sup>84</sup>

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

El comportamiento justificado se distingue del antijurídico, pero no culpable, en que aquel no muestra falta de motivación jurídica dominante; el comportamiento antijurídico pero no culpable, sí muestra tal falta, pero el autor no es responsable de ella (de lo contrario, el comportamiento sería culpable).<sup>85</sup> Conforme el criterio tradicional que distingue a ambas categorías, se sostiene —como ya explicamos— que las causas de justificación son generales y objetivas mientras que las causas de inculpabilidad que son individuales y subjetivas.<sup>86</sup> La teoría dominante deduce de aquí que las causas de inculpabilidad, que son partes del concepto de culpabilidad, sólo tienen incidencia en la responsabilidad individual de cada partícipe; la inducción o la complicidad en un hecho principal cometido por el autor en una situación de necesidad en la que colisionan intereses de igual jerarquía, por ejemplo, sería punible, a pesar de la no punibilidad del autor por hallarse excluida su culpabilidad. Lo mismo sucedería frente a una eventual incapacidad de culpabilidad o un error de prohibición inevitable. Igualmente, en casos en los cuales sea el interviniente quien generó o aprovechó la situación de inculpabilidad en la que se encontraba el autor, se podrá recurrir a la autoría mediata.

<sup>83</sup> Boldova Pasamar, *La comunicabilidad de las circunstancias y la participación delictiva*, Zaragoza, Prensas Universitarias de Zaragoza, Universidad de Zaragoza, 1995, p. 164.

<sup>84</sup> No obstante ello, este autor parece limitar su propuesta a aquellos casos en los cuales el partícipe obra en error cuando ayuda al que actúa en legítima defensa o en estado de necesidad justificante desconociendo esa situación en la que se encuentra el autor, o ayudando con fines diferentes, incompatibles con esa actuación lícita.

<sup>85</sup> Jakobs, *supra* nota 20, cap. 11/1.

<sup>86</sup> Véase, Stratenwerth, *supra* nota 4, p. 597. Véase también, Jakobs, *supra* nota 20, cap. 22/10 y Bacigalupo, *supra* nota 2, p. 521.

Esta es a grandes rasgos, la concepción de la participación en el ámbito de la culpabilidad según el modelo de la accesoriedad limitada. Ahora bien, frente a este esquema, surgen nuevamente dudas, en supuestos en los que parecería contraintuitivo castigar a quien participa en un hecho exculpado, a pesar de que, sistemáticamente, el hecho típico y antijurídico habilitaría a ello. La mayoría de los autores sostienen que la circunstancia de que al autor, como afectado personal, no le sea exigible decidirse en contra de la preservación de sus propios intereses existenciales, no se contrapone a la punición de quien toma parte en el hecho, si él mismo no está afectado de esa forma.<sup>87</sup> Supongamos, por ejemplo, que un padre es compelido, por el secuestro de su hijo, a matar a un hombre; los ajenos a esa situación, que le aconsejen proceder conforme a la situación coactiva y cometer el hecho, serían punibles por instigación al homicidio o por complicidad psíquica.

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

143

En la misma línea, desde la teoría de la responsabilidad por el hecho se postula que las causas de inculpabilidad son ajenas al concepto de culpabilidad y que la participación en los casos en que se excluye la responsabilidad por el hecho no debería ser punible. No obstante ello, se entiende que las causas que excluyen la responsabilidad por el hecho no tienen una extensión uniforme respecto de los partícipes. En consecuencia, sólo el estado de necesidad (no justificante) se extendería también a ellos, siempre y cuando la acción del partícipe revele un grado de solidaridad socialmente comprensible con respecto al autor. Este grado de solidaridad sólo se apreciaría cuando los bienes jurídicos afectados del tercero no sean fundamentales.<sup>88</sup>

En suma, en el ámbito de la culpabilidad también el aspecto interno de la accesoriedad sostenido como dogma por la doctrina dominante es inconsistente; no permite arribar a conclusiones justas, debiendo, en casos de intervención en hechos exculpados, realizar distinciones forzadas que, o significan criterios ad-hoc tales como el propuesto por la teoría de la responsabilidad por el hecho, en

---

<sup>87</sup> Frister, *supra* nota 12, p. 608.

<sup>88</sup> Véase, Bacigalupo, *supra* nota 2, p. 522.

relación con la determinación del grado de solidaridad del interviniente para con el hecho del autor, o bien, se traducen en una discreta fuga hacia el modelo de la accesoriedad máxima. Los problemas que plantean los supuestos de pluralidad de intervinientes en hechos exculpados, no hacen más que dejarnos frente a un trastorno esquizoide de la accesoriedad, donde el ilícito vuelve a caracterizarse por sus frecuentes alteraciones y disfunciones sistemáticas en orden a la resolución de los casos difíciles.

#### IV. ¿Una respuesta, varios injustos?

Como fácilmente se podrá percibir, los problemas sistemáticos desarrollados en los puntos inmediatamente precedentes, ponen en duda tanto la autonomía sistemática como la capacidad de rendimiento del concepto de injusto típico, antijurídico y doloso que se propone en el ámbito interno de la accesoriedad de la participación. La distinción fundamental de la teoría del delito que tiene lugar entre injusto y culpabilidad, se encuentra en crisis;<sup>89</sup> una crisis que supera la anquilosada discusión relativa al tipo de modelo —mínimo, limitado, estricto, etc.— propuesto para la accesoriedad. En efecto, el concepto de injusto unitario postulado para todos los hechos que dan lugar a consecuencias penales también se encuentra cuestionado, y esto repercute tanto en el ámbito interno de la accesoriedad, como también, en otros niveles de la teoría del delito.

144

El concepto de injusto unitario es sostenido no sólo para extender la responsabilidad a los partícipes, sino asimismo, para todos los hechos que dan lugar a la imposición de consecuencias jurídico-penales, lo que garantizaría, por lo demás, la propia sistemática de la teoría del delito.<sup>90</sup> Lo común, lo que comparten los agentes, en principio, es el injusto, mientras que lo diverso, lo individual, vendría dado por la culpabilidad. La existencia de un injusto no culpable, no sólo fundamenta en términos de la accesoriedad cualitativa el castigo del partícipe en el hecho,

---

<sup>89</sup> Véase, Palermo, Omar, “Deberes de tolerancia e indulgencia en situaciones de necesidad: las tesis del Prof. Silva Sánchez”, en Sánchez-Ostiz y Robles Planas (dir.), *La crisis del Derecho penal contemporáneo*, Barcelona, Ad-Hoc, 2010, p. 125. Las consecuencias sistemáticas de la distinción entre justificación y exculpación se encuentran actualmente puestas en tela de juicio, sin embargo, para Palermo, sí resultaría decisiva aquella distinción para la generación de deberes de tolerancia, según la situación de necesidad esté justificada o exculpada: en las situaciones justificadas, la víctima de la acción justificada debe si no tolerar, al menos no repeler la intervención del necesitado en su ámbito de organización (no puede reaccionar en legítima defensa o estado de necesidad defensivo). Mientras que si la situación es de exculpación, la víctima de la intervención no estaría obligada a tolerar ese comportamiento, pudiendo reaccionar justificadamente.

<sup>90</sup> Véase, Silva Sánchez, María-Jesús, “¿Adiós a un concepto unitario de injusto en la teoría del delito?”, en *InDret*, p. 1, disponible en: [http://www.indret.com/es/derecho\\_penal/8/?&sa=10&fc=229&sn=24](http://www.indret.com/es/derecho_penal/8/?&sa=10&fc=229&sn=24), último acceso: 10 de julio de 2015

sino que además, tiene importancia para otros ámbitos de la teoría del delito. Por ejemplo, un injusto no culpable puede constituir una agresión ilegítima en el marco de la legítima defensa o, conllevar la imposición de una medida de seguridad si lo comete un sujeto peligroso. También, el injusto culpable podría tener repercusiones en el ámbito de la responsabilidad civil derivada del delito. Ahora bien, este injusto personal construido por la doctrina dominante con la receta welzeliana, entendido principalmente como dañosidad o lesividad social se encuentra bajo una profunda revisión en el marco de toda la teoría del delito.

Observa Silva Sánchez que aunque el concepto de injusto welzeliano es *bastante personal*, pues requiere la concurrencia, entre otros, de los elementos de conciencia, voluntad y dolo natural (esto es, de acción y tipicidad subjetiva), sin embargo, no es completamente personal, pues quedan fuera de él elementos que comúnmente se consideran presupuestos de la culpabilidad (o imputación plenamente personal).<sup>91</sup> De este modo, Silva Sánchez da un giro inesperado y se pregunta sobre la posibilidad de decirle adiós a un concepto unitario de injusto en la teoría del delito. Para ello, analiza el caso de los agentes que actúan condicionados por una anomalía mental, las cuales pueden provocar errores de muy diversa entidad: por ejemplo, los procesos causales —de un sujeto inimputable— que tienen origen en una acción realizada con dolo natural, los que tienen origen en una acción realizada en error invencible de tipo (un sujeto enajenado, víctima de una alucinación producida por su patología cree golpear a un animal, cuando resulta que se trata de un hombre) y los que surgen de un movimiento corporal en ausencia de acción (los movimientos de un enfermo epiléptico durante un ataque).<sup>92</sup>

145

En todos estos casos, a pesar de no existir un hecho típico, antijurídico y doloso, la mayoría de la doctrina no dudaría en aplicar una medida de seguridad si el error ha sido efectivamente condicionado por la enfermedad psíquica y, obviamente, concurre peligrosidad criminal. Entonces, ¿supone ello, la ruptura del concepto unitario de injusto? El catedrático español, responde a esta pregunta afirmativamente y concluye que en todos los casos —cuando concurren el resto de los requisitos exigidos por el ordenamiento jurídico—, deben imponerse medidas de seguridad, ya sea que lo excluido por la enfermedad mental sea la culpabilidad, como si es el dolo o incluso la acción.<sup>93</sup> Nuevamente, el concepto de injusto que maneja la doctrina dominante no rinde en orden a explicar los casos difíciles, ahora frente a los diversos procesos causales que puede desencadenar la imposición de una medida de seguridad a un agente que padece una anomalía mental.

---

<sup>91</sup> *Ibíd.*, p. 3.

<sup>92</sup> *Ibíd.*, p. 13-14.

<sup>93</sup> *Ibíd.*, p. 15.

## V. Conclusiones: hacia un injusto plenamente objetivo

En el final de este artículo, hemos terminado de comprobar que existe una dificultad inherente a la teoría de la participación para jugar libremente con nuestra imaginación teórica en un contexto de firmes limitaciones dogmáticas, muchas de las cuales son ya obsoletas. Específicamente en el desarrollo de este trabajo hemos advertido sobre la posibilidad de que exista participación punible en niveles sistemáticos anteriores al de la antijuridicidad. Por ello, ya no puede postularse que el concepto dominante de injusto, esto es, el del injusto personal welzeliano, constituya el denominador común de la accesoriadad interna de la participación. En todos los niveles de imputación que están situados de modo transversal a la sistemática del delito (hay un nivel de imputación que atraviesa el tipo objetivo, un nivel de imputación en la tipicidad subjetiva, y niveles de imputación subsiguientes en el conocimiento de la antijuridicidad y en la imputabilidad) existen problemas para la teoría de la intervención en el delito. Que la solución frente a ello sea salir a la búsqueda de diferentes injustos construidos a la medida de cada caso problemático, no es algo a lo que podamos adherir con total tranquilidad. Sin embargo, sí podemos dar un paso adelante al afirmar que, a pesar de que la participación punible tiene una relevancia normativa diversa, nunca podremos prescindir de la referencia al aspecto objetivo del tipo, ni apropiarnos de la culpabilidad.

146

En efecto, existen dos puntos de acuerdo entre los variados enfoques empleados para encarar los problemas que plantea la dimensión interna de la accesoriadad. El primero de ellos, impuesto por la adscripción al principio de culpabilidad por el hecho como pauta orientativa general. Como destaca Bockelmann, la incapacidad de culpabilidad del autor principal no se transmite al partícipe, sea que resulte de inmadurez juvenil, de trastornos de la conciencia, de enfermedad o debilidad mental.<sup>94</sup> El segundo de ellos, impuesto por el principio de tipicidad, el cual sirve de nexo a las dimensiones externa e interna de la accesoriadad, resultando que frente a aquella, la participación punible debe estar sujeta al comienzo de ejecución de un tipo penal de la Parte Especial, mientras que en el aspecto interno, este principio se proyecta determinando, al menos, que ese hecho principal al cual se refieren los aportes de los intervinientes sea objetivamente típico.<sup>95</sup>

La accesoriadad interna se caracteriza por una tensión implacable e insoluble entre sus dos términos constitutivos: tipicidad y culpabilidad. A su vez, la tipicidad es el nudo gordiano que vincula sus dimensiones externa e interna; es decir, la tipicidad objetiva debe interpretarse con sus dos funciones principales: como el “fundamento

<sup>94</sup> Bockelmann, *supra* nota 19, p. 16.

<sup>95</sup> Véase, en contra, Sancinetti, *supra* nota 1, p. 559, quien postula la independencia total de los lados interno y externo de la accesoriadad.

sólido”, el único cimiento sobre el que puede construirse el edificio de la teoría de la participación y como razón-*causa* principal que vincula a todos los agentes que integran el colectivo en el delito. Entonces, podríamos pensar que el *adentro* y el *afuera* de la relación del colectivo con el hecho principal al cual accede son campos diferentes aunque no independientes, ya que comparten su referencia al tipo objetivo del hecho principal. En efecto, de modo especular, también encontramos una función precisa del principio de culpabilidad en la operación de la accesoriedad externa; sólo que, en la dinámica propia del comienzo de ejecución, este principio adquiere una forma específica que se traduce en el principio de autorresponsabilidad, según el cual cada uno de los agentes responde por la totalidad del hecho colectivo, porque en parte le pertenece, pero sin dejar de imputársele individualmente su aporte. Lo que sucede en el terreno de la accesoriedad interna con los principios de tipicidad y culpabilidad, es que se desempeñan como topes máximos del injusto de referencia que se construye en relación con el partícipe: el *adentro* de la accesoriedad, no podrá ser menos que un hecho típico ni más que un hecho antijurídico: la tipicidad es lo común y general, la culpabilidad lo específico e individual y la justificación lo «asociable».

Entonces, la pregunta que se impone en este momento, tiene que ver con los requisitos que debe presentar el hecho que sirve de nexo y permite normativamente vincular a diversas conductas dentro de un colectivo. Como ya explicamos, si bien la idea de que bastaría con exista un injusto objetivo, es decir, un hecho objetivamente típico y que no esté objetivamente justificado es evidentemente superadora de la concepción tradicional, no alcanza para resolver los casos difíciles.

Un análisis estricto de las funciones propias de la justificación que hemos identificado como las de «asociar» y «repartir», permite aceptar las fisuras en el ámbito cualitativo de la accesoriedad y tratar de remediarlas. Si bien lo usual será que la función de la justificación no arroje un remanente de responsabilidad para ninguno de los intervinientes que actúan en un mismo contexto de autorización, en algunos casos puede existir un resto que no sea cancelado para el colectivo por la función de *J*, el cual, deberá ser asumido por uno de los intervinientes. «Asociar» el comportamiento típico del partícipe a la conducta justificada del autor es la primer y más frecuente función de la ecuación que hemos planteado; pero ello no quita que eventualmente exista un resto de responsabilidad que deba «repartirse» y atribuirse a un agente. La perspectiva de la función dogmática acentúa la idea de que lo único que todos los intervinientes en el hecho comparten es la inmutabilidad del valor de la tipicidad (objetiva) del hecho.<sup>96</sup>

<sup>96</sup> Aquí, se encuentra subyacente la concepción de que la accesoriedad es independiente del lado subjetivo del hecho (ver reflexiones críticas en el punto relativo a los problemas del aspecto subjetivo del tipo de la participación) y por tanto se distingue de manera tajante la imputación objetiva del comportamiento de la imputación subjetiva.

Lo que está en juego aquí, no es nada menos que un cuestionamiento del concepto de injusto al que adscribe la doctrina dominante y un escepticismo intuitivo a resolver los casos difíciles a partir de un *injusto de encaje*. Que la justificación al igual que la exculpación es individual y, por tanto, lo único que comparten los partícipes como nexo que los integra al hecho colectivo es el aspecto objetivo del tipo, es en el fondo —pero sólo en el fondo—<sup>97</sup> la concepción de los partidarios del modelo mínimo de la accesoriedad. Aunque no es este el lugar oportuno para hacer una valoración profunda del concepto de injusto welzeliano, la cual impondría realizar un análisis más detenido del que aquí se puede abordar, sí podemos dejar trazadas las coordenadas en orden a la identificación de problemas y construcción de posibles soluciones. Entre ellas, me parece de crucial la respuesta negativa a la pregunta sobre si la accesoriedad mínima destruye la unidad de hecho que une a autor y partícipe, es decir, declarar un hecho antijurídico para el partícipe y lícito para el autor no es contrario al principio de unidad del ordenamiento jurídico. La posibilidad de que un mismo hecho sea simultáneamente lícito para uno e ilícito para otros implica reconocer que ante los ojos del ordenamiento jurídico, se han cometido hechos distintos, unos de conformidad con el mismo y otros en contradicción con él. Esto se explica con base en las diferentes normas que vinculan a los intervinientes *p* y *A*; me refiero a la norma primaria *N* y la norma secundaria *η*, las cuales pueden ser cuestionadas paralelamente por cada uno de los agentes en tanto su contenido es diverso.

148

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

---

<sup>97</sup> Ello en tanto, por ejemplo, algunos de los autores al pensamiento del modelo mínimo de la accesoriedad, no termina de conceder la propiedad exclusiva del tipo subjetivo a cada uno de los intervinientes.

## VI. Bibliografía

- Bacigalupo, Enrique, *Derecho penal Parte general*, Buenos Aires, Hammurabi, 2ª ed., 1999.
- Bockelmann, Paul, *Relaciones entre autoría y participación*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1960.
- Dautricourt, J.Y., “L’orientation moderne des notions d’ auteur de l’ infraction et de participation a l’ infraction”, en: *Revue Internationale de Droit Pénal*, París, 27E anne, nos. 1-2, 1E et 2E Trimestres, 1957.
- Donna, Edgardo Alberto, *La autoría y la participación criminal*, Buenos Aires, Rubinzal Culzoni Editores, 2ª ed., 2002.
- Fierro, Julio Guillermo, *Teoría de la participación criminal*, Buenos Aires, Astrea, 2ª ed., 2004.
- Frister, Helmut, *Derecho penal Parte general*, Buenos Aires, Hammurabi, 4ª ed., 2011.
- Gimbernat Ordeig, Enrique, *Autor y Cómplice en Derecho penal*, Madrid, Universidad de Madrid, Facultad de Derecho, Sección de publicaciones e intercambio, 1966.
- Jakobs, Günther, “El principio de culpabilidad”, *ADPCP*, Tomo XLV, Fascículo III, 1992.
- Jakobs, Günther, *La imputación objetiva en el Derecho penal*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 1996.
- Jakobs, Günther, *Derecho penal Parte general, Fundamentos y teoría de la imputación*, Madrid, Marcial Pons, 2ª ed., 1997.
- Jescheck, Hans Heinrich y Weigend Thomas, *Tratado de Derecho penal Parte general*, Granada, Comares, 5ª ed., 2002.
- Lüderssen, Klaus, “La figura del tipo del partícipe”, en: *Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia penal*, N° 7, Ad-Hoc.
- Mañalich, Juan Pablo, “La estructura de la autoría mediata”, en: *Revista de Derecho (Valparaíso)*, núm. XXXIV, 2010.

Mañalich, Juan Pablo, “Norma e imputación como categorías del hecho punible”, en: *Revista de Estudios de la Justicia*, N° 12, 2010.

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

Palermo, Omar, “Acción e imputación objetiva en el sistema de Günther Jakobs”, en: *Revista del Foro de Cuyo*, N° 40, Ed. Dike, 2000.

Palermo, Omar, “Deberes de tolerancia e indulgencia en situaciones de necesidad: las tesis del Prof. Silva Sánchez”, en: *La crisis del Derecho penal contemporáneo*, Barcelona, Atelier, 2010.

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

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

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

150 Robles Planas, Ricardo, *Garantes y cómplices. La intervención por omisión y en los delitos especiales*, Barcelona, Atelier, 2006.

Robles Planas, Ricardo (dir.), *La crisis del Derecho penal contemporáneo*, Barcelona, Ad-Hoc, 2010.

Robles Planas, Ricardo (coord.), *La responsabilidad en los “delitos especiales”*, Buenos Aires/Montevideo, BdeF, 2014.

Robles Planas, Ricardo, “Participación en el delito e imprudencia”, en: *Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia penal*, N° 11, Ad-Hoc.

Roxin, Claus, *Autoría y dominio del hecho en Derecho penal*, Madrid-Barcelona, Marcial Pons, 7ª ed., 2000.

Roxin, Claus, *Derecho penal Parte general*, Tomo I, Madrid, Civitas, 2ª ed., 1997.

Sánchez-Vera Gómez-Trelles, Javier, *Delito de infracción de deber y participación delictiva*, Madrid-Barcelona, Marcial Pons, 2002.

Sancinetti, Marcelo, “Exigencias mínimas de la dogmática del hecho punible en la parte general de los códigos penales” en *Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia penal*, N° 11, Ad-Hoc.

Sancinetti, Marcelo, *Teoría del delito y disvalor de acción*, Buenos Aires, Hammurabi, 1991.

Sancinetti, Marcelo, *Ilícito personal y participación*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2001.

Sancinetti, Marcelo, *Dogmática del hecho punible y ley penal*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2003.

Silva Sánchez, Jesús-María, *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, Barcelona, Bosch, 1992.

Stratenwerth Günter, *Derecho penal Parte general I: el hecho punible*, Buenos Aires, Hammurabi, 4ª ed., 2005.

Zaffaroni, Eugenio Raúl, *Derecho penal Parte General*, Buenos Aires, Ediar, 2ª ed., 2002.

