

Sobre la accesoriadad limitada de la participación*

Urs Kindhäuser

SUMARIO: I. Introducción. II. Dolo y resolución al hecho. III. Criterios subjetivos de participación. IV. Criterios materiales-objetivos de delimitación. V. Criterios formales-objetivos de delimitación. VI. Causalidad e imputación. VII. Autoría como infracción de deber.

PALABRAS CLAVE: Intervención delictiva – accesoriadad limitada – accesoriadad estricta – autoría – participación – teoría formal-objetiva – teoría material-objetiva

KEYWORDS: Criminal intervention – limited dependence – strict dependence – perpetration – participation – formal-objective theory – material-objective theory

RESUMEN: Partiendo de la obra de Herbert Tröndle, el artículo pretende analizar el desarrollo histórico y la corrección del principio de accesoriadad limitada en la teoría de la intervención delictiva, en contraste con la accesoriadad estricta. Para ello, el autor examina las teorías de participación que delimitan las categorías de autoría y participación, planteando las dificultades de utilizar criterios subjetivos y criterios materiales-objetivos (en especial, la teoría del dominio del hecho). De ahí que una teoría formal-objetiva surja como una alternativa dogmáticamente coherente con los principios de la intervención delictiva y de legalidad. Finalmente, se examina el significado de los conceptos de autoría y participación en relación con la diferenciación entre normas de comportamiento y reglas de imputación.

On the limited dependence of participation

ABSTRACT: Starting from the work of Herbert Tröndle, the article aims to analyze the historical development and correctness of the principle of limited dependence in the theory of criminal intervention, in contrast to strict dependence. To this end, the author examines the theories of participation

* Traducción de Italo Reyes Romero, doctorando de la Universidad de Bonn. Agradezco la amabilidad y ayuda de Beatriz Correa Camargo.

Artículo original en alemán: "Zur limitierten Akzessorietät der Teilnahme", en: Gedächtnisschrift für Herbert Tröndle, Duncker & Humboldt, 2019, pp. 295-311.

Abreviaturas: CPA = código penal alemán (vigente); CPAd = código penal alemán ya derogado; CPIId = código penal del Imperio ya derogado; TFA = Tribunal Federal alemán.

that delimit the categories of perpetration and participation, raising the difficulties of using subjective and material-objective criteria (in particular, the theory of act domination). Hence, a formal-objective theory emerges as an alternative that is dogmatically coherent with the principles of criminal intervention and legality. Finally, the meaning of the concepts of perpetration and participation is examined in relation with the differentiation between norms of behavior and rules of imputation.

I. INTRODUCCIÓN

En un temprano ensayo sobre derecho penal material, Herbert Tröndle planteó la pregunta acerca de la posibilidad de una participación en un hecho principal no-doloso.¹ Lo notable de este ensayo no es tanto el resultado, sino más bien la dificultad que Tröndle debió enfrentar para alcanzar dicho resultado. Pues el joven juez de tribunal de primera instancia pretendía probar que, según su opinión, la cuarta sala del Tribunal Federal alemán había dado un giro dogmático erróneo en dos decisiones sobre la accesoriadad limitada de la participación,² lo que, de seguir así, hubiese implicado un abandono de la teoría clásica de la intervención delictiva.³ Para impedir esto, Tröndle no solo debía mostrar las consecuencias negativas que surgían de esta nueva jurisprudencia, sino también encontrar una manera, tras la introducción de la accesoriadad limitada, para preservar las formas de intervención según su contenido y función de acuerdo a los principios tradicionales. Aun cuando hoy la pregunta planteada por Tröndle deba ser respondida negativamente en razón de la redacción legal actual, de igual forma vale la pena una mirada retrospectiva a su argumentación para una mejor comprensión de la regulación actual. Asimismo, esto merece ser revisado porque en la discusión contemporánea se duda del sentido y finalidad de la accesoriadad limitada con importantes reflexiones acerca de su fundamento.⁴

Hasta la introducción de la accesoriadad limitada en el § 50 I CPad en el año 1943, la jurisprudencia y la doctrina dominante partían de la base de una dependencia (o accesoriadad) estricta⁵ de la participación en cuanto al hecho principal. Esto

¹ GA 1956, p. 129 ss.

² BGHSt 4, 355; 5, 47.

³ **Nota del traductor:** En lo sucesivo, se utilizará “intervención” como el concepto general que engloba a la “autoría” y a la “participación”. La “autoría” puede ser “autoría individual” (cuando se considera la acción de solo un sujeto, es decir, “autoría directa” y “autoría mediata”) o “coautoría” (cuando se considera la acción de varios). La “participación” se compone de “inducción” y “complicidad”.

⁴ Por ejemplo, Jakobs, *Theorie der Beteiligung*, 2014, p. 36: “totalmente falso”

⁵ **Nota del traductor.** En la discusión tradicional se usan indistintamente las expresiones accesoriadad estricta o accesoriadad máxima como contracara de la accesoriadad limitada. Mientras esta última se conforma con que el hecho principal sea típico y antijurídico, la accesoriadad estricta o máxima exige además que sea culpable.

significaba que solamente podía participarse puniblemente (mediante inducción o complicidad) en un hecho típico, antijurídico y culpable. La nueva regulación determinó simplemente que, ante la intervención de varias personas en un hecho, “cada una debía ser sancionada por su propia culpabilidad sin considerar la culpabilidad de los demás”. A primera vista, tal formulación repetía únicamente de forma declaratoria lo que era en realidad obvio: En un derecho penal del hecho y basado en el principio de culpabilidad, la única medida de la pena puede ser aquella de la que cada interviniente es responsable.⁶ Sin embargo, es evidente que el legislador de la época no se preocupaba por la postulación de principios de un derecho penal comprometido con el principio de culpabilidad y con un estado de derecho. Más bien, de acuerdo al espíritu de la época, la punibilidad tenía que ser ampliada, pues las significativas lagunas de punibilidad que se derivaban de la accesoriad estricta en casos reprochables eran entendidas, en general, como graves defectos.⁷

En relación con eventuales lagunas de punibilidad que se derivan de la accesoriad estricta resulta relevante lo siguiente: según la doctrina clásica, la ausencia de elementos constitutivos del delito en la persona de adelante puede ser compensada, en cualquier caso, recurriendo a la figura de imputación de la autoría mediata, cuando la persona de atrás ostenta los elementos de autor correspondientes.⁸ En Welzel, un importante defensor de la accesoriad limitada, se encuentra como ejemplo para una inducción no construible como autoría mediata el siguiente caso: la esposa de un funcionario público lo incita a tomar el dinero de un soborno, sin embargo el funcionario público es incapaz de culpabilidad por enfermedad mental.⁹ En atención a tales ejemplos no precisamente cotidianos, cabe sospechar que la laguna de punibilidad invocada se agota en la criminalidad de manual, sobre todo porque Welzel no menciona ninguna prueba desde la práctica para estas o similares constelaciones de delitos especiales y crímenes de propia mano.¹⁰ De cualquier forma, la incorporación del § 50 I CPAd en el año 1943 fue entendida por todo el mundo no como una declaración sin consecuencias del principio de culpabilidad, sino como la introducción formal de la accesoriad limitada. En la fórmula “cada uno debe ser castigado según su culpabilidad”, se observó también la posibilidad de una intervención en el hecho de un sujeto no-culpable. Esto significó, en primer lugar y de manera no controvertida, que “en adelante una participación punible en el hecho de

⁶ Acertadamente Binding, *Strafrechtliche und strafprozessuale Abhandlungen*, Bd. 1, 1915, p. 290: “nadie puede participar o concurrir en ‘culpabilidad’ ajena (...)”.

⁷ Así Tröndle, *op. cit.*, (n. 1), p. 130; *cf.* también Bockelmann, *Über das Verhältnis von Täterschaft und Teilnahme*, 1949, p. 1: “severamente desventajoso”.

⁸ *Cfr. Merkel*, *Lehrbuch des Deutschen Strafrechts*, 1889, p. 141.

⁹ *Der Allgemeine Teil des deutschen Strafrechts in seinen Grundzügen*, 1a ed., 1940, p. 70.

¹⁰ Este grupo de delitos —mientras no coincida con los delitos especiales (al respecto, §§ 160, 271 CPA)— debería ser entendido como obsoleto según el estado actual de la teoría de imputación. ¿Por qué tiene que ser posible el ingreso en una violación de morada mediante mano ajena y no mediante la conducción con un vehículo?

un incapaz de culpabilidad” tenía que ser admitida.¹¹ La laguna de punibilidad del extraneus que incita al enfermo mental especialmente obligado a una lesión de su deber, por la que se quejaba Welzel, quedaba así remediada.

Dado que la posición dominante en ese momento clasificaba al dolo y a la imprudencia como elementos de la culpabilidad, la introducción de la accesoriadad limitada planteó la relevante pregunta práctica sobre la posibilidad de intervención en una realización típica no-dolosa. Quien solamente se preocupaba por la ampliación de la punibilidad, no tuvo problemas en apoyar esta posibilidad, por razones meramente formales.¹² Pues actúa formalmente sin culpabilidad a quien le falta un elemento constitutivo de culpabilidad. Este punto de vista formal no es suscrito por Tröndle. Más bien, él pretende debilitar el argumento de que cada presupuesto de culpabilidad, cuya ausencia excluye la culpabilidad, carecería por lo tanto ya de relevancia para el partícipe. En su opinión, la redacción de la ley también sería compatible con la opinión de que solamente algunos, pero no todos, los presupuestos de culpabilidad serían irrelevantes para la participación. El § 50 I CPAd tendría ya un ámbito de aplicación aunque se exigiera un presupuesto de culpabilidad. Tal exigencia no obstaría la participación. Con esto no estaría excluido que otros presupuestos de culpabilidad — como por ejemplo el dolo— sean todavía condiciones necesarias de la participación.

Tröndle revisa la tesis de la necesidad de un hecho principal cometido dolosamente para la participación bajo dos planteamientos. Por un lado, se pregunta si la inducción y complicidad (en su forma legal) solo son concebibles dirigidas a un hecho principal doloso. Por otro lado, se pregunta si autoría y participación, como también las figuras de participación entre sí, pueden ser demarcadas entre ellas únicamente en atención a que el hecho principal sea doloso. Tröndle quiere intentar dar las correspondientes respuestas, como lo señala explícitamente,¹³ sobre la base de la construcción clásica del delito, según la cual el dolo pertenece a la culpabilidad. A continuación, sus consideraciones serán examinadas con mayor detalle en atención a ambos planteamientos a partir de la perspectiva de la teoría de las normas.¹⁴

II. DOLO Y RESOLUCIÓN AL HECHO

Mientras resulta fácil imaginar una complicidad a un hecho no-doloso¹⁵ y la coautoría en caso de realización típica imprudente es defendida igualmente por una

¹¹ *Op. cit.*, (n. 1), p. 131.

¹² Referencias extensas sobre este punto de vista en Bockelmann, *op. cit.*, (n. 5), pp. 4 ss.

¹³ *Op. cit.*, (n. 1), p. 134.

¹⁴ De acuerdo con el limitado objetivo de este artículo, las referencias se restringen en lo sucesivo a lo estrictamente necesario.

¹⁵ Este es también el caso de la sentencia mencionada al principio en BGHSt 5, 47, en donde se rechazó la complicidad en virtud de la ausencia de elementos subjetivos típicos específicos en el autor principal.

opinión minoritaria,¹⁶ la inducción a un hecho principal sin dolo es difícilmente imaginable.¹⁷ Por lo tanto, no sorprende que Tröndle recurra paradigmáticamente a los presupuestos de la inducción para fundamentar por qué la punibilidad de la participación requiere un hecho principal doloso. En primer lugar, argumenta que la formulación legal de la inducción como “determinar a otro a una acción amenazada con pena” debería interpretarse en el sentido de que el inductor debe haber provocado la resolución a la realización típica en el autor principal.¹⁸ En su opinión, la resolución al hecho solamente puede generarse en un autor que actúa dolosamente. Que reputados autores¹⁹ también entiendan por posible una inducción a un hecho imprudente es ignorado por Tröndle apelando a una opinión jurisprudencial estable hace varias décadas,²⁰ esto es, un argumento débil, sobre todo porque la cuarta sala del TFA precisamente pretendía renunciar a esta jurisprudencia previa a la introducción de la accesoriad limitada.

Según Tröndle, un argumento más convincente para su postura está en la posibilidad de una inducción a la tentativa, pues aquí la resolución al hecho no podría separarse del dolo. Bajo una interpretación del dolo como (al menos) conocimiento suficientemente concreto en aras de una conducta propia querida (y sus consecuencias típicas), el “determinar” se refiere necesariamente a provocar la resolución a un hecho doloso. En este sentido, como Tröndle expone convincentemente,²¹ todas las construcciones de resolución al hecho desprovistas de dolo están condenadas al fracaso.

Sin embargo, la necesidad de una relación de la inducción con el dolo del autor se deriva únicamente del hecho que solo los delitos dolosos conocen una tentativa.²² ¿Por qué alguien no podría determinar (dolosamente) a otro a la resolución de comportarse imprudentemente, de manera que, si se produce la realización típica, él habría inducido a un hecho imprudente?²³ Por lo tanto, la pregunta planteada por Tröndle debería ser reformulada en profundidad: ¿puede provocarse la resolución a una realización típica en alguien si la persona en cuestión no actúa ni dolosa ni imprudentemente? Si se toma en serio el tema de la accesoriad limitada, en aras de

¹⁶ Cfr. Binding, *Op. cit.*, (n. 4), p. 353; Jakobs, *Op. cit.*, (n. 3), p. 35.

¹⁷ De otra opinión, por ejemplo, Binding, *Grundriss des Deutschen Strafrechts. Allgemeiner Teil*, 7ª edición, 1907, p. 171 y *passim*.

¹⁸ *Op. cit.*, (n. 1), p. 134.

¹⁹ Cfr. Beling, *ZStW XVIII*, pp. 272 s.; Berner, *Lehrbuch des Deutschen Strafrechts*, 14a edición, 1886, pp. 150 s.; Binding, *op. cit.*, (n. 15), pp. 152 s.; Birkmeyer, *Die Lehre von der Teilnahme und die Rechtsprechung des Deutschen Reichsgerichts*, p. 142. En contra, Merkel, *op. cit.*, (n. 6), p. 147.

²⁰ *Op. cit.*, (n. 1), pp. 134 s.

²¹ *Op. cit.*, (n. 1), pp. 137 ss.

²² El § 43 CPId define la tentativa como no-consumación de un crimen o delito intencional.

²³ Sobre tal construcción Jakobs, *op. cit.*, (n. 3), p. 41.

una ampliación de la punibilidad para poder sancionar la participación independiente de la culpabilidad del autor principal, entonces la respuesta a esta pregunta tendría que ser afirmativa. Si alguien puede ser determinado a una realización ni dolosa ni imprudente de un tipo legal es algo que no necesita ser discutido aquí (por el momento). Pues la teoría de intervención delictiva conoce la posibilidad de realización típica mediante un sujeto no completamente responsable en la forma de autoría mediata. Así, primeramente debe explicarse si existe un límite entre inducción y autoría mediata que obste una ampliación de la inducción en el ámbito de la autoría.

III. CRITERIOS SUBJETIVOS DE PARTICIPACIÓN

En el contexto de la respuesta a la pregunta de si la participación puede ser clasificada únicamente en el sistema de la teoría de la intervención delictiva cuando el hecho principal correspondiente fue cometido de manera dolosa, la siguiente tesis de Tröndle²⁴ merece especial consideración: "La caracterización jurídica de un partícipe no depende (...) de lo que él quiere ser, sino de lo que es. Sin embargo, esto no lo determina por sí mismo el partícipe, sino el ordenamiento jurídico."²⁵ Sería difícil estar en desacuerdo con esto, pues las características subjetivas y disposiciones de personas solo son jurídicamente relevantes cuando pueden subsumirse bajo un concepto jurídico objetivo. Evidentemente esto contradice la caracterización de la participación de mano del criterio subjetivo del *animus socii*, según el cual es partícipe todo interviniente que quiere subordinarse a la configuración dolosa del hecho por parte del autor.

La teoría del *animus* del Tribunal del Imperio alemán se basa en la tesis de la equivalencia de von Buri, según la cual todas las condiciones necesarias para un resultado serían causas equivalentes, de manera tal que la autoría y la participación no podrían ser diferenciadas de una manera (puramente) objetiva.²⁶ En la sentencia de 1881, la cual fue titulada "¿en qué consiste la diferencia entre coautores y cómplices?", el Tribunal del Imperio alemán enfatizó que cada aporte del interviniente a la realización típica resulta suficiente para la ejecución conjunta, sin que esto dependa de una medida mayor o menor de actividad externa.²⁷ Por consiguiente, según el tribunal, la diferencia entre prestación de ayuda y coautoría solamente podría ser subjetiva, basada en la diferencia de voluntad del cómplice y del coautor. El rasgo característico del aporte de un cómplice es que considera al hecho en sí como el de un tercero al que le presta su ayuda; mientras que el aporte del coautor proviene de la

²⁴ Siguiendo a Bockelmann, *op. cit.*, (n. 5), p. 48.

²⁵ *Op. cit.*, (n. 1), p. 143 con n. 52 (no destacado en el original).

²⁶ Zur Lehre von der Teilnahme an dem Verbrechen und der Begünstigung, 1860; el mismo, GA 1869, p. 234; crítica fundamental en Birkmeyer, *op. cit.*, (n. 17), pp. 16 ss.

²⁷ RGSt 3, 181 (182).

intención de apoyar y llevar a cabo el hecho como suyo propio (o de sus compañeros de crimen).²⁸ Así, es cómplice quien subordina su voluntad a la del autor de tal forma que deja a su criterio si el hecho será o no llevado a cabo. Por el contrario, el coautor solamente quiere que el hecho resulte, bajo los aportes de los demás intervinientes, sin considerar sus voluntades como relevantes para la propia.²⁹

Entender como autor a quien quiere el hecho como propio o —de acuerdo a una formulación subjetiva posterior de la jurisprudencia³⁰— tenga interés en el resultado del hecho, no es una interpretación de la ley, sino una construcción alejada de su texto. El § 212 CPA define como autor de un homicidio a quien se comporta — de modo imputable — de tal manera que esta conducta puede ser descrita como “matar a otro (individuo)”. El “quien”, o sea, el sujeto de esta oración, es únicamente quien mata a otro, aun cuando no tenga interés en el resultado o —como siempre puede ser posible— no lo quiera como propio. Y quien no se comporta de tal forma no es, por principio, alguien que pueda ser calificado como el “quien” de la conducta descrita típicamente, a pesar de que él también tenga interés en el resultado del hecho o —como siempre puede ser posible— quiera el hecho como propio.³¹

Un delito es una conducta mediante la cual se infringe, de manera imputable, una norma. Si una y la misma conducta puede ser tanto antinormativa a título de autoría como a título de participación, dependiendo solo de la dirección de voluntad del agente, entonces las normas de autoría y participación no podrían ser diferenciadas en su contenido. Más bien, las normas de comportamiento jurídico-penales prohibirían, sin diferenciación en cuanto al contenido, la realización de un tipo delictivo bajo cualquier forma de intervención. Una norma tal que tuviera un contenido idéntico para el autor individual, el coautor, el inductor y el cómplice, solamente podría indicar para los delitos de comisión: está prohibido poner una causa (ex hypothesi en el sentido de una condición necesaria) para la realización de un tipo penal T. Y para omisiones tendría como contenido: es requerido (o mandado) poner una causa (ex hypothesi en el sentido de una condición necesaria) para el impedimento del tipo penal T. Las formas de intervención delictiva se diferenciarían entonces únicamente con arreglo a los criterios de reprochabilidad. Así, una infracción idéntica de la norma sería sancionada dependiendo solamente de en qué forma el infractor quiere intervenir en la realización del tipo, sin considerar la configuración concreta de su conducta.

²⁸ *Ibid.*

²⁹ RGSt 3, 182 s.

³⁰ Por ejemplo, RGSt 74, 85.

³¹ A menos que uno entienda la fórmula en el sentido de Binding, *op. cit.*, (n. 15), p. 150: “(...) la locución de que el autor debe querer el hecho como suyo propio, no dice más que la acción en su conjunto debe formar el contenido de su voluntad, que quiere convertirse en causante personal del resultado criminal” — “lo mismo con impulsos egoístas o altruistas”; cfr. también Hälschner, *Das gemeine deutsche Strafrecht*, primer tomo, 1881, p. 42; Merkel, *op. cit.*, (n. 6), pp. 139 s., 144 ss.

Evidentemente las normas del código penal vigente no pueden reducirse a un contenido equivalente de causación. Por un lado, la omisión de una prestación de ayuda (bajo superación del límite mínimo de exigibilidad del § 323c CPA) de, por ejemplo, un no-garante no es una infracción de la norma que únicamente a falta de una posición de garante es impune, sino que, en sí misma, no es una conducta antijurídica. De lo contrario, estaría permitida la legítima defensa contra un no-garante inactivo. Así pues, los presupuestos de una posición de garante pertenecen al contenido de un mandato de un delito de omisión impropia, con la consecuencia de que en estos delitos la diferenciación entre autoría y participación debe dirigirse al menos también según el contenido de la norma relevante, el que sobrepasa la mera causación. Por ello, la norma no puede plantear lo mismo para ambas formas de intervención. Por el otro lado, una diferenciación entre autoría y participación es necesaria en todos los delitos especiales, en los cuales el deber de acción que se deriva de la norma está vinculado a determinados elementos personales.

IV. CRITERIOS MATERIALES-OBJETIVOS DE DELIMITACIÓN

Las consideraciones precedentes basadas en la teoría de las normas confirman la tesis de Tröndle de que, para la clasificación de una forma de intervención, no puede importar el rol que alguien quiere jugar, sino el rol que ocupa efectivamente según criterios jurídicos objetivos. Sin embargo, es dudoso si Tröndle consigue el criterio objetivo deseado recurriendo a las ideas del dominio del hecho. Pues aun- que la teoría del dominio del hecho es ciertamente hija del finalismo,³² al igual que la teoría subjetiva, se basa en la teoría de la equivalencia de las condiciones.³³ Si todas las condiciones necesarias para un resultado son, en virtud de su necesidad, equivalentes, entonces no puede hacerse una diferencia valorativa respecto a si una condición tal está o no determinada finalmente. Asimismo, aunque la controlabilidad intencional es una condición necesaria para realizar “lo obligatorio”^{34*}, ello no entrea- ga información sobre qué actuar tiene que ser realizado, ni quién debe ejecutar “lo obligatorio” (y de qué manera).

³² Cfr. Haas, *Die Theorie der Tatherrschaft und ihre Grundlagen*, 2008, pp. 15 ss. con ulteriores referen- cias. No es de extrañar que las debilidades de la doctrina final no permitan una doctrina del dominio del hecho así fundamentada. El dominio del hecho como configuración delictiva dirigida del suceso no puede ser, en caso de omisión e imprudencia, un criterio relevante de autoría. Una salida plausi- ble es la adopción de una autoría unitaria en estos casos.

³³ La equivalencia de las condiciones necesarias no es puesto en duda ni por los partidarios de la teoría del dominio del hecho ni por los partidarios de la teoría del animus, cfr. Roxin, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, Tomo 1, 4ª edición, 2006, § 11 n° m. 11 ss.; Welzel, *Das Deutsche Strafrecht*, 11ª. edición, 1969, pp. 43 ss.

³⁴ * Nota del traductor. En alemán se utiliza el término “das Gesollte”, el cual es una sustantivización del verbo “sollen”, que puede traducirse como “tener que (hacer algo)” o “haber de (hacer algo)”. Por ello, se ha decidido traducir por “lo obligatorio”.

La teoría del dominio del hecho entiende al autor “como centro personal de acción del injusto”. En su forma más obvia, esto significa que el autor ejecutaría su decisión de voluntad relativa a la realización del tipo de manera intencionada.³⁵ Quien tiene dominio del hecho sería autor; a quien le falte, sería partícipe. El dominio del hecho es definido, por una parte, mediante el dominio de decisión sobre si el hecho es cometido, y, por otra parte, mediante el dominio de configuración sobre cómo el hecho será ejecutado en sus detalles. Mientras el autor individual tiene, en cierto sentido, todo el dominio del hecho, los coautores solo ejercen un dominio del hecho funcional en sentido de un proceder basado en la división equitativa del trabajo. Un *plus* en dominio de configuración puede ser compensado por un *minus* en dominio de decisión y viceversa. Sin embargo, en la autoría mediata, el dominio del hecho se fundamenta de manera completamente diferente. Aquí resulta decisivo que el autor dirija a la persona de adelante (su “instrumento” humano), lo que puede hacerse de tres formas:

- (1) La persona de adelante carece un presupuesto de punibilidad en la ejecución del hecho, ya que se encuentra en un error, está justificada o actúa sin culpabilidad o sin un elemento de deber específico. En estos casos, la persona de atrás se aprovecha de este déficit de punibilidad (también llamada dominio de la voluntad).
- (2) La persona de atrás es capaz de dirigir a la persona de adelante porque este se encuentra en un error de motivación esencial.
- (3) La persona de atrás dirige a la persona de adelante en cuanto se aprovecha de formas de organización fijas o de procesos regulares.

Teniendo en cuenta estos sorprendentemente diversos criterios para la autoría, se plantea la pregunta de qué significa, desde un punto de vista jurídico-penal, “dominio sobre el hecho”. ¿Cómo fenómenos tan diferentes entre sí, incluso contradictorios, como el dominio de la voluntad y la división del trabajo, pueden ser apropiados para fundamentar responsabilidad por la conducta de otra persona a título de autoría? Según la concepción defendida mayormente por *Roxin*, es autor quien “tiene en sus manos” el suceso que realiza el tipo, es decir, quien es la “figura central” del suceso; por el contrario, es partícipe quien solo aporta al margen. “Figura central” y “figura marginal” son ciertamente imágenes simpáticas, pero no son categorías dogmáticas.³⁶

Especialmente clara es la problemática de diferenciar autoría y participación con ayuda de tales imágenes cuando entra en juego la accesoriad limitada. Quien incita a un niño de 12 años a una lesión corporal, por un lado, debería ser inductor, por-

³⁵ *Welzel, op. cit.*, (n. 31), pp. 100 s.

³⁶ *Lampe, ZStW 119 (2007), 471 (481)*, nota al pie 45, ve en la terminología poco clara el peligro de una dogmática de “libro de dibujos” en la que cualquier persona podría satisfacer los espacios en blanco según su propia representación.

que según la accesoriadad limitada la (capacidad de) culpabilidad de quien ejecuta el hecho no debería importar. Por otro lado, en razón del “dominio de la voluntad” debería ser autor mediato, porque el niño solamente ostenta la calidad delictiva de un instrumento en virtud de su incapacidad de culpabilidad. La salida de que la inducción retroceda por principio de subsidiariedad³⁷ a favor de la autoría (mediata), estaría vinculada a la concesión de que no hay un criterio de diferenciación material entre autoría y participación: ambas formas de intervención se referirían a una conducta idéntica desde un punto de vista subjetivo como objetivo.³⁸ En virtud de la conducta idéntica, la persona de atrás sería, al mismo tiempo, una “figura marginal” como inductor y una “figura central” como autor mediato. En consideración de la accesoriadad limitada, el niño sería autor de un hecho principal en el que se puede participar, y, en consideración del dominio de voluntad de la persona de atrás, el niño sólo sería un mero instrumento del hecho de otro y, por lo tanto, ni siquiera “figura marginal” del suceso jurídico-penal.

Otro problema fundamental de la teoría del dominio del hecho radica en que el dominio fáctico, de cualquier forma que se presente, no puede ser suficiente para fundamentar autoría para cualquier clase de delito.³⁹ Como ya fue mencionado en relación con la teoría del *animus*, no quedan cubiertos por el dominio fáctico los delitos de omisión o los delitos con elementos personales especiales (por ejemplo, los delitos de funcionarios). Como autor de tales delitos solo entra en consideración el obligado respectivo; todos los demás intervinientes que no tienen tal deber pueden, a lo más, ser partícipes.⁴⁰ Por ende, los partidarios de la teoría del dominio del hecho se ven obligados a establecer, junto a los delitos basados en la idea del dominio del hecho, los heterogéneamente fundamentados “delitos de infracción de deber”. Desde un punto de vista teórico-científico, la adición de criterios sin un principio superior que los vincule no es una teoría explicativa, sino una combinación arbitraria de criterios.⁴¹

Por su parte, la fundamentación heterogénea de responsabilidad por un suceso mediante la separación de delitos de dominio y delitos de infracción de deber es dog-

³⁷ En la coautoría e inducción del coautor se da otra situación, pues aquí la acción de inducción se diferencia claramente de la acción de ejecución del hecho, es decir, se trata de subsidiariedad de una acción auxiliar frente a una acción principal.

³⁸ *Roxin*, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, Tomo 2, 2003, § 26 n° m. 10 ofrece una solución conceptual clara para la problemática —a saber, participación presupone conceptualmente la falta de aplicabilidad de criterios de autoría—, lo cual sin embargo no modifica la posible coincidencia de los presupuestos fácticos de ambas formas de intervención en caso de conducta idéntica.

³⁹ Cfr. *Jakobs*, *op. cit.*, (n. 3), pp. 46 s.: “de naturalismos no se deduce ninguna imputación”.

⁴⁰ *Roxin*, *Täterschaft und Tatherrschaft*, 9a. ed., 2017, pp. 352 ss.

⁴¹ Sin embargo, quizá sea precisamente el concepto de autor amorfo, que puede adaptarse específicamente a cualquier solución de problema, la razón de la enorme capacidad de rendimiento de la teoría del dominio del hecho. Este mérito no puede negarse de ninguna forma.

máticamente discutible. Cada prohibición de una conducta implica el requerimiento de su omisión y viceversa. En ese sentido, cada destinatario de una norma tiene el deber, con arreglo a sus capacidades efectivas o esperables, de omitir la conducta antijurídica a favor de una alternativa conforme a derecho. En otras palabras, desde la perspectiva del derecho penal, el destinatario debe evitar una conducta (y sus consecuencias) que puede ser subsumida bajo los elementos de un tipo penal. Esta estructura no cambia en nada cuando uno refiere los delitos de infracción de deber a deberes extra-penales. En este caso, el deber extra-penal en cuestión (como elemento del tipo) debe ser separado lógicamente del deber general de evitar la realización típica. El deber extra-penal únicamente determina, como elemento especial del tipo, quién puede realizar el tipo y, por lo tanto, quién puede ser autor. Los criterios de autoría en delitos especiales no se diferencian en nada de los criterios de autoría en general.

V. CRITERIOS FORMALES-OBJETIVOS DE DELIMITACIÓN

Si se consideran las regulaciones de la intervención delictiva desde la perspectiva de la teoría de las normas, entonces una fácil solución a la problemática planteada parece ser una inversión de los criterios relevantes: No es el “ser” fáctico, esto es, el dominio sobre el hecho, el que determina el rol de un interviniente, sino que “el deber ser” determina el deber de cuya infracción se deriva del rol del interviniente. En otras palabras, autor es quien infringe un deber cuyo contenido lo hace autor; partícipe es quien infringe un deber cuyo contenido lo hace inductor o cómplice.

Esta interpretación de la intervención es de ninguna forma nueva. La dogmática del siglo XIX⁴² está atravesada por la idea de que alguien es autor (causante) porque ha producido un hecho que pertenece al concepto legal de un crimen.⁴³ En este sentido, *Stübel* caracteriza como autor (causante) al sujeto en quien yace “la causa más próxima de la existencia del crimen”.⁴⁴ También en cuanto al fondo, aunque usando expresiones “más modernas”, *Merkel* describe como autor a la persona “a quien se refiere *directamente* la definición legal de una forma de delito y la medida de la pena vinculada con ella, es decir, a quien se puede subsumir directamente con su hacer u omitir en dicha definición o, que es lo mismo, a quien ejecuta la acción que se

⁴² Extensas referencias en *Birkmeyer*, *Teilnahme am Verbrechen*, VDA, Tomo 2, 1908, p. 97; *el mismo*, *op. cit.*, (n. 17), pp. 6 s.; además *Haas*, *op. Cit.* (n. 30), pp. 65 ss.

⁴³ Cfr. *Stübel*, *Ueber den Thatbestand der Verbrechen, die Urheber derselben und die zu einem verdammenden Endurtheile erforderliche Gewissheit des erstern, besonders in Rücksicht der Tödtung nach gemeinen in Deutschland geltenden und Chursächscischen Rechten*, 1805, § 29, p. 34; además § 23, p. 29.

⁴⁴ *Op. cit.*, (n. 40), § 36 p. 45.

presupone en la ley correspondiente y manifiesta los elementos legales del delito, esto es, 'la acción principal' o 'acción de ejecución'".⁴⁵ Entre otras cosas, al tipo pertenecería también "la infracción de una relación especial de deber", de manera que solamente puede ser autor quien "se encuentre en esta relación de deber".⁴⁶ Por el contrario, no sería autor a quien, "en su persona o acción, le falten los elementos legales".⁴⁷

De acuerdo con esta caracterización de autoría y participación, se deriva directamente del mismo código penal cómo los roles deben distribuirse en la teoría de la intervención delictiva. Así, se debe desprender de las definiciones legales de inducción y complicidad en los § 26 y § 27 CPA que estas acciones de participación están referidas al hecho de otro y que este otro es autor.⁴⁸ Y, nuevamente, que autor es quien se comporta como "el que" de una manera que cae dentro de la descripción del tipo delictivo de la parte especial. Por ejemplo, si B apuñala mortalmente a C con un cuchillo, entonces B es autor de un homicidio. Y A, quien le entregó el cuchillo a B, es cómplice de homicidio. Esto no es solo, como *Roxin* describe, "una idea de evidencia casi imperativa".⁴⁹ Más bien, es la única interpretación del texto legal correspondiente con el principio de legalidad jurídico-penal. Semejante comprensión de la teoría de la intervención delictiva orientada por el texto legal se denomina, a partir de *von Birkmeyer*, teoría formal-objetiva.⁵⁰

La teoría formal-objetiva se basa en un presupuesto incompatible con la teoría de la equivalencia, a saber, la *inequivalencia* o *desigualdad* de las condiciones necesarias. La afirmación de la equivalencia de las condiciones necesarias es o bien tautológica o bien elíptica. Es tautológica cuando ella se agota en el significado de que todas las condiciones necesarias serían equivalente en razón de su necesidad. Esta oración dice en su contenido tan poco del mundo como la oración que todas las cebras serían igualmente cebras en virtud de su pelaje rayado.⁵¹ Por otro lado, la afirmación es elíptica cuando pretende expresar algún contenido más allá de esta tautología, ya que dicho contenido es desconocido y jurídico-penalmente indeterminado. Que, en el ejemplo, A y B hayan establecido condiciones necesarias para la muerte de C, es tan correcto desde el punto de vista fáctico, pero irrelevante desde

⁴⁵ *Merkel, op. cit.*, (n. 6), p. 137 (no destacado no el original); cfr. también *Berner, op. cit.*, (n. 17), p. 151.

⁴⁶ *Merkel, op. cit.*, (n. 6), p. 140.

⁴⁷ *Merkel, op. cit.*, (n. 6), pp. 139 s.

⁴⁸ Esto no niega la posibilidad de que el otro, por su parte, sea solamente partícipe del hecho de un tercero, mientras este esté referido en su conjunto a un "hecho principal".

⁴⁹ *Op. cit.*, (n. 37), p. 35 (no destacado en el original).

⁵⁰ *Birkmeyer, VDA, op. cit.*, (n. 39), p. 21.

⁵¹ * *Nota del traductor.* En alemán se usa como ejemplo una raza de caballos que tiene el pelaje blanco (llamada "*Schimmel*"). Se adaptó el ejemplo para que tuviera sentido en español.

un punto de vista jurídico penal como la circunstancia de que C debió haber estado vivo para poder morir. Dado que todos los elementos que constituyen el estado del mundo en el tiempo t son necesarios para ese estado del mundo y , por lo tanto, también para la muerte de C en el momento futuro $t+1$, se llega a la realización de que también la conducta de A y B, al igual que la misma existencia de C, son condiciones necesarias para su muerte.

Sin embargo, las condiciones necesarias individuales pierden su equivalencia cuando se analizan desde una perspectiva jurídica, es decir, bajo la pregunta de si la muerte de C y una conducta productora de este suceso ejemplifican el tipo normativo de la prohibición del homicidio. Bajo la descripción “matar a otro” únicamente se puede subsumir la conducta de B. Por el contrario, la conducta de A no cae en esta descripción, pues no ha producido la muerte de C al entregarle el cuchillo a B. Así, A no debió omitir su conducta con arreglo a la norma de evitar la producción de la muerte de otro. Bajo el marco causal entregado, la conducta de A como tal no es suficiente para producir la muerte de C, ni tampoco es necesaria para producir este evento en ese momento. Si B no hubiese apuñalado a C, la circunstancia de que A le entregó un cuchillo se mantendría como completamente irrelevante *sub specie* prohibición del homicidio. Para convertirse en una condición necesaria de la muerte de C, la conducta de A requiere ser intermediada por la conducta de B; solo B ha completado a través de su conducta las circunstancias relevantes para la construcción de una condición global suficiente para la muerte de C.⁵² Como máximo, bajo la descripción de que B ha prestado ayuda al homicidio de C (mediante la entrega del cuchillo), la conducta de A alcanza significado jurídico-penal, esto es, mediante subsunción bajo otro tipo normativo: la prohibición del homicidio y la prestación de ayuda para una infracción de la prohibición del homicidio son dos normas diferentes y con distintos destinatarios.

No obstante las diversas discrepancias en el detalle, la teoría formal-objetiva de intervención dominó la discusión en la doctrina hasta el primer tercio del siglo xx. A pesar de ello, no encuentra continuación en la doctrina más reciente. La teoría formal fue y es criticada mediante el argumento de que impediría entender como autores a aquellas personas cuya conducta no cae bajo la descripción de un tipo delictivo.⁵³ Esto resulta una objeción sorprendente por al menos dos razones. Por un lado, en derecho penal no es merecedora de crítica la mantención, sino la superación de límites formales. Por otro lado, difícilmente puede ser entendido como autor alguien cuya conducta no puede subsumirse bajo la descripción de un tipo delictivo, ya que la tipicidad de una conducta es una condición necesaria de su punibilidad.

⁵² En la vida cotidiana uno caracteriza usualmente como “causantes” solo a aquellas formas de comportamiento que condicionan *ceteris paribus* un resultado de manera suficiente, en la medida que se insertan (completando) en un complejo dado de circunstancias, con más detalles *Kindhäuser*, ZIS 2016, pp. 574 ss.

⁵³ Cfr. *Roxin*, op. cit., (n. 37), pp. 36 s.

VI. CAUSALIDAD E IMPUTACIÓN

Un camino que muestra *cómo* fundamentar la responsabilidad jurídico-penal de una persona de atrás por la conducta típica de la persona de adelante fue mostrado de manera dogmáticamente válida por importantes defensores de la teoría objetiva. La solución estaba en tener en cuenta no el suceso fáctico, sino su imputabilidad según principios jurídicos. Esto significa: solamente cuando la realización del tipo es imputable a su causante, se transforma en su hecho y, al mismo tiempo, genera una prohibición de regreso frente a todas las personas que previamente han establecido condiciones (necesarias) para el suceso típico. A la inversa, la actuación de propia mano que es causal pero no imputable, es tratada como actuación jurídico-penalmente irrelevante.⁵⁴

En este sentido, la teoría formal-objetiva se diferencia en sus fundamentos de la teoría del dominio del hecho. De acuerdo con esta última, la actuación de propia mano de la persona de adelante se desplaza a la persona de atrás. Quien tiene en sus manos el suceso que realiza el tipo (controlándolo) no es la persona de adelante, sino la misma persona de atrás. La persona de adelante es un factor causal dominado por la persona de atrás. Por el contrario, la persona de adelante, por ejemplo para *Merkel*, sigue siendo quien condiciona el suceso causal. Solo porque no se le puede imputar en toda su extensión este suceso, no significa —jurídico-penalmente hablando— que no sea su hecho: “La imputación en el ámbito del derecho penal tiene la particularidad de que aquí se trata de acontecimientos que tienen los elementos externos de un delito, y de que el mismo acto de la imputación se ejecuta bajo la influencia reguladora de las definiciones del derecho penal vigente.”⁵⁵ La superioridad de este enfoque frente a la teoría del dominio del hecho se muestra entonces cuando la persona de atrás se “sirve de un tercero que actúa de mala fe, pero al que le faltan las propiedades pertenecientes al tipo de la correspondiente forma de delito”⁵⁶, en donde también cuenta una persona de adelante dolosa, pero que carece de la intención exigida por el tipo.⁵⁷ Evidentemente no se puede hablar aquí de falta de dominio fáctico del hecho de la persona de adelante.

El modelo según el cual la autoría no se fundamenta en virtud de circunstancias fácticas —dominio/poder—, sino mediante la imputación de propiedades institucionales —“cuenta como autor”— se basa en el principio clásico de la suplencia

⁵⁴ Un desarrollo preciso de la estructura que subyace a estas ideas mediante la diferenciación entre *causa naturalis* y *causa moralis (libera)* se encuentra en *Joerden*, *Strukturen des strafrechtlichen Verantwortlichkeitsbegriffs*, 1988, pp. 30 ss., 87 ss. y passim.

⁵⁵ *Merkel*, *op. cit.*, (n. 6), p. 66.

⁵⁶ *Merkel*, *op. cit.*, (n. 6), p. 141.

⁵⁷ Paradigma de esta constelación es el hurto el que, hasta la reforma legal de 1988, exigía una apropiación propia del autor; cfr. al respecto *Welzel*, *op. cit.*, (n. 31), p. 104; en contra, *Roxin*, *op. cit.*, (n. 37), pp. 258 s.

o representación (*quo quis per alium facit, per se ipsum facere videtur*).⁵⁸ El desplazamiento normativo de responsabilidad por un suceso causal no cambia en nada la facticidad del suceso en sí mismo. Esto es sobre todo significativo cuando el suceso mismo puede ser objeto de imputaciones diversas. Pues aquí se aplica el principio de que la responsabilidad por la conducta propia se mantiene, con independencia de que *también* otro pueda tener responsabilidad por este suceso. En otras palabras, la responsabilidad no puede transferirse de una persona a otra con efecto de exonerar a la primera.⁵⁹ Así, la realización típica errónea de la persona de adelante puede ser imputable a la persona de atrás como conducta dolosa propia; la posible responsabilidad propia de la persona de adelante por el suceso delictivo objetivo no es afectado por esta atribución de responsabilidad a la persona de atrás. Por lo tanto, la persona de adelante puede ser hecha responsable a título de imprudencia. La imputabilidad deja intacta el objeto, de carácter objetivo, de la imputación.

Precisamente aquí se encuentra la “herida” o “punto débil” de la teoría formal-objetiva. Si el acto de la imputación tiene que realizarse bajo la influencia reguladora de las definiciones del derecho penal vigente, entonces este debe prever legalmente la posibilidad de transferencia de responsabilidad. El problema es que el código penal del Imperio de 1871 preveía la imputabilidad de una realización típica (al menos, parcial) por mano ajena como actuar propio únicamente en caso de coautoría (§ 47 CPAd). Esta figura se basa en la idea de la representación recíproca de los intervinientes —cada coautor actúa para sí y, al mismo tiempo, como representante de los demás— y presupone la voluntad coincidente para un proceder conjunto.⁶⁰ Por el contrario, ambas formas de participación (inducción y complicidad) exigían la referencia a una acción punible de otro, es decir, del autor (§§ 48 y ss. CPAd). En consecuencia, a partir del texto, solo podía ser autor individual quien era descrito por el código penal como “el que” y que su conducta fuera subsumible bajo el tipo de una manera imputable. En consecuencia, se trataba de una situación legislativa que no cumplía con las pautas de imputación de responsabilidad jurídico-penal con la amplitud necesaria.

Para la teoría formal-objetiva, la ausencia de una regulación explícita para la autoría mediata, en el sentido de una imputación de conducta ajena como actuar propio, era un problema que no podía ser remediado por propio esfuerzo, debido a la alta

⁵⁸ Este principio se remonta al derecho romano. Sobre su configuración en la edad media tardía y en la teoría del derecho común, cfr. *Carpzov*, *Practica nova imperialis Saxonica rerum criminalium in pates III*, pars I, quaestio IV, 11; *Heimberger*, *Teilnahme am Verbrechen in Gesetzgebung und Literatur von Schwarzenberg bis Feuerbach*, 1896, p. 27.

⁵⁹ Acertadamente *Jakobs*, *op. cit.*, (n. 3), p. 17: “No existe un mandato que libere al ejecutor de responsabilidad”.

⁶⁰ Al respecto, *Binding*, *op. cit.*, (n. 4), p. 298; Kindhäuser, en: *Homenaje a Hollerbach* (2001), pp. 627 ss.

exigencia de interpretar el derecho positivo de manera exacta⁶¹. La identificación de la acción de ejecución con la conducta a subsumirse en el tipo⁶² obligaba a entender solamente la realización (imputable) del tipo de propia mano como forma básica de autoría prevista en la ley. El dilema en que se encontraba la teoría formal-objetiva, por un lado, de orientarse estrictamente por el texto legal y, por el otro lado, de no poder desarrollar un concepto amplio de autoría con arreglo a la atribución normativa de responsabilidad, la hizo quedarse atrás de las teorías contra las que competía y que no partían de la base del texto de la ley.

Empero, esto ha cambiado de raíz con la nueva redacción del concepto de autor (individual) del § 25 I CPA. Las normas de la teoría de intervención delictiva pueden ser entendidas, o bien como formulaciones declarativas de un concepto de autoría y participación dado (en el sentido de una teoría subjetiva o material-objetiva), o bien como reglas que establecen constitutivamente tales condiciones y mediante las cuales las actuaciones de propia mano inscritas en los tipos delictivos son ampliadas normativamente para fundamentar la responsabilidad punible. Si se asume esta segunda posición, entonces la teoría formal-objetiva puede concebirse *actualmente* como una teoría de la intervención delictiva adecuada, sobre todo porque es la única que cumple sin restricciones con el principio de constitucional de legalidad.

VII. AUTORÍA COMO INFRACCIÓN DE DEBER

Los delitos están constituidos por dos clases de reglas: normas de comportamiento y reglas de imputación. Las normas de comportamiento prohíben la realización de un tipo delictivo y constituyen, para el caso de su infracción, el objeto del injusto jurídico-penal. Las reglas de imputación determinan quién es responsable (penalmente) por este injusto realizado. En un derecho penal basado en el principio de culpabilidad, un criterio elemental para la responsabilidad es la capacidad del destinatario de la norma de actuar conforme a ella, es decir, de comportarse de una forma que evita la realización del injusto descrito en el tipo delictivo. Esto significa, en el caso básico, que quien realiza evitablemente por sí mismo un tipo delictivo carga con toda la responsabilidad por su propia conducta y sus consecuencias. Él puede ser denominado como “autor”, lo que significa: autor es quien infringe el deber de evitación que le corresponde. Dicho de otro modo: posee “dominio del hecho” quien satisface los requisitos *jurídicos* de la evitabilidad, o sea, quien jurídicamente se entiende como “capaz de evitar”.

Con ayuda de criterios (previstos legalmente), las reglas de imputación del derecho penal extienden esta responsabilidad en dos formas de intervención: la coautoría

⁶¹ Cfr. en este sentido *Birkmeyer, op. cit.*, (n. 17), pp. 89 s. y *passim*.

⁶² *Birkmeyer, op. cit.*, (n. 17), pp. 96 ss. y *passim*.

y la autoría mediata. En la coautoría, se trata del criterio de la representación recíproca de los intervinientes; en la autoría mediata, de la competencia por un déficit de responsabilidad del agente directo. Esto último quiere decir: si un interviniente no es jurídico-penalmente responsable por la realización de un elemento típico en virtud de un presupuesto de imputación que no se satisface, entonces la responsabilidad por el injusto realizado recae en la persona que es competente por el déficit de responsabilidad del agente directo. Si se conjugan en la persona del agente mediato todos los elementos del delito en cuestión, entonces este es autor mediato, es decir, se le entenderá como si hubiese cometido el hecho de propia mano y que así ha infringido su propio deber derivado de la norma de comportamiento.⁶³

Por el contrario, las normas de comportamiento secundarias de participación no prohíben la realización de un tipo delictivo, sino la incitación o apoyo a la infracción de una norma de comportamiento primaria.⁶⁴ Así, su objeto son acciones auxiliares en relación con la ejecución de acciones principales antinormativas.⁶⁵ La participación es accesoria porque, sin la acción principal, no tiene un objeto relevante para la imputación jurídico-penal.⁶⁶

Si la autoría se define como la infracción de un deber de evitación derivado de una norma de comportamiento (primaria), entonces las exigencias jurídicas de la evitabilidad requieren una concretización. Específicamente, en el derecho penal, la evitabilidad no solo depende de la capacidad de acción del destinatario de la norma, es decir, de la capacidad de realizar la intención de evitar una determinada realización típica en virtud del conocimiento presente y de la capacidad física adoptando una alternativa de conducta conforme a derecho. Más bien, también se requiere una capacidad de motivación suficiente, es decir, la capacidad de formar y realizar predominantemente en el hecho la intención de acción correspondiente en aras del seguimiento de la norma. Pues la culpabilidad jurídico-penal es expresión de un déficit reprochable de motivación fiel a derecho, el que se manifiesta en la comisión evitable del delito.⁶⁷

La imputación de injusto en virtud de una suficiente capacidad de evitación se examina habitualmente en la dogmática penal en dos pasos. El conocimiento del hecho decisivo para la capacidad de acción es objeto de la imputación a título de

⁶³ Al respecto, *Mañalich*, en Homenaje a Puppe (2011), pp. 709 ss.

⁶⁴ Sobre la delimitación entre acciones principales y auxiliares, *Kindhäuser*, en Homenaje a Fischer (2018), p. 125 (137 s.), con ulteriores referencias.

⁶⁵ La diferenciación no debe entenderse fenomenológicamente, sino de manera puramente normativa: acciones principales de propia mano o imputables como propias realizan, a diferencia de las acciones auxiliares, el injusto típico; a la inversa, una acción auxiliar presupone una contrariedad a deber (primaria) que es independiente de ella y a la cual se conecta.

⁶⁶ Cfr. *Berner*, *op. cit.*, (n. 17), pp. 154, 156.

⁶⁷ Cfr. también *Merkel*, *op. cit.*, (n. 6), p. 23.

dolo.⁶⁸ Por su parte, los presupuestos necesarios para la capacidad de motivación —a saber, la consciencia de antijuridicidad y la capacidad para dirigir la conducta conforme a la norma— se revisan en el marco de la imputación de culpabilidad. La denominación de estos dos pasos de imputación y su localización en la construcción del delito no son relevantes para la constitución del hecho punible. Incluso cuando, respecto del conocimiento del hecho, la imputación a título de dolo se ubica “en la culpabilidad” —como en la así llamada construcción “causal” del delito—, ello no cambia que el criterio de esta imputación es la capacidad de acción necesaria para la satisfacción del deber jurídico-penal del destinatario de la norma. Dado que sin conocimiento (actual) del hecho y, por ende, sin dolo no puede satisfacerse en absoluto el deber de evitación de un delito doloso, debe aceptarse sin limitaciones el rechazo de *Tröndle* a la posibilidad de una participación en un hecho principal no-doloso.

Si, de acuerdo a la posición hoy predominante, la accesoriedad limitada se entiende de manera tal que la participación sería posible en una realización típica no-culpable, esto significa que también podría ser autor a quien le falte la capacidad de motivación necesaria para la imputación de culpabilidad. Semejante regulación puede haber encontrado expresión legal, pero no se corresponde con una dogmática basada en la teoría de las normas. Quien (acertada o equivocadamente de manera no reprochable) parte de la base de estar actuando conforme a derecho, no tiene un motivo jurídico relevante para adoptar una alternativa a su conducta que objetivamente realiza el tipo. Por ello, dicha conducta no puede serle imputada como infracción de deber evitable en caso de fidelidad suficiente al derecho.⁶⁹ Lo mismo vale si una persona, en virtud de falta de capacidad de culpabilidad, no está en posición de formar la intención de evitar la realización del tipo y/o de hacerlo el motivo dominante de su actuar. En este caso difícilmente puede hablarse de una capacidad de evitación jurídico-penalmente relevante (en sentido de un “dominio del hecho punible”). Además, parece inadecuado clasificar a un agente que actúa bajo estas condiciones en el esquema de representación recíproca de la imputación a título de coautoría. Por último, un regreso a los fundamentos de la accesoriedad estricta estaría vinculado también con la ventaja de poder diferenciar nuevamente con claridad entre autoría mediata e inducción.

⁶⁸ La cual usualmente se amplía solamente en el delito de omisión también a las facultades físicas necesarias.

⁶⁹ Con ello, no se vincula un alegato en favor del *dolus malus*, sino simplemente referirse a la comprensión analítica de que el conocimiento del hecho y la consciencia de antijuridicidad son criterios de imputación respectivos y, por ello, no pertenecen al objeto de la imputación, al injusto típico. El conocimiento como tal no es injusto, sino una razón para hacer responsable a un agente por su conducta antijurídica (junto a sus consecuencias) que se considera como evitable.