

INTERVENCIÓN DELICTIVA:

**SIGNIFICADO Y FUNCIÓN DEL PRINCIPIO
DE ACCESORIEDAD**

CONSEJO EDITORIAL

MIGUEL ÁNGEL COLLADO YURRITA

JOAN EGEA FERNÁNDEZ

JOSÉ IGNACIO GARCÍA NINET

LUIS PRIETO SANCHÍS

FRANCISCO RAMOS MÉNDEZ

SIXTO SÁNCHEZ LORENZO

JESÚS-MARÍA SILVA SÁNCHEZ

JOAN MANUEL TRAYTER JIMÉNEZ

ISABEL FERNÁNDEZ TORRES

BELÉN NOGUERA DE LA MUELA

RICARDO ROBLES PLANAS

JUAN JOSÉ TRIGÁS RODRÍGUEZ
Director de publicaciones

**INTERVENCIÓN DELICTIVA:
SIGNIFICADO Y FUNCIÓN DEL PRINCIPIO
DE ACCESORIEDAD**

Ezequiel Vacchelli

Colección: Atelier Penal

Directores:

Jesús-María Silva Sánchez

(Catedrático de Derecho penal de la UPF)

Ricardo Robles Planas

(Catedrático de Derecho penal de la UPF)

Reservados todos los derechos. De conformidad con lo dispuesto en los arts. 270, 271 y 272 del Código penal vigente, podrá ser castigado con pena de multa y privación de libertad quien reproducere, plagiar, distribuyere o comunicare públicamente, en todo o en parte, una obra literaria, artística o científica, fijada en cualquier tipo de soporte, sin la autorización de los titulares de los correspondientes derechos de propiedad intelectual o de sus cesionarios.

© 2020 Ezequiel Vacchelli

© 2020 Atelier

Santa Dorotea 8, 08004 Barcelona

e-mail: editorial@atelierlibros.es

www.atelierlibros.es

Tel.: 93 295 45 60

I.S.B.N.: 978-84-18244-27-8

Depósito legal: B 20709-2020

Diseño y composición: Addenda, Pau Claris 92, 08010 Barcelona
www.addenda.es

ÍNDICE

ABREVIATURAS	15
PRÓLOGO	17
<i>Ricardo Robles Planas</i>	
PRÓLOGO	19
<i>Omar Palermo</i>	
NOTA PRELIMINAR	23
INTRODUCCIÓN	25
1. Presentación general de los problemas a desarrollar	25
2. Intensión y extensión de la participación: el bautismo original de la accesoriedad	27
3. El principio de accesoriedad de la participación	29
3.1. Proyección político-criminal: su valor como <i>mediating principle</i>	29
3.2. Proyección legal: característica distintiva de los sistemas de intervención.	31
3.3. Proyección dogmática: su doble operación normológica.	32
CAPÍTULO I. EL FUNDAMENTO DEL INJUSTO DE LA PARTICIPACIÓN	35
1. Consideraciones preliminares	35
2. Panorámica teórica	36
2.1. Sobre el criterio de clasificación propuesto	36
2.2. Responsabilidad del partícipe por intervenir en un hecho ajeno	38
2.2.1. Teoría de la participación en el injusto [Welzel, Roxin, Stratenwerth]	40
2.3. Responsabilidad del partícipe por intervenir en su propio hecho	47

2.3.1. Teoría pura de la causación [Lüderssen]	47
2.3.2. Teorías de la corrupción [H. Mayer, Trechsel]	55
2.3.3. La solidarización con el injusto ajeno [Schumann].	61
2.3.4. El abuso del derecho [Haas]	66
2.4. Responsabilidad del partícipe por intervenir en un hecho colectivo	69
2.4.1. La intervención en un hecho común [Jakobs, Lesch, Robles Planas].	69
3. La gravitación de los modelos de autoría en el diseño de los planteamientos precedentes.	75
3.1. El modelo restrictivo de autor como punto de partida.	75
3.2. La pregunta sobre el fundamento del injusto del partícipe en los sistemas de responsabilidad indiferenciada	79
3.3. Dos momentos en la responsabilidad penal del interviniente.	80
3.4. Renuncia a los modelos de autoría como premisa mayor de la teoría de la intervención delictiva	83
4. Conclusiones	84
CAPÍTULO II. LA DIMENSIÓN EXTERNA DE LA ACCESORIEDAD	89
1. El comienzo de ejecución como regla dogmática de clausura.	89
2. Examen de los planteamientos que se aproximan a la accesoriadad desde una perspectiva normológica	91
2.1. La accesoriadad entre muros [Stein]	92
2.1.1. Presentación	92
2.1.2. Valoración crítica.	94
2.2. La accesoriadad como tipo de imputación [Bloy]	96
2.2.1. Presentación	96
2.2.2. Valoración crítica.	98
2.3. La accesoriadad como condición objetiva de punibilidad [Renzikowski]	101
2.3.1. Presentación	101
2.3.2. Valoración crítica.	104
2.4. La accesoriadad como fundamento de la imputación y las <i>Obliegenheiten</i> [Jakobs]	107
2.4.1. Remisión	107
3. Fundamentos metodológicos de la propia concepción	108
3.1. Norma primaria y norma secundaria	108
3.2. Esencia imperativa de la norma de conducta	112
3.3. Diálogo con la tesis de las expectativas institucionalizadas	114
3.4. Norma, motivación y prevención	119
3.5. Delimitación del ámbito de lo prohibido y lo punible en la participación.	121
3.6. La pregunta de Zimmerl.	123
3.6.1. La intervención pre-ejecutiva como <i>ratio essendi</i> de los preceptos de la participación	129
3.7. Contingencia, necesidad e imposibilidad en la participación	133

3.7.1. Los dominios de lo típico, lo no-típico y lo atípico	134
3.7.2. La perturbación no-típica del partícipe antes de la ejecución . .	137
3.8. Las distintas accesoriidades en las teorías de la antinormatividad y las teorías de la imputación	140
4. Hacia una (re)funcionalización del principio de accesoriidad.	143
4.1. Una concepción integradora del sistema del delito	143
4.2. Las dos funciones del principio de accesoriidad	145
4.3. Registro prospectivo	148
4.3.1. El objeto de referencia de la participación	148
4.3.2. Imputación objetiva del comportamiento antinormativo del partícipe antes de la ejecución	149
4.3.3. Afectación no-típica del derecho de la víctima y deberes de tolerancia	152
4.4. Registro retrospectivo	153
4.4.1. El tipo penal en tanto medio de valoración del comportamiento individual a la luz del colectivo	153
4.4.2. La imputación objetiva del resultado de la participación.	153
4.4.3. Desdibujamiento del principio de coincidencia	154
5. Consecuencias sistemáticas	154
5.1. Accesoriidad prospectiva	154
5.1.1. El injusto de la participación	154
5.1.2. La secuencia existente en los procesos ejecutivos dilatados en el tiempo	158
5.1.3. El grado de compromiso del partícipe con el proyecto delictivo.	163
5.1.4. Adelantamiento de la norma de sanción y «accesoriidad hipotética»	165
5.2. Accesoriidad retrospectiva	170
5.2.1. El resultado de la participación: ubicación sistemática y función	170
5.2.2. La renuncia y el desistimiento en la participación	174
6. <i>Excursus</i> : ¿accesoriidad del autor al partícipe?	176
7. Conclusiones	179
CAPÍTULO III. LA INTERVENCIÓN EN LA FASE PREVIA A LA EJECUCIÓN	187
1. El problema	187
2. Mapa de la discusión	189
2.1. La negación del problema	190
2.2. Una «teoría pura» de las normas en Sancinetti	194
2.3. Las <i>Obliegenheiten</i> en la intervención delictiva, un señuelo engañoso	198
2.3.1. Presentación y aproximación crítica en el nivel metodológico.	198
2.3.2. Aproximación crítica en el nivel sistemático	202
2.3.3. El interviniente en el estadio previo no infringe una <i>Obliegenheit</i>	207

2.4. La participación como delito de resultado	209
2.5. La participación como delito de peligro	212
3. Enfoque personal	217
3.1. Intervención previa e intervención concomitante a la ejecución.	217
3.2. La externalización de la intervención individual como internalización del hecho colectivo.	219
3.3. La intervención en la fase previa como caso de <i>omissio libera</i> <i>in causa</i>	220
3.3.1. Conciliación del problema con la teoría	220
3.3.2. Acción precedente, omisión y posición de garantía.	223
3.3.3. Semejanza estructural entre los casos de <i>alic</i> y la intervención pre-ejecutiva	228
3.4. Deberes de tolerancia del partícipe antes de la ejecución	239
3.4.1. Consecuencias distintas a la pena derivadas de la infracción de la norma primaria	239
3.4.2. Límites a la facultad de exclusión de la víctima	240
3.5. El comienzo de la tentativa	242
3.5.1. La tríada de las figuras de la <i>alic</i> , la autoría mediata y la intervención pre-ejecutiva	243
3.5.2. ¿Solución global vs. solución individual?	246
3.5.3. Acción de tentativa, resultado de tentativa e infracción completa de la norma de comportamiento	250
3.5.4. El criterio de la pérdida del control riesgo.	253
3.6. Delimitaciones	255
3.6.1. El partícipe desconfiado: intervención pre-ejecutiva normativamente concomitante	255
3.6.2. Autoría mediata: la <i>gracia</i> de la intervención a la distancia	259
3.6.3. Los actos preparatorios: el perímetro de libertad del ciudadano	262
4. Conclusiones	270
CAPÍTULO IV. LA DIMENSIÓN INTERNA DE LA ACCESORIEDAD	277
1. Introducción a la problemática	277
2. La dimensión interna de la accesoriidad	278
3. Modelos teóricos.	280
3.1. La accesoriidad mínima	281
3.1.1. Concepto, delimitación e implicaciones inmediatas	281
3.1.2. Referencia al Proyecto Alternativo alemán de 1966.	282
3.1.3. Perforación de la accesoriidad mínima en los modelos normológicos imperativistas.	283
3.2. Accesoriidad máxima	285
3.2.1. Concepto, delimitación e implicaciones inmediatas	285
3.2.2. Referencia al sistema del RStGB de 1871	286
3.2.3. Su defensa por las teorías expresivas de la pena	287
3.2.4. Falso positivo en el principio de culpabilidad.	290
3.3. Accesoriidad limitada	291

3.3.1. Concepto, delimitación e implicaciones inmediatas	291
3.3.2. ¿Convicción dogmática o exigencia de Derecho positivo?	293
3.3.3. La accesoriidad al injusto objetivo	296
4. Planteamiento general de la discusión sobre el concepto de injusto en el sistema dogmático contemporáneo	298
4.1. El modelo tripartito del delito	299
4.2. Cuestionamiento del injusto no culpable	301
4.3. Derivaciones para la teoría de la intervención	305
4.4. Obsolescencia de la accesoriidad limitada	308
5. Fundamentos metodológicos de la propia concepción	310
5.1. El doble registro de la accesoriidad interna	310
5.2. Contracción de la accesoriidad en el registro prospectivo	311
5.3. <i>E pluribus unum</i> : la accesoriidad máxima en el registro retrospectivo	314
5.4. Rendimiento práctico de la distinción en casos de asimetría	316
6. Consecuencias sistemáticas	318
6.1. Nivel de la tipicidad objetiva	318
6.1.1. El tipo objetivo de la participación	318
6.1.2. La denominada «participación sin autor»	318
6.1.3. Acciones colectivas en los delitos de lesa humanidad, genocidio y crímenes de guerra como injustos culpables <i>participables</i>	321
6.2. Nivel de la tipicidad subjetiva	325
6.2.1. El dolo de la participación como elemento no accesorio	325
6.2.2. Rechazo del «doble dolo» de la participación	325
6.2.3. Sobrevaloración del rol del ejecutor: especial referencia a la suposición errónea del dolo del autor	333
6.2.4. Participación imprudente e imprudencia participable	340
6.3. Nivel de la antijuridicidad	344
6.3.1. ¿Carácter accesorio o individual de las causas de justificación?	344
6.3.2. Variaciones críticas de la participación en casos de error	346
6.3.3. Manipulación del auxilio en situaciones de justificación	349
6.3.4. Límites de la actuación del tercero auxiliador en casos de provocación	353
6.3.5. Adición	353
6.4. Nivel de la culpabilidad	354
6.4.1. Hechos de inimputables	354
6.4.2. Situaciones de necesidad	355
6.5. Esbozo para la atribución de responsabilidad en los «delitos especiales»	359
6.5.1. Ideas a desarrollar	359
6.5.2. Aproximación general a la categoría delictiva	360
6.5.3. Dos preguntas decisivas	361
6.5.4. La accesoriidad en la serie de interacción <i>intraneus-intraneus</i>	362

6.5.5. La accesoriadad en la serie de interacción <i>extraneus-intraneus</i>	365
6.5.6. Articulación de las consideraciones precedentes con las premisas de esta investigación	368
7. Conclusiones.....	371
CONCLUSIONES GENERALES	381
BIBLIOGRAFÍA	397

A mis padres

ABREVIATURAS

§	Parágrafo
ADPCP	Anuario de Derecho penal y Ciencias penales
AFDUAM	Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid
apdo.	Apartado
art./arts.	artículo/artículos
AT	Allgemeiner Teil (Parte General)
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch (Código civil alemán)
BGH	Bundesgerichtshof (Tribunal Federal Alemán)
BGHSt	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Strafsachen
Cap.	Capítulo
CP	Código penal
CPC	Cuadernos de Política Criminal
(dir.)/(dirs.)	director/directores
Ed.	Edición
(ed.)/(eds.)	editor/editores
et al.	et alii
FS	Festschrift (Libro-homenaje)
GA	Goldammer's Archiv für Strafrecht
LH	Libro Homenaje
n.	nota
nm.	número marginal
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
NK-StGB	Nommos Kommentar zum Strafgesetzbuch
NStZ	Neue Zeitschrift für Strafrecht
p./pp.	página/s

RDPC	Revista de Derecho penal y Criminología
RECPC	Revista Electrónica de Ciencia penal y Criminología
RG	Reichsgericht (Tribunal Supremo del Reich)
s./ss.	siguiente/s
StGB	Strafgesetzbuch (Código penal alemán)
STS	Sentencia del Tribunal Supremo
TS	Tribunal Supremo
v.	volumen
ZIS	Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik
ZStW	Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft

PRÓLOGO

Ricardo Robles Planas

¿*Otra* tesis doctoral sobre autoría y participación? Sí y no. Sí, porque este libro versa sobre cuestiones abundante y largamente tratadas en la historia de la dogmática penal, todas ellas vinculadas al fenómeno de la pluralidad de sujetos en el delito. Con todo, ya el título sugiere la adscripción de su autor a una línea que quiere repensar los problemas de este ámbito de una manera distinta a la tradicional: se emplea el término «intervención», en lugar de «autoría y participación». En este sentido, el trabajo de Vacchelli constituye un importante impulso a la corriente doctrinal que desde hace tan solo un par de décadas aborda la cuestión desde una contemplación global y no a partir de la figura del autor directo. Aquí lo decisivo es si esa contemplación global es compatible con el principio de legalidad. Y todo apunta a que sí. Aunque Vacchelli prefiere no rechazar frontalmente el denominado «concepto restrictivo de autor», argumenta en la línea de entender que la conducta que lleva a cabo el interviniente con anterioridad a la ejecución es una conducta prohibida por el sistema de normas de conducta que subyace a los enunciados legales de la Parte Especial. Tan prohibida está la conducta del autor como la del partícipe. Expresado de otro modo: el hecho pertenece a todos los que generan un riesgo no permitido de que se produzca. O aún más radicalmente: no solo mata el autor, sino todo aquel al que se le imputa objetivamente la muerte. Quien crea —como Welzel— que pensar así disuelve las fronteras de la tipicidad, que empiece por abominar de la teoría de la imputación objetiva —también y especialmente en los delitos imprudentes—.

Pero la aportación de Vacchelli va mucho más allá, por lo que no puede hablarse de «otra» tesis en el sentido de una reiteración. Ni tan siquiera en la referida novedosa línea doctrinal existía una elaboración tan completa de la dogmática de la intervención en el delito a la luz de la teoría de las normas. Es cierto que la teoría de las normas no soluciona todos los problemas de este ámbito y también es cierto que las soluciones a las que se llega con ella son

muchas veces coincidentes con las de otras perspectivas metodológicas. Pero lo que sí logra la teoría de las normas es una sólida fundamentación sistemática y no meramente intuitiva de por lo menos dos de los tres problemas básicos que afectan a la responsabilidad de todo interviniente: ¿quién responde? ¿Depende la responsabilidad de uno de la del otro? La reconstrucción del principio de accesoriidad que Vacchelli efectúa en esta obra permite, a mi juicio, abordar satisfactoriamente estas dos primeras cuestiones. La tercera (¿cómo responde cada uno?) no es objeto específico de esta investigación, sino una tarea para futuros trabajos sobre la materia, que no está ni mucho menos agotada.

Ezequiel Vacchelli es un brillante y audaz penalista. Es uno de esos dogmáticos que afilan el bisturí antes de usarlo. Posee la infrecuente virtud de saber combinar rigor y creatividad, tradición y renovación. Describe lo pensado por él cien veces con la vocación de ser visualizado por el otro y persuadirle así para que efectúe una mirada distinta a lo ya mirado antes. Quien como yo quede impresionado por la pluma que escribe este libro, se preguntará cómo es posible sublimar así la ardua dogmática de la intervención en el delito. Algo de don tiene que haber, pero también de una sólida formación de la que es principalmente responsable mi entrañable amigo y colega Omar Palermo, quien —desde la lejanía solo física con el Área de Derecho penal de la UPF— irradia su magisterio sobre tempranas vocaciones como la de Vacchelli.

La dogmática, como toda actividad intelectual difícil, requiere tiempo y condiciones favorables. Nada de eso abunda en la actividad del penalista hoy en día. En particular, son cada vez más inquietantes las circunstancias en las que debe desarrollar su trabajo el penalista académico. Pese a tales dificultades, a mi me resulta tranquilizador saber que, entre la nueva generación de penalistas, Ezequiel Vacchelli, desde Mendoza o desde Barcelona, va a estar pensando y escribiendo sobre dogmática del Derecho penal.

Barcelona en septiembre de 2020,

PRÓLOGO

Omar Palermo

No puedo ocultar que el libro de mi querido discípulo, el Dr. Ezequiel Vacchelli, que ahora presentamos a la comunidad académica junto con mi también querido colega y amigo, el Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Ricardo Robles Planas, constituye, en lo personal, un motivo de enorme alegría e inmenso orgullo. Es que conozco a Ezequiel desde que era un joven estudiante de la carrera de grado, en nuestra Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Cuyo. Recuerdo que en el año 2007 se incorporó como colaborador a nuestra cátedra de Derecho penal y desde entonces nunca dejó acompañarnos. Siguió persistentemente cada paso que demanda la carrera académica: primero fue nombrado como Ayudante Alumno; luego de haber egresado con el título de abogado fue designado de manera honoraria como Adscripto, hasta que recientemente obtuvo por concurso un cargo como Profesor Ayudante. Fue el primer y más brillante egresado de nuestra Maestría en Derecho penal de la que ahora es Coordinador Académico. Finalmente, siguiendo mis sugerencias, completó su investigación en la que ya es nuestra casa, la Universidad Pompeu Fabra, doctorándose bajo la dirección de uno de los referentes internacionales ineludibles en materia de autoría y participación, como lo es Ricardo Robles. De este modo, Ezequiel ha pasado a formar parte de esta maravillosa escuela de Derecho penal que conduce nuestro querido y admirado maestro, el Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Jesús María Silva Sánchez.

Ezequiel Vacchelli es un dogmático profundo que maneja con excepcional agudeza todo el sistema de la teoría del delito. Por ello no extraña que su tesis doctoral, que ahora ve la luz, constituya un aporte extraordinario a la teoría de la intervención delictiva. Se trata de una investigación muy rigurosa en tiempos que no parecen ser nada sencillos para el pensamiento sistemático. En efecto, a las conocidas voces críticas que denuncian que, desde el «laboratorio jurídico» en el que se elabora la dogmática, se cultiva el «arte por el arte», se fueron sumando otras, que le auguran a la teoría del delito un escaso futuro, debido a su carácter «nacional» y «no democrático».

Estas afirmaciones no se pueden compartir. Por un lado, desde aquel temprano adiós al positivismo jurídico es que la dogmática no tiene por objeto la interpretación y sistematización del Derecho positivo. La ley no constituye el fundamento sino solo el límite para una teoría del delito de *lege lata*, de modo que lejos se está de poder categorizársela de «nacional»¹. Por otro lado, en la medida en que se defiende un sistema abierto a valoraciones sociales, el vínculo entre la teoría del delito y el orden social en el que ésta última debe aplicarse resulta evidente. Dicho de otro modo, un Estado social y democrático de Derecho no puede sino tener una dogmática que refleje ese Estado de libertades. Por lo demás, no puede dejar de subrayarse que, en todo caso, es tarea de los juristas la elaboración de una teoría del delito adaptada a las particularidades concretas de cada sociedad. Para expresarlo de manera más drástica, la superioridad científica de la teoría del delito de origen germano respecto a otros sistemas de imputación no nos releva de la responsabilidad de elaborar una dogmática vinculada a nuestra concreta realidad social latinoamericana, que tenga en cuenta, especialmente, las desigualdades sociales realmente existentes.

Sin embargo, las críticas que ponen en tela de juicio el valor de la dogmática desde el plano teórico no son menos preocupantes que las amenazas que ponen en peligro también su aplicación práctica. Me estoy refiriendo al modo en que se implementan los sistemas procesales imperantes en nuestra región, que han transformado al proceso penal en una especie de «enlatado penal», en cuyo interior solo se encierran pobres, la mayor parte de ellos sin juicio, pues las estadísticas demuestran que la inmensa mayoría de las sentencias condenatorias se obtiene a través de meros acuerdos procesales. Y un sistema procesal que, en nombre de la «eficiencia», apueste a la determinación de la responsabilidad penal mediante el «no juicio», se aleja irremediamente de la garantía de verdad y con ello, de la justicia en el caso concreto. Y si hay algo que ha caracterizado desde siempre a la dogmática es su búsqueda permanente de aproximación a la verdad como un modo de alcanzar la justicia. Pues bien, en este contexto, esfuerzos como el de Ezequiel Vacchelli por precisar los límites de la participación criminal, uno de los temas más difíciles y oscuros de toda la teoría del delito, no solo son bienvenidos, sino que resultan, además, imprescindibles.

El punto de partida de esta tesis doctoral es la teoría de las normas, en la versión propuesta por nuestro maestro, el profesor Jesús-María Silva Sánchez. Según esta opinión, es posible compatibilizar, en una teoría, la concepción de la norma como directiva de conducta, con la fundamentación de la norma como expectativa institucionalizada. En efecto, para Silva Sánchez, la norma, como directiva de conducta, viene constituida por mandados o prohibiciones que se dirigen al ciudadano en tanto «delincuente potencial». En cambio, la norma, como expectativa institucionalizada, tiene la función de servir de fuente orientación, de modo que está dirigida al ciudadano no en tanto «autor potencial», sino en

1. Sobre ésta y otras críticas a la dogmática y su respuesta en defensa de ella, SILVA SÁNCHEZ, *¿Crisis del sistema dogmático del delito?*, 2007, pp. 45 ss.

tanto «víctima potencial». En suma, ambas concepciones pueden confluir en una misma y única norma, que opera, para unos, como directiva de conducta y, para otros, como institucionalización de una expectativa de comportamiento.

Pues bien, sobre la base de esta estructuración dualista de la teoría de las normas, Ezequiel Vacchelli enfrenta el problema de las intervenciones en la fase previa a la ejecución del hecho. Según su propuesta, el interviniente infringe una norma autónoma de participación que opera de modo *ex ante* y que tiene por función motivar al partícipe en contra del proyecto delictivo, con el fin preventivo-general de proteger los bienes jurídicos puestos en peligro por su comportamiento. De este modo, la intervención en la fase previa es definida como una perturbación social que todavía no alcanza el umbral de tipicidad (se trata de actos *no típicos*, en el sentido de que generarían un riesgo no permitido de lesión, pero que todavía no constituyen un riesgo con relevancia típica), pero respecto de la cual, a diferencia de lo que ocurre con los actos preparatorios (se trata de actos *atípicos*, esto es, comportamientos neutrales que entrañan un riesgo permitido), la víctima o un tercero puede reaccionar justificadamente en estado de necesidad defensivo. Ahora bien, desde este punto de vista, la norma no solo protege prospectivamente bienes jurídicos, sino que, además, garantiza retrospectivamente la vigencia de expectativas institucionalizadas, por lo que la norma cumple *ex post* una función preventivo-general, no desde la perspectiva del ciudadano infractor, sino desde la perspectiva del ciudadano fiel al Derecho. Vacchelli se apoya en este ámbito de aplicación de la norma de sanción para fundamentar la imputación *ex post* al partícipe de la obra colectiva llevada a cabo por el resto de los intervinientes, sobre la base del régimen de división de tareas. De esta mirada *hacia delante* de la norma de comportamiento y *hacia atrás* de la norma de sanción, el autor deriva innumerables consecuencias sistemáticas que, en este breve espacio, no es posible siquiera enunciar. Solo haré referencia a alguna de ellas.

Así, *en primer lugar*, para el Dr. Vacchelli el principio de accesoriidad cumple una doble función. Por un lado, en el ámbito de la norma primaria, cumple una función *prospectiva*, que permite pronosticar *ex ante* la peligrosidad de la conducta individual del partícipe en relación con el injusto colectivo culpable del que formará parte. Por otro lado, el principio de accesoriidad cumple, en el ámbito de la norma de sanción, una función *retrospectiva*, que permite no solo la valoración *ex post* del aporte individual del partícipe, sino la imputación recíproca de los aportes entre todos los intervinientes. Esta función del principio de accesoriidad, denominada por el autor «accesoriidad reflexiva», está vinculada a la función que, en su teoría, cumple el resultado lesivo, al que considera algo más que una mera condición objetiva de punibilidad. En efecto, desde su punto de vista, el resultado cumple la función de expresar, de manera definitiva, el sentido social del hecho como obra conjunta.

En segundo lugar, de esta distinción entre la perspectiva *ex ante* y *ex post*, Ezequiel deriva que la intervención pre-ejecutiva es estructuralmente análoga a los supuestos de *actio libera in causa* y *omissio libera in causa*, pues en la fase previa, el partícipe, como quien ocasiona su propia incapacidad de culpabilidad, pierde el control del curso causal peligroso que él mismo ha generado

y que, por esa razón, está obligado a retirar. En tanto que, en la segunda fase, esto es, la de la ejecución, el partícipe, pese a ser garante por injerencia, se distancia del proceso de realización del hecho y no evita el resultado típico al que contribuye con su intervención. Para Vacchelli, tanto en la *actio libera in causa* como en la intervención en la fase previa, la infracción de la norma comportamiento se configura en la fase previa, esto es, en el momento de la generación de la situación de defecto, en la *actio libera in causa*, o en la instancia de la realización del aporte de complicidad o instigación, en los casos de intervención delictiva. En ambos supuestos la infracción a la norma de conducta se perfecciona cuando el interviniente pierde la posibilidad de revocar de manera segura la influencia de su aporte.

En *tercer lugar*, en cuanto a la accesoriedad *externa*, también en consonancia con esta perspectiva *dual*, el autor redirecciona la clásica oposición doctrinaria entre la solución *individual* y la solución *global*, para determinar el comienzo de ejecución de la tentativa, inclinándose por una armonización entre ambas concepciones. Por una parte, sostiene la solución *individual*, que garantiza *ex ante* el contacto personal y autónomo del partícipe con la directiva de conducta y, por la otra, apoya la solución *global*, que desde la mirada *ex post* de la norma de sanción fundamenta la imputación total del hecho al conjunto de los intervinientes.

Por último, el autor sostiene desde el punto de vista *interno* un concepto de accesoriedad extrema que requiere que el partícipe tome parte de un hecho enteramente imputable como culpable al autor. Ello rige tanto para los delitos comunes como para los delitos especiales. Aunque respecto de estos últimos con una particularidad: el *extraneus*, que infringe *ex ante* una norma de comportamiento que lo obliga a no impulsar proyectos delictivos ejecutado por terceros, solo es punible *ex post* si la norma de sanción tipifica de manera expresa este aporte antinormativo.

Ya de lo brevemente expuesto hasta aquí el lector podrá intuir que estamos ante una obra fundamental, que abarca temas muy relevantes de la teoría del delito. Se trata, en definitiva, de una verdadera apuesta científica por el método de la dogmática jurídico-penal. Y yo celebro esa apuesta y me siento parte de ella. Sigo creyendo que el pensamiento sistemático le otorga mayor legitimidad democrática a la intervención punitiva del Estado no solo frente al autor, sino también frente a la víctima y ante la sociedad en su conjunto.

No obstante, quizás hoy no sea del todo posible pronosticar, con la seguridad que lo hizo el gran Enrique Gimbernat hace cincuenta años, acerca del futuro de la dogmática ². Sin embargo, al menos de momento, tenemos algunas certezas, entre las que se encuentra la siguiente: el libro de Ezequiel Vacchelli contribuye de manera decisiva a que la determinación de la responsabilidad penal, en caso de pluralidad de intervinientes, no sea «una cuestión de lotería». Enhorabuena.

Mendoza, 16 de agosto de 2020

2. GIMBERNAT ORDEIG, «¿Tiene un futuro la dogmática jurídico-penal?», en *Estudios de Derecho penal*, 3ª ed., 1970, pp. 140 ss.

NOTA PRELIMINAR

Este libro se corresponde en buena parte con mi tesis doctoral, defendida el día 14 de diciembre de 2018 en la Universidad Pompeu Fabra con la máxima calificación de sobresaliente *cum laude* por unanimidad. La investigación fue evaluada por un tribunal presidido por el Prof. Dr. Jesús-María Silva Sánchez e integrada por los Profs. Dres. Enrique Peñaranda Ramos y Fernando Guanarteme Sánchez Lázaro, a los que agradezco sus observaciones y sugerencias, las cuales he tenido en cuenta para la publicación*.

Estoy en deuda con muchas personas e instituciones que hicieron posible la realización de este libro, el cual comenzó a gestarse en Mendoza, continuó en Barcelona y recibió su forma final en Halle. Por ello, mi agradecimiento a la Universidad Nacional de Cuyo, donde descubrí mi pasión por el Derecho penal; a la Universitat Pompeu Fabra y en especial a su Departamento de Derecho penal, que me acogió desde el primer día; así como al *Deutscher Akademischer Austauschdienst* y al Prof. Dr. Joachim Renzikowski, quien me abrió las puertas de su *Lehrstuhl* durante el otoño de 2017 para discutir y poner a prueba mis ideas sobre la intervención delictiva.

La escritura de este libro también se ha visto nutrida por un memorable número de colegas. Entre ellos, mis amigos del ‘petit comité’, Federico Montero, Gabriel Rogé y Pablo Barreda, con los que viví inolvidables momentos en los que nunca estuvieron ausentes las discusiones sobre teoría del delito. Junto con ellos, he de mencionar a los miembros del Departamento de Derecho penal de la Universitat Pompeu Fabra, con los que cotidianamente compartía un agradable espacio de trabajo, donde crecí como investigador y docente.

Con todo, el subtexto de este trabajo y sus giros no habrían sido posibles sin la extraordinaria guía de mis muy queridos maestros, los Profs. Ricardo

* En temas ampliamente controvertidos como lo es la teoría de la intervención delictiva, todo el tiempo surgen obras que contribuyen a la discusión. Por ello, el estado de la cuestión que he considerado en mi análisis abarca las monografías aparecidas en nuestra doctrina hasta la fecha de la presentación de la tesis.

Robles Planas y Omar Palermo. A ellos estoy especialmente agradecido por su constante apoyo, estímulo y comprensión, tanto en lo personal, como en lo científico.

Sin perjuicio de lo anterior, mi gratitud es sobre todo para mis padres, alcanzados con justicia por la teoría de la *condictio sine qua non*, en lo que hace a quien soy hoy y al resultado de este trabajo. Finalmente, mi mayor agradecimiento a Virginia, quien con su cariño estuvo para mi de más maneras de las que aquí siquiera podría intentar reconocer.

INTRODUCCIÓN

1. PRESENTACIÓN GENERAL DE LOS PROBLEMAS A DESARROLLAR

La autoría individual hace tiempo que dejó de ser un tema popular. Y aún en los procesos ejecutivos con pluralidad de intervinientes, en relación con ella, existe un doble acuerdo: el autor realiza el tipo y es, frente al resto de los intervinientes, el protagonista del hecho. Al contrario, la participación continúa siendo un tema controvertido: quizá todos los intervinientes en un hecho deban ser tratados como autores, quizá sea imposible concebir al partícipe al margen de la figura del autor, quizá existan partícipes sin autores. La presente investigación explora el principio de accesoriedad de la participación delictiva y analiza con detenimiento estas y otras cuestiones.

Como en todas las grandes discusiones dogmáticas, en la teoría de la intervención delictiva la doctrina ha alumbrado una serie de caminos. Estos conducen, sin embargo, a una amalgama teórica de inspiración difusa, en donde la conceptualización sobre el principio de accesoriedad es excesivamente sintética o demasiado oscura. Mi trabajo, por ende, apela antes que nada a un horizonte que ordene estos planteamientos e identifique sus problemas capitales. Así, en el capítulo primero tomo en cuenta que el complejo marco general que precede a cualquier tratamiento sobre la intervención delictiva se debe a las bases sobre las que esta se construye y, a partir de allí, categorizo, conceptualizo y critico las aproximaciones más importantes al injusto de la participación. Insistir sobre esta polémica se debe a que no solo es una cuestión irresuelta —en la que se contabilizan tantos puntos de vista como autores se han acercado al tema— sino a que ella determina los cimientos de las soluciones para los problemas que plantea la intervención en el delito. La dificultad inherente a la fundamentación del injusto del partícipe es su enraizamiento en otras cuestiones generales de la teoría de la imputación. Si no se tiene en claro por

qué responde una persona ante el Derecho penal, entonces no pueden determinarse cuáles son las características que ha de presentar el hecho delictivo en las hipótesis de codelinuencia para habilitar una pena de participación.

En el capítulo segundo reviso la función atribuida al aspecto externo del principio de accesoriedad de la participación. Para ello, asumo como punto de partida la distinción entre norma de comportamiento y norma de sanción, la cual integro a una concepción propia del principio de accesoriedad basada en la operación de un doble registro. Por un lado, en el nivel de la norma primaria, el registro prospectivo explica por qué son verdaderas hipótesis de participación el favorecimiento y la inducción en la etapa pre-ejecutiva, la intervención en cadena y los preceptos que adelantan la barrera de punibilidad antes del comienzo de la tentativa del hecho delictivo. Por otro lado, en el nivel de la norma secundaria, el registro retrospectivo inserta la actividad individual del agente en el contexto colectivo y actualiza su significado como una unidad de sentido frente a la que es necesario reaccionar formalmente mediante una pena. Aquí se valora lo individual a la luz de lo colectivo para determinar el carácter de la intervención y definir la figura de la Parte especial del Código penal a partir de la cual se responsabiliza al partícipe. Esta aproximación tiene consecuencias precisas en relación con la renuncia, el desistimiento y los deberes de tolerancia. Por último, en este capítulo exploro la relación de dependencia inversa —tanto a nivel fáctico, como a nivel normativo— del autor hacia el partícipe, la cual permite afirmar la existencia de una accesoriedad reflexiva.

En el capítulo tercero analizo específicamente las constelaciones de casos en las que el interviniente colabora con el hecho delictivo o lo motiva con anterioridad a que el ejecutor se disponga inmediatamente a la realización del tipo. El supuesto que llama la atención de la investigación, y que amerita un tratamiento detallado, es aquel en el que el interviniente, llegado el momento de la ejecución, se desentiende completamente de la actualización típica de su actividad. En contra de lo que podría pensarse, esta hipótesis no es satisfactoriamente resuelta por la doctrina, pues, a diferencia de la intervención concomitante a la ejecución, requiere una explicación adicional en orden a la estricta vigencia de los principios de coincidencia y culpabilidad. Así, un desarrollo ordenado de estas cuestiones, debido a su complejidad e interrelación con otros aspectos de la teoría del delito, demanda realizar una panorámica teórica previa y conectar los problemas de la intervención pre-ejecutiva con otras figuras tales como la coautoría, la autoría mediata y la *actio libera in causa*. Se abre entonces un amplio campo de investigación.

Finalmente, el capítulo cuarto trata sobre la dimensión interna de la accesoriedad, esto es, los requisitos que ha de presentar el hecho delictivo para dar lugar a una pena de participación. Las implicaciones de exigir un hecho de distinta envergadura se refieren fundamentalmente a la posibilidad de admitir una participación en hipótesis en las que el ejecutor obra en error de tipo, justificadamente o sin capacidad de culpabilidad. El disminuir o aumentar la extensión del hecho delictivo es una modificación sustancial de los elementos sistemáticos que integran el soporte jurídico sobre el que se erige la responsa-

bilidad del partícipe. Esto puede repercutir en el surgimiento de lagunas de punibilidad, con un alto coste para la víctima o, a la inversa, en la validación tácita de una reacción más gravosa contra el infractor. A su vez, el asumir uno u otro modelo afecta las respuestas que se brinden a la pregunta sobre la intervención en los delitos especiales y en los delitos imprudentes.

Todos estos temas se ponen a prueba en el plano teórico, al mismo tiempo que se miran a la luz de un universo de casos prácticos desarrollados gradualmente a lo largo de toda la investigación.

2. INTENSIÓN Y EXTENSIÓN DE LA PARTICIPACIÓN: EL BAUTISMO ORIGINAL DE LA ACCESORIEDAD

Una *definición extensional* de la intervención realiza una lista exhaustiva de todos aquellos agentes que tomaron parte en un hecho delictivo. Por ejemplo, para precisar quiénes intervinieron jurídico-penalmente en el homicidio de V basta con enunciar A y P. Una formulación extensional solo es posible si la precede una mirada retrospectiva (*ex post*) de dos pasos sobre la relevancia típica de la conducta [H les pertenece a X y X₁] y la valoración normativa especular de la magnitud de la intervención a la luz del injusto colectivo [X ha hecho/omitido más, entonces es A; X₁ ha hecho/omitido menos, entonces es P]. Pero enumerar la extensión de la intervención es impracticable mediante un juicio prospectivo (*ex ante*). Sería falso predicar que *necesariamente* en H, X será A y X₁ será P: quizá frente a la futura ejecución de H, X cambie de parecer y no comience H; quizá iniciada la ejecución, X ignore que el arma proporcionada por X₁ es inidónea para el disparo y así solo consiga intentar H; o tal vez, X desconozca que X₁ le ha proporcionado dolosamente un arma más potente para aumentar el número de víctimas y, en efecto, realice además de H, F y G. Desde esta perspectiva la afectación típica es *contingente*. Por ende, si se pretende alcanzar un criterio más preciso para hacer operativa a la norma de la participación como directiva de conducta, entonces ha de realizarse una *definición intensional* de la intervención que determine *ex ante* cuál es el significado —normativo o antinormativo— del comportamiento de cada agente, con anterioridad a tener certeza sobre la efectiva repercusión que este tendrá sobre la posición jurídica protegida.

En filosofía la contienda entre descriptivistas y antidescriptivistas gira alrededor de cómo se refieren los nombres a los objetos que denotan: ¿por qué la palabra mesa se refiere a una mesa? O en nuestro dominio ¿por qué para expresar la relación existente entre el hecho del interviniente y la realización típica a manos del ejecutor utilizamos el término accesoriidad? La respuesta del descriptivismo es la obvia, cada palabra es, en primer lugar, portadora de un cierto significado, o sea un cúmulo de características descriptivas: mesa representaría un objeto de una determinada forma que sirve para ciertos fines; accesoriidad se referiría a la relación de dependencia existente entre la actividad del partícipe y la del autor, basada en la idea de que la participación no porta en sí misma

su contenido de injusto, sino que lo extrae o toma prestado de un hecho ajeno. Así, la expresión comprendería objetos o comportamientos en la medida en que éstos posean propiedades que la descripción designa¹. La *intensión*, en consecuencia, presentaría una prioridad lógica por sobre la *extensión*. Dicho de otro modo, la extensión del principio de accesoriedad, aquel conjunto de comportamientos a los que se refiere, estaría determinada por la *intensión*, las propiedades comprendidas en su significado de dependencia del injusto del autor. La respuesta antidescriptivista, en cambio, es que una palabra está conectada a un objeto o a un conjunto de objetos mediante un acto de «bautismo original» y este vínculo se mantiene aun cuando el cúmulo de rasgos descriptivos, que fue el que inicialmente determinó el significado de la palabra, cambie por completo.

Mientras que los descriptivistas acentúan los contenidos intensionales o internos de una palabra, los antidescriptivistas consideran decisivo su vínculo externo, es decir, la manera en que una palabra se ha transmitido en una cadena de tradición². Por ejemplo, en un determinado momento de la historia de la dogmática, a la relación existente entre partícipe y autor se la bautizó con el nombre de accesoriedad³. Más precisamente en la baja Edad Media, la tentación de aplicar conceptos jurídico-civiles en el ámbito del Derecho penal condujo a los juristas italianos a tomar la voz «accesorio» del Derecho civil para expresar la relación entre el partícipe y el autor⁴. La naturaleza accesoria de la participación, en aquel entonces, se vinculaba a una caracterización descriptiva de la actividad del partícipe como algo incompleto que dependía de modo absoluto del hecho del autor. Pero esta idea, a lo largo de los siglos y de manera precipitada en la segunda mitad del siglo XX, ha ido cambiando de acuerdo con la evolución de la dogmática penal. De modo que hoy en día ya casi nadie identifica la naturaleza accesoria de la participación con una relación de dependencia absoluta.

Por ende, tal vez sería conveniente reemplazar la palabra accesoriedad por otra que represente más fielmente el vínculo entre autor y partícipe. Con todo, a pesar de las reflexiones que realizo a continuación, no apuesto por una fractura terminológica⁵. En efecto, si bien razones descriptivistas aconsejan des-

1. Sigo las reflexiones de ZIZEK, *El sublime objeto de la ideología*, 2003, pp. 128 s.

2. Véase ZIZEK, *El sublime objeto de la ideología*, 2003, p. 130.

3. Sobre la evolución histórica del principio de accesoriedad, en profundidad, SCHLUTTER, «Zur Dogmengeschichte der Akzessorietät der Teilnahme», *Strafrechtliche Abhandlungen* 420, 1941, pp. 5 ss.; POPPE, *Die Akzessorietät der Teilnahme*, 2011, pp. 47 ss.; PEÑARANDA RAMOS, *La participación en el delito y el principio de accesoriedad*, reimpr., 2015, pp. 13 ss.

4. Así lo explica SCHLUTTER, *Strafrechtliche Abhandlungen* 420, 1941, pp. 13 ss.; BEROLZHEIMER, *Die akzessorische Natur der Teilnahme*, 1909, pp. 1 ss. citando a BAUER *Die akzessorische Natur der Teilnahme*, 1904.

5. La accesoriedad de la participación obedece fundamentalmente a una necesidad conceptual, en cuanto no se podría hablar de participación sin referirse al mismo tiempo a aquello en lo que se participa, así PEÑARANDA RAMOS, *La participación en el delito*, 2015, p. 326; POPPE, *Die Akzessorietät der Teilnahme*, 2011, pp. 31 ss.; ROBLES PLANAS, *La participación en el delito: fundamentos y límites*, 2003, pp. 166 ss.

echar una palabra acuñada para designar una relación que ya no es tal⁶, el conservar una denominación con larga tradición en la teoría de la intervención compensa la pérdida de rigor terminológico con una ganancia en claridad explicativa. En vista de ello, no se redefinirá terminológicamente la relación entre autor y partícipe; basta con ser conscientes de su bautismo original⁷. Ahora bien, a lo que sí estamos obligados es a intentar una definición intensional del principio de accesoriadad, es decir, a establecer las condiciones necesarias y suficientes que posibiliten redefinir su contenido y alcance. Con este fin, explícito sucintamente los puntos de partida metodológicos, cuya enunciación —previa a su desarrollo— es una valiosa carta para controlar la corrección de las determinaciones conceptuales que se realizan a lo largo de la investigación, en orden a alcanzar soluciones sistemáticas derivadas lógicamente.

Así, en primer término, dejo de lado la adscripción en bloque a uno u otro modelo de autoría como premisa mayor de mi razonamiento para derivar consecuencias sistemáticas secundarias en la teoría de la intervención. Animarse a esto abre un amplio campo de investigación, pues volver a transitar aquel camino largamente explorado, tanto desde el modelo restrictivo de autoría como desde los modelos unitario y extensivo, como cabe imaginar, no conduce sino a lugares ya descubiertos. Esto implica, desde luego, abandonar la idea del autor como centro de gravedad conceptual de la teoría de la intervención. En segundo término, pongo de relieve la trascendencia político-criminal y dogmática de la distinción entre norma primaria y norma secundaria, la cual estimo crucial para rediseñar el principio de accesoriadad de la participación y brindar nuevas respuestas a viejos problemas.

3. EL PRINCIPIO DE ACCESORIEDAD DE LA PARTICIPACIÓN

3.1. Proyección político-criminal: su valor como *mediating principle*

Según la doctrina tradicional, la norma de sanción para los partícipes está constituida de manera «accesoria»⁸. Esto significa que, en principio, la punibilidad de la intervención presupone un hecho de ciertas características llevado adelante por un tercero⁹. La estructura de la norma de conducta de la participación, por su parte, también presupone un hecho al cual se dirige, de allí, el

6. HAMDORF, *Beteiligungsmodelle im Strafrecht*, 2002, pp. 20 ss, pone en duda la conveniencia de distinguir un aspecto externo y otro interno en el principio de accesoriadad.

7. Si bien antes de la nominación no hay concepto, una vez que este es nombrado, entonces desaparece en su significante y este puede ser dotado de un nuevo significado.

8. A diferencia de lo que sucede en los sistemas de responsabilidad indiferenciada; sobre esto advierto más abajo.

9. Así FREUND, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 1998, § 10 I 2.

sentido delictivo atribuido a la conducta del cómplice o el inductor incluso antes de la ejecución. De este modo, en ambos niveles normológicos se precisa un hecho al cual la intervención se refiera. Esta idea expresada con el término accesoriadad es una manifestación del principio de lesividad. Como regla general, la conducta de intervención individualmente considerada no alcanza un umbral de lesividad relevante para ser refutada mediante pena si otro agente no la empuja hacia el tipo penal. La opinión dominante concreta este esquema mediante el aparato conceptual provisto por el modelo restrictivo de autor y la teoría de la participación en el injusto, en tanto explicación del fundamento del injusto de la participación. Pero no es únicamente el principio de lesividad el que subyace al principio de accesoriadad. En rigor, la formulación tradicional omite que la existencia de dicho principio en la teoría de la participación puede explicarse político-criminalmente como una síntesis entre la lógica de la prevención, el principio de mínima intervención y la garantía individual de proporcionalidad¹⁰. Cuando el legislador exige la actualización típica de la actividad antinormativa individual del inductor o cómplice procura contener del modo más efectivo las lesiones potenciales a los bienes jurídicos, para disminuir la intervención del Derecho penal hasta lo estrictamente necesario y así garantizar la mayor libertad de acción posible a todos los ciudadanos.

Dicho lo anterior, la accesoriadad, en una terminología más moderna, puede concebirse como un gran *mediating principle*¹¹ integrado a la teoría de la intervención que sintetiza los principios de lesividad, *ultima ratio* y proporcionalidad. Sin embargo, este *mediating principle* no solo se presenta como un límite al *ius puniendi*, sino que, al mismo tiempo, fundamenta la responsabilidad del interviniente. Desde luego, esto ya fue observado con precisión por Herzberg al distinguir en la accesoriadad un aspecto negativo, orientado a limitar la pena de la participación solo para casos en los que se alcanzara el estadio ejecutivo, y un aspecto positivo, que fundamentaría la imposición de la pena¹². Este último aspecto de la accesoriadad ha sido expresado con más claridad por Jakobs al acentuar que es la división de tareas la que vincula y permite imputarle al partícipe la ejecución de propia mano del autor¹³. En este orden de ideas, las dimensiones externa e interna del principio de accesoriadad se presentan, por lo tanto, como complementarias.

10. La accesoriadad de la participación criminal revela de una manera especialmente clara cómo el legislador advierte la necesidad de no concebir al Derecho penal como un mero instrumento sancionador. Sobre esta idea, aunque no específicamente en relación con la teoría de la intervención, MIR PUIG, *El Derecho penal en el Estado social y democrático de derecho*, 1994, pp. 151 ss.; SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, 2010, pp. 386 ss.; ROBLES PLANAS, «Dogmática de los límites al Derecho penal» en *Límites al Derecho penal*, 2012, pp. 22 ss.

11. Expresión traducida a la lengua española como «principio limitador»; pone de relieve las dificultades inherentes al contenido semántico de los términos ingleses, así SILVA SÁNCHEZ, «Prólogo a la edición española» en *Límites al Derecho penal*, 2012, p. 13. Véase también, VON HIRSCH, «La tolerancia como *mediating principle*» en *Límites al Derecho penal*, 2012, pp. 163 s.

12. HERZBERG, *Täterschaft und Teilnahme*, 1977, pp. 139 s.

13. JAKOBS, *Theorie der Beteiligung*, 2014, pp. 4 s.

En definitiva, con la construcción de una participación accesoria, al ponderar entre la contención efectiva de las lesiones potenciales para las esferas jurídicas de los afectados y la maximización de los espacios de libertad de sus ciudadanos, el legislador procura alcanzar la mayor libertad de acción posible para todos. La aplicación de la norma de sanción al partícipe, lesividad típica y culpabilidad mediante, concreta esta síntesis político-criminal respetando los principios de lesividad, última *ratio* y proporcionalidad. Por ello, el radio del límite de acción de la norma primaria de la participación es mucho más amplio que el de la limitación de derechos por la norma secundaria. La ausencia de lesividad del comportamiento del partícipe hace que el Derecho no considere proporcional la reacción formal mediante pena, aunque esto no signifique que la intervención se valore como permitida y neutral frente a la posición jurídica protegida. Es que el comportamiento defectuoso del partícipe, además de haber exteriorizado su déficit de lealtad al Derecho de un modo relevante jurídico-penalmente, debe cumplir con determinados presupuestos para que detone la aplicación de la norma secundaria. Según la doctrina académica mayoritaria: un hecho típico, antijurídico y doloso que haya alcanzado el estadio ejecutivo. Sin embargo, cuando esto no ocurra, no debe perderse de vista que a los eventuales partícipes continúa dirigiéndoseles un mensaje mediante la norma primaria.

3.2. Proyección legal: característica distintiva de los sistemas de intervención

Antes de ser portadora de una función político-criminal, la accesoriidad es utilizada como denominación de un sistema de responsabilidad del que se derivan consecuencias sistemáticas diversas: la accesoriidad de la participación sería una característica distintiva de un sistema de intervención y la no-accesoriidad de toda intervención lo sería de los sistemas de responsabilidad indiferenciada¹⁴. Con esto, es mucho más que la ausencia o presencia de un hecho delictivo como presupuesto de la punibilidad de la intervención lo que subyace a la concepción dogmática de la accesoriidad. En el modelo de responsabilidad diferenciada, se enlazan las intervenciones de los integrantes del colectivo en la norma de sanción, requiriéndose un umbral de lesividad *común* en tanto presupuesto de aplicación de la pena. El hecho delictivo ha de presentar propiedades precisas como presupuesto de la punibilidad de la participación y, en esta medida es, por así decirlo, una característica del tipo de la participación. Por el contrario, en los modelos de responsabilidad indiferenciada, la responsabilidad de cada agente se acota a la propia actividad también en la norma de sanción, sin depender de la cualidad de la acción ajena o del resultado del injusto. Así, no se distinguen las formas de intervención —o se utiliza para todas las formas de intervención el mismo sistema de imputación— y son

14. Sigo a HAMDORF, *Beteiligungsmoedelle im Strafrecht*, 2002, pp. 17 ss.

equivalentes los requisitos de la punibilidad de la participación a los de la autoría. Esto no significa otra cosa que en los sistemas unitario o extensivo de autor los requisitos en la norma de sanción son los mismos para todos los intervinientes.

De lo anterior se deriva que cuando la accesoriedad hace referencia a un sistema de intervención se traza un cuadro político-criminal, dogmático y legal armónico, en el que sus funciones positiva y negativa, en tanto fundamentadora y limitadora del castigo, se traducen en una regla dogmática de clausura en el nivel de la norma de sanción. Sin embargo, este cuadro como *sistema de accesoriedad* es más nominal que real, pues no es verdad que un modelo unitario o extensivo de autoría esté exento de formularse a sí mismo las preguntas medulares de la intervención delictiva. Después de todo, en los sistemas de responsabilidad indiferenciada también es necesario determinar el momento en el que cada agente infringe su norma de comportamiento, su relación con el resto del colectivo y el sentido individual de la intervención en tanto conducta peligrosa. Por ello, en principio, esta función atribuida a la accesoriedad como caracterización de un sistema de intervención determinado ha de dejarse en suspenso¹⁵.

3.3. Proyección dogmática: su doble operación normológica

El principio de accesoriedad responde a dos preguntas: cuándo la participación es peligrosa —por ende, prohibida— y por qué razón a un interviniente se lo responsabiliza por lo que otro interviniente hace o deja de hacer. Por ello, puede definirse como un concepto de enlace que permite atribuir sentido delictivo a un comportamiento determinado en un contexto de división de tareas, tanto para evitarlo, como para imputarlo. En otras palabras, el principio de accesoriedad en su proyección dogmática vincula dos o más comportamientos al imputar una actividad ajena, en tanto manifestación fenotípica, como propia, en tanto realidad normativa y, a partir de ello, posibilita realizar un pronóstico de peligrosidad frente a una conducta determinada. Como tal, su operación no es ni unidireccional, pues también se advierte en la relación del autor hacia el partícipe, ni exclusiva de la participación, ya que se aprecia a su vez en los casos de coautoría.

A partir de la estructuración normológica de estas ideas, en el nivel de la norma primaria la accesoriedad posibilita realizar un pronóstico de peligrosidad

15. ROBLES PLANAS, *La participación en el delito*, 2003, p. 144 ss., 265 ss., distingue entre lo que serían los modelos de regulación de la codelinuencia establecidos en los códigos penales —algunos de los cuales prevén el mismo marco penal para todos los intervinientes en un hecho y otros que castigan de diferente manera en función de la importancia de la aportación— y los modelos teóricos —en los que se podría pensar perfectamente en un sistema unitario de autor en el que se gradúe la pena de los diversos «autores» e igualmente posible sería un sistema diferenciador en el que se castigara a todos los «intervinientes» con la misma pena—.

a través del cual se exhorta al agente a que mantenga consigo los argumentos o las condiciones materiales que impulsen en otro un injusto culpable. Mientras que, en el nivel de la norma secundaria permite responsabilizar al interviniente por la acción u omisión de otro agente autorresponsable, debido al proyecto común en el que se han expresado como colectivo. Dicho de modo sintético, la accesoriedad implica una doble prestación, cuya diferencia específica la constituyen los distintos momentos temporales de eficacia de la norma jurídica y sus perspectivas. Su función *prospectiva* se localiza en el plano de la norma de comportamiento y opera con un criterio *ex ante*. Su función *retrospectiva* se localiza en el plano de la norma de sanción y opera con un criterio *ex post*.

De estas cuestiones trata en detalle la investigación.