

ANDRÉS FALCONE
(Ed.)

¿AUTONOMÍA Y ACCESORIEDAD?

**Hacia un sistema de intervención delictiva
superador del dominio del hecho**

Prólogo de
Jesús-María Silva Sánchez

Marcial Pons

MADRID | BARCELONA | BUENOS AIRES | SÃO PAULO

2021

ÍNDICE

| | Pág. |
|--|------|
| LISTA DE SIGLAS Y ABREVIATURAS | 15 |
| PRÓLOGO , por Jesús-María Silva Sánchez | 17 |
| PRESENTACIÓN , por Andrés Falcone..... | 25 |

PRIMERA PARTE

CRISIS DE LA TEORÍA DEL DOMINIO DEL HECHO COMO POSICIÓN MAYORITARIA

| | |
|---|----|
| § 1. LA TEORÍA DEL DOMINIO DEL HECHO: EL FIN DE UN CICLO , por Yesid Reyes Alvarado..... | 35 |
| I. DISTINCIONES DESDE UNA PERSPECTIVA ONTO-LÓGICA | 36 |
| 1. Teoría objetiva..... | 37 |
| 2. Teoría subjetiva | 40 |
| 3. Teoría del dominio del hecho..... | 43 |
| 3.1. Dominio de la acción | 46 |
| 3.2. Dominio de la voluntad..... | 47 |
| 3.3. Dominio funcional del hecho | 56 |
| II. DISTINCIÓN DESDE UNA PERSPECTIVA NORMATI-VISTA | 59 |
| III. CONCLUSIONES | 69 |
| § 2. CRÍTICA A LA TEORÍA DEL DOMINIO DEL HECHO , por Volker Haas | 71 |
| I. INTRODUCCIÓN | 71 |
| II. PUNTO DE PARTIDA DE LA TEORÍA DEL DOMINIO DEL HECHO | 72 |

| | Pág. |
|--|------|
| III. OBJECIONES A LA TEORÍA DEL DOMINIO DEL HECHO..... | 75 |
| 1. Ausencia de fundamentación normativa del concepto de dominio del hecho..... | 75 |
| 2. Ausencia de una relación con el hecho del concepto de dominio del hecho..... | 78 |
| 3. Sobre la coherencia del concepto de realizar materialmente el tipo..... | 80 |
| 4. Aporías de una atribución de responsabilidad por coautoría sin imputación de la conducta..... | 82 |
| IV. CONSECUENCIAS DE LAS OBJECIONES SEÑALADAS ... | 85 |
| 1. Coautoría como autoría mediata recíproca..... | 85 |
| 2. Mandato como autoría mediata..... | 88 |
| 3. Distinción entre autoría mediata y participación..... | 93 |
| V. REFLEXIONES FINALES | 95 |
| § 3. ¿UN RETORNO A LA EDAD DE PIEDRA? APORÍAS DE LA TEORÍA DEL DOMINIO DEL HECHO , por Joachim Renzikowski. | 97 |
| I. INTRODUCCIÓN..... | 97 |
| II. CONCEPTOS | 98 |
| III. CONCEPTOS-FIGURA Y DOMINIO DEL HECHO..... | 101 |
| 1. ¿Conceptos-figura como caso especial? | 101 |
| 2. Dominio del hecho y concepto de hecho..... | 102 |
| 3. Dominio sobre el fundamento del resultado | 104 |
| 4. Problema del llamado «dominio de la organización» | 106 |
| IV. UNA ÚLTIMA OBSERVACIÓN SOBRE LA JURISPRUDENCIA DE CONCEPTOS..... | 109 |
| § 4. AUTORÍA Y DOMINIO DEL HECHO EN EL DERECHO PENAL CHILENO. UNA APROXIMACIÓN HISTÓRICA , por Alex van Weezel..... | 111 |
| I. NECESIDAD DE UNA «COMPRESIÓN PREVIA» | 113 |
| II. EL LEGISLADOR HISTÓRICO..... | 114 |
| III. ANTES DE 1974: LA CONCEPCIÓN FORMAL-OBJETIVA Y SUS PRINCIPALES VARIANTES EN LA DOCTRINA CHILENA..... | 115 |
| 1. La visión tradicional | 115 |
| 2. El planteamiento subjetivo-causal de Novoa..... | 117 |
| 3. La posición subjetiva-formal de Garrido Montt | 119 |

| | Pág. |
|---|------|
| IV. DESPUÉS DE 1974: LA TEORÍA DEL DOMINIO DEL HECHO | 120 |
| 1. El dominio funcional del hecho (coautoría) | 120 |
| 2. El dominio organizacional (autoría mediata) | 126 |
| V. DOMINIO DEL HECHO Y REGLAS DE INTERVENCIÓN DELICTIVA CONTENIDAS EN EL CÓDIGO PENAL | 130 |
| 1. El art. 15, núm. 1 primera parte CPChil | 130 |
| 2. El art. 15, núm. 1 segunda parte CPChil | 131 |
| 3. El art. 15, núm. 3 | 132 |
| 4. Autoría mediata y art. 15, núm. 2 CPChil | 134 |
| VI. LA INSUFICIENCIA DEL DOMINIO DEL HECHO | 134 |
| VII. CONSTANTES EN LA «COMPRESIÓN PREVIA» DE LAS REGLAS DE INTERVENCIÓN EN EL DERECHO PENAL CHILENO | 137 |
| 1. Las formas de intervención se refieren al «hecho típico» | 137 |
| 2. El hecho típico comienza con la tentativa | 137 |
| 3. La conducta del autor de propia mano se subsume ya en el tipo penal correspondiente de la Parte Especial | 138 |
| 4. Concepto restrictivo de autor (o de «hecho típico») | 139 |
| 5. Lado subjetivo de la intervención delictiva: el dolo de los coautores y de los partícipes | 139 |
| IX. CONCLUSIONES | 140 |

SEGUNDA PARTE

AUTONOMÍA EN EL «HECHO PROPIO»

| | |
|---|-----|
| § 5. LA ESTRUCTURA DE LA INTERVENCIÓN EN EL DELITO, por Ricardo Robles Planas | 145 |
| I. INTRODUCCIÓN | 145 |
| II. LOS DOS NIVELES DEL SISTEMA DE RESPONSABILIDAD POR LA INTERVENCIÓN EN EL DELITO | 146 |
| III. ¿CUÁNDO HAY INTERVENCIÓN EN UN DELITO? | 147 |
| IV. ¿EL CONCEPTO DE AUTOR COMO PUNTO DE PARTIDA? | 149 |
| V. LA ESTRUCTURA NORMATIVA DE LA INTERVENCIÓN. ACCESORIEDAD | 151 |
| 1. Norma de conducta, norma de sanción, accesoriidad | 151 |
| 2. ¿Accesoriidad mínima, limitada o estricta? | 154 |
| VI. PENA DEL «AUTOR», PENA DEL «CÓMPLICE». FENOMENOLOGÍA | 155 |

| | Pág. |
|---|------|
| 1. <i>Quantum</i> de pena..... | 155 |
| 2. ¿Autoría mediata?..... | 156 |
| 3. Coautoría y complicidad..... | 158 |
| 4. ¿Autor detrás del autor?..... | 158 |
| | |
| § 6. FORMAS BÁSICAS EN LA CONFIGURACIÓN DEL SISTEMA DOGMÁTICO DE LA INTERVENCIÓN, UN RECORRIDO POR EUROPA CON PERSPECTIVA CRÍTICA , por Diethelm Kluszczewski..... | 161 |
| I. ELEMENTOS ESTRUCTURALES CENTRALES: AUTONOMÍA O ACCESORIEDAD DE LAS FIGURAS DE INTERVENCIÓN..... | 162 |
| II. SOLUCIÓN DEL AUTOR UNITARIO..... | 164 |
| 1. Sistema formal de autor unitario..... | 164 |
| 2. Sistema funcional de autor unitario..... | 167 |
| III. SISTEMA DE LA PARTICIPACIÓN..... | 168 |
| 1. Independencia entre autoría y participación..... | 168 |
| 2. Participación como figura de intervención accesoria..... | 171 |
| a) Accesoriedad mínima..... | 171 |
| b) Accesoriedad extrema..... | 173 |
| c) Accesoriedad limitada..... | 176 |
| IV. RESUMEN Y CONSECUENCIAS..... | 180 |
| | |
| § 7. LÍMITES DE LA AUTORÍA EN LA EJECUCIÓN DEL HECHO POR MANO AJENA , por René Bloy..... | 185 |
| I. AUTORÍA EN LA EJECUCIÓN DEL HECHO POR MANO PROPIA Y POR MANO AJENA..... | 185 |
| II. EJECUCIÓN DEL HECHO POR MANO AJENA EN LA COAUTORÍA..... | 186 |
| 1. Necesidad de la imputación de acciones ajenas como propias... .. | 186 |
| 2. ¿No hay coautoría en la ejecución del hecho por propia mano? .. | 187 |
| 3. Delimitación entre coautoría aditiva y autoría individual múltiple..... | 188 |
| a) Posicionamientos en las sentencias de los tiradores del muro..... | 188 |
| b) Presupuestos objetivos de la coautoría aditiva..... | 190 |
| c) Presupuestos subjetivos de la coautoría (aditiva)..... | 192 |
| 4. Límites de la coautoría: ausencia de intervención en la ejecución o en la preparación del hecho..... | 193 |

| | Pág. |
|---|------|
| III. EJECUCIÓN DEL HECHO POR MANO AJENA EN LA AUTORÍA MEDIATA | 198 |
| 1. Necesidad de la imputación de acciones ajenas como propias ... | 198 |
| 2. ¿Existe autoría mediata en la ejecución del hecho a través de un autor que actúa responsablemente? | 199 |
| 3. Autoría mediata a través del dominio de la organización..... | 201 |
| 4. Límites de la autoría mediata..... | 202 |
| IV. CONCLUSIÓN | 203 |
| | |
| § 8. LA ESTRUCTURA DE LA AUTORÍA MEDIATA , por Juan Pablo Mañalich Raffo | 205 |
| I. AUTORÍA Y PARTICIPACIÓN COMO MODALIDADES DE INFRACCIÓN DE DEBER..... | 205 |
| II. LA FUNCIÓN CONSTITUTIVA DE LA AUTORÍA MEDIATA | 207 |
| III. LA RELATIVIDAD DE LAS ADSCRIPCIONES DE ACCIONES | 211 |
| IV. EL PRINCIPIO DE RESPONSABILIDAD Y LA CONTRAFECTIVIDAD DE LA IMPUTACIÓN | 212 |
| V. DEFECTOS DE RESPONSABILIDAD: DEFECTOS DE IMPUTACIÓN | 215 |
| VI. DEFECTOS DE RESPONSABILIDAD: DEFECTOS DE ANTINORMATIVIDAD | 219 |
| 1. Autoría mediata por actuación justificada del instrumento.... | 220 |
| 2. Autoría mediata por autolesión del instrumento | 221 |
| 3. Autoría mediata por actuación de un instrumento doloso no cualificado | 222 |
| | |
| § 9. AUTORÍA EN EL ART. 28 DEL ESTATUTO DE ROMA. ¿DOMINIO DEL HECHO O INFRACCIÓN DE UN DEBER? , por Fernando Buján..... | 227 |
| I. INTRODUCCIÓN | 227 |
| II. REDACCIÓN DEL ART. 28 ER. ALGUNOS ASPECTOS PROBLEMÁTICOS | 228 |
| III. ¿AUTOR DEL ILÍCITO DEL SUBORDINADO O AUTOR DE OTROS ILÍCITOS? | 232 |
| IV. TÉCNICA LEGISLATIVA DEL CÓDIGO PENAL INTERNACIONAL ALEMÁN | 234 |
| V. <i>ADDENDA</i> : JURISPRUDENCIA DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL. LA RESPONSABILIDAD POR OMISIÓN DEL SUPERIOR EN LA DECISIÓN DE CONFIRMACIÓN DE CARGOS CONTRA BEMBA GOMBO | 237 |

| | Pág. |
|---|------|
| VI. ¿DOMINIO DEL HECHO O INFRACCIÓN DE DEBER? ... | 243 |
| VII. CONCLUSIÓN | 245 |

TERCERA PARTE

¿ACCESORIEDAD EN EL «HECHO AJENO»?

| | |
|---|-----|
| § 10. ACCESORIEDAD. DE LOS PRESUPUESTOS DE LA ORGANIZACIÓN EN COMÚN , por Günter Jakobs..... | 249 |
| I. EXIGENCIA DE UNA EJECUCIÓN CULPABLE | 249 |
| II. PARTICIPACIÓN SEGÚN LAS REGLAS DE LA IMPUTACIÓN OBJETIVA | 253 |
| 1. Conducta culpable antes de la realización del tipo..... | 253 |
| 2. Exclusión de la responsabilidad | 257 |
| 3. Fundamentación de la responsabilidad..... | 260 |
| 4. Consecuencias: comunidad en sentido normativo..... | 261 |
| 5. Independencia del dolo y de la imprudencia..... | 262 |
| III. PROPIA CULPABILIDAD..... | 265 |
| § 11. RENACIMIENTO DE LA ACCESORIEDAD ESTRICTA , por Andrés Falcone..... | 267 |
| I. REGLAS DE LA ACCESORIEDAD LIMITADA Y SUS FUNDAMENTOS..... | 267 |
| II. ¿INJUSTO Y CULPABILIDAD COMO CATEGORÍAS DE IMPUTACIÓN ADMISIBLES?..... | 271 |
| III. ¿PARTICIPACIÓN EN ACONTECIMIENTOS DE LA NATURALEZA?..... | 279 |
| IV. NO HAY «LAGUNAS DE PUNIBILIDAD»..... | 285 |
| V. RESULTADOS | 287 |
| § 12. SOBRE EL CONCEPTO DE COMPLICIDAD , por Urs Kindhäuser | 289 |
| I. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA..... | 289 |
| II. ¿RESTRICCIONES SUBJETIVAS?..... | 292 |
| III. ACCIÓN PRINCIPAL Y ACCIÓN AUXILIAR..... | 295 |
| IV. ASISTENCIA EN LA DETERMINACIÓN DEL FIN EXCLUSIVAMENTE DELICTIVA | 297 |
| V. PRESTACIÓN DE AYUDA DELICTIVA | 299 |
| VI. RESUMEN | 306 |

| | Pág. |
|---|------|
| § 13. ¿COMPLICIDAD A TRAVÉS DE UN COMPORTAMIENTO ADECUADO AL ROL? , por Heiko Lesch | 309 |
| I. DOCTRINA DE LA IMPUTACIÓN NATURALISTA | 309 |
| II. CASOS PROBLEMÁTICOS..... | 310 |
| III. POSICIÓN DE LA JURISPRUDENCIA..... | 314 |
| IV. IMPUTACIÓN COMO PROCESO NORMATIVO..... | 320 |
| V. IMPUTACIÓN POR COMPLICIDAD | 323 |
| VI. SOLUCIÓN DE CASOS PROBLEMÁTICOS | 329 |
| | |
| § 14. PARTICIPACIÓN DEL <i>EXTRANEUS</i> EN LOS DELITOS DE INFRACCIÓN DE DEBER , por José Antonio Caro John..... | 333 |
| I. INTRODUCCIÓN..... | 333 |
| II. SOLUCIÓN A LA LUZ DE LA CATEGORÍA DE LOS DELITOS DE DOMINIO | 334 |
| 1. Teoría de la ruptura del título de imputación | 335 |
| 2. Teoría de la unidad del título de imputación | 336 |
| III. SOLUCIÓN A LA LUZ DE LA CATEGORÍA DE LOS DELITOS DE INFRACCIÓN DE DEBER..... | 339 |
| 1. Jakobs y su teoría de las instituciones | 339 |
| 2. Lesión de la institución positiva como realización típica | 341 |
| IV. FUNDAMENTO DE PARTICIPACIÓN DEL <i>EXTRANEUS</i> EN LOS DELITOS FUNCIONARIALES | 345 |

PRÓLOGO

LAS PIEZAS DE LA INTERVENCIÓN DE VARIOS EN EL HECHO DELICTIVO

I.

La teoría de la intervención en el delito tiene que dar cuenta de algo tan evidente como sorprendente. Si un interviniente único mata a la víctima, aquel obviamente recibe toda la pena del homicidio. Si la matan entre varios intervinientes, entonces cada uno de ellos recibe asimismo toda la pena del homicidio, aunque en algunos casos atenuada. Un único hecho de homicidio, por tanto, puede «costar» diez años de prisión o sesenta. La indivisibilidad de la responsabilidad penal por el hecho en caso de pluralidad de intervinientes es llamativa. Más aún, inconcebible en términos de reparación de la lesión del bien jurídico, de desvalor del resultado, por usar la denominación clásica. La comparación de la responsabilidad penal con la responsabilidad civil lo pone de relieve de forma patente. Parece, pues, que lo decisivo en el Derecho penal es medir el enfrentamiento personal con el Derecho (el clásico desvalor de acción) de cada uno de los intervinientes. Pero, entonces, la pregunta es qué función desempeña la agrupación de esos desvalores personales de acción en un único hecho. En la relación de cada sujeto con una norma directiva de conducta, parece de entrada irrelevante. Sin embargo, es verdad que la determinación del significado social de cada una de esas conductas requiere tener presente su contexto. En función del contexto, una determinada actuación de un sujeto adquiere sentidos muy distintos. Con más claridad: conforma acciones muy distintas, unas (más o menos) penalmente relevantes y otras irrelevantes.

Sentado lo anterior, se advierte que la doctrina de la intervención en el hecho delictivo tiene una dimensión externa. Desde esta tiene que producir, por un lado —en términos positivo-constructivos—, una teoría del contexto de significado de las diversas aportaciones individuales, que las interrelacione y las aúne en el conjunto. En esa medida, es una doctrina del bloqueo de la prohibición de regreso. Pero desde esa misma perspectiva, por otro lado —en términos negativo-excluyentes—, constituye precisamente una teoría

de la activación de la prohibición de regreso, esto es, de la separación de otras conductas individuales, aunque estas hayan tenido incidencia en términos causales e incluso intencionales sobre el hecho.

El hecho delictivo conjunto no deja, pues, de tener su origen en acciones individuales, a las que contextualiza. Pero además resulta que no es un hecho conjunto cualquiera. Se trata de una curiosa variante, en la que cada uno de los que intervienen «cobra» (es retribuido) como si hubiese llevado a cabo el hecho por sí solo —los llamados coautores, los inductores, algunos cooperadores principales— o algo menos —los cómplices simples—. Si se hace la suma, se observará que es una empresa cuyo demérito resulta «muy bien pagado». Parece, pues, que el hecho conjunto no es del conjunto de los intervinientes como sujeto colectivo: no es que a los sujetos individuales les corresponda solo una parte del todo. Es cierto que el conjunto lo realizan entre todos. Pero, una vez llevado a cabo, lo que sucede es que todo el hecho conjunto es de cada uno de los intervinientes como agentes personales. Expresa el enfrentamiento personal de cada uno de ellos con el Derecho. Así se abre una segunda cuestión, que corresponde a la dimensión interna de una teoría de la intervención. Esta tiene que concretar los criterios de cómo y cuánto responde cada uno por el hecho común. En particular, tiene que responder a la pregunta de sí, dentro del hecho conjunto como unidad de sentido, existen subconjuntos de sentido que impongan la distinción entre autores y partícipes¹.

II.

Llegados a este punto, he de decir que la pugna existente entre las doctrinas de la intervención en el hecho delictivo me produce desazón. En ella convergen atropelladamente los principales problemas metodológicos de la teoría del delito, de modo que su resolución armónica parece casi imposible. Demasiadas piezas para armar el rompecabezas [...]. Una dificultad adicional es que las doctrinas de la intervención no siempre explicitan cuáles son las «piezas» con las que cuentan. Por ello, tampoco se ven obligadas a justificar acabadamente su respectiva propuesta constructiva. Eso dificulta la comprensión de sus razones y, con ello, también la crítica. Pero ¿a qué «piezas» me refiero?

A mi juicio, para afrontar la cuestión relativa a la responsabilidad de los diversos intervinientes en el hecho es preciso manejar: i) una teoría de las normas; ii) una teoría de la interpretación de los verbos típicos, y iii) una concepción de las reglas legales sobre la intervención en el delito. Además, las conclusiones que se alcancen deben cuadrar con la teoría de la tentativa,

¹ La legislación española no reconoce la noción de participación: habla de los autores, de otros a quienes se considera autores (inductores y cooperadores necesarios) y, en fin, de los cómplices.

que —si es tentativa del hecho (en singular)— debe reputarse previa a la doctrina de la intervención. Ciertamente, solo una vez construida la doctrina de la tentativa es posible delimitar los límites cronológicos iniciales del concepto de hecho, en el que en su caso cabe que intervenga una pluralidad de sujetos². No en último lugar, todo lo anterior hay que someterlo a contraste con una doctrina sobre la gravedad relativa de las conductas y, por tanto, su merecimiento de pena. Esta tiene que ver, por un lado, con el significado jurídico de la conducta de cada interviniente en relación con la de los demás y con el hecho conjunto. Pero, por otro lado, con las reglas de asignación de pena a los intervinientes que se contengan en el respectivo Código Penal³. Repasemos entonces las piezas: normas, tipos, reglas legales generales, tentativa y doctrinas sobre el merecimiento de castigo.

Una concepción sobre las normas de conducta jurídico-penales las entiende como directivas. En tal caso, su infracción es cuestión de cada conducta individual. Cada interviniente, realizando su concreta conducta, infringe personalmente la norma que se le dirige. Desde este punto de partida, no existe nada parecido a una acción conjunta. Sin embargo, esta perspectiva (*ex ante*) sí es compatible con la apreciación *ex post* de la concurrencia de un hecho de tentativa o de consumación (típico) conjunto. No en vano, la lesión del bien jurídico es una. Ahora bien, desde otro punto de vista, las normas de conducta pueden ser concebidas como prohibiciones de causación por acción, que se construyen mediante la formulación contradictoria del tipo. Esta concepción no impide apreciar una causación conjunta, una acción o un hecho conjunto, en la medida en que el tipo se puede realizar conjuntamente por varias personas⁴. Un tercer planteamiento, pretendiendo aludir aquí solo a las concepciones más difundidas, concibe las normas como expectativas institucionalizadas de conducta. Esta perspectiva tampoco obsta en absoluto al hecho conjunto, en la medida en que en ella se adopta la perspectiva *ex post*. Como se advierte, la asunción de una de estas premisas produce constricciones sobre el modo de concebir la intervención en el delito, de modo que tiene que ser fuente de discordias. Pero para acabar de dar contenido a las normas, sea cual sea la postura que se sostenga sobre ellas, es necesario añadir una determinada concepción acerca del significado de los tipos de delito. En este punto, aparentemente superadas las concepciones causalista y finalista, son asimismo tres las principales visiones en disputa⁵. Para una de ellas, los tipos deben leerse a la luz de la doctrina de la imputación objetiva, esto es, del comportamiento desaprobado y su realización en el resultado. Toda conducta de riesgo desaprobado que se expresa en el resul-

² Es interesante, a este respecto, plantearse una situación de intervención de varios en una tentativa.

³ Esto significa que no cabe excluir que la corrección de la solución sea relativa a cada legislación nacional o a modelos de legislaciones nacionales.

⁴ Es la imputación de la lesión de la norma como infracción de un deber lo que es personal.

⁵ Puede haber otras, que combinan unos y otros criterios.

tado —esto es, la de todo interviniente— realiza a su vez el tipo. Otra posición, en cambio, ciñe el alcance del tipo en los términos de la doctrina del dominio del hecho, de modo que realizan los tipos las conductas de los autores directos, los coautores y los autores mediatos⁶. Pero no las de los demás intervinientes. Una tercera visión, por su parte, concibe los tipos en términos de causalidad individualizadora o *condicio per quam*, de modo que en principio solo los realizan los autores directos. Las teorías sobre la tipicidad (sobre el hecho típico de la Parte Especial) generan una intensísima precomprensión sobre la doctrina de la intervención. Ello se advierte ya al analizar su influencia sobre el modo de entender las reglas en materia de intervención que existen en la Parte General de los códigos penales. Veámoslo.

Quien entiende que los tipos se pueden leer en los términos de la doctrina de la imputación objetiva está sosteniendo, por coherencia, que, al menos en los delitos puros de resultado, todos los intervinientes realizan el tipo. Me atrevería a decir que esta concepción lee la descripción típica en términos de estado de cosas resultativo al que refiere las conductas desaprobadas: «el que mate a otro» significa: «el que crea un riesgo penalmente desaprobado de que otro sea matado, que se realiza en un resultado de ser-matado de ese otro»⁷. Como consecuencia de ello, es razonable que sus defensores piensen que las disposiciones de la Parte General en materia de intervención en el delito son reglas de (definición de formas de intervención típica y) determinación de la pena. Por tanto, no fundamentan la imposición de la pena, que ya se deriva de la realización típica por todos y cada uno de los intervinientes. Ello, en cambio, no lo puede sostener ninguna de las otras dos posiciones doctrinales. Si se acoge la doctrina del dominio del hecho⁸, hay intervinientes que no realizan el tipo (los inductores y los cooperadores). Si se opta por la lectura de los tipos en términos de autoría directa o, lo que es casi lo mismo, de la *condicio per quam*, hay algunos autores, así como obviamente los inductores y los cooperadores, que no realizan el tipo. En todos estos casos, las reglas de la Parte General se entienden como fundamentadoras de la responsabilidad de quienes no lo realizan. No obstante, estas dos teorías divergen (o pueden divergir) sobre cómo fundamentan la responsabilidad. En efecto, una posibilidad es entender que las disposiciones de la Parte General son reglas de construcción de tipos derivados a partir de los de la Parte Especial. Detrás de tales tipos se ubican normas derivadas. A su vez, otra posibilidad es entender que tales disposiciones son reglas de imputación en cuya virtud

⁶ Esto vale para los delitos comunes, no para los especiales ni para los de propia mano, si es que estos existen.

⁷ Esta concepción del tipo no es válida para delitos de infracción de un deber, en los que, en principio, esta posición entiende que el tipo lo realizan siempre y solo los que infringen el deber. La participación, si no está especialmente tipificada, debería ser entonces impune.

⁸ Que obviamente hay que complementar con otras doctrinas para los delitos que no son de dominio.

el hecho típico del autor o autores se atribuye a sujetos que no realizan ese (ni ningún otro) tipo. A quienes no realizan el tipo, este se les puede atribuir todavía a título de autores, o bien a título de partícipes, en función del deber (u *Obliegenheit*), que, sin infringir la norma del tipo (ni ninguna norma, por tanto), se reputa que han vulnerado.

Obsérvese el balance (desolador) al que hemos llegado: cabe que la totalidad de los intervinientes realicen el tipo de la Parte Especial o que lo realicen solo los autores, o ni siquiera todos ellos. ¿Qué diferencia entonces a los autores y a los partícipes? Como se advierte, para una doctrina, en realidad, nada. Unos y otros realizan el tipo de la Parte Especial. Es verdad que cabe distinguir en función del «peso» de las respectivas aportaciones de los intervinientes. Pero tal diferencia ni siquiera permite hablar de autores y partícipes, sino que es «cuantitativa» y pertenece al ámbito de la determinación de la pena. En la práctica, solo obliga a tomar partido por una de las expresiones legales en los sistemas en que los autores siempre reciben una pena superior a la de los demás intervinientes. Para otra segunda doctrina, sin embargo, sí existe una diferencia entre autores y partícipes. La diferencia deriva, en parte, de la redacción del tipo respectivo y de su significado. Por tanto, si la entiendo bien, tiene una dimensión formal, de legalidad. Sin embargo, también distingue entre quienes no realizan el tipo: unos de ellos son coautores (ejecutivos o preparatorios) y otros, cooperadores. Dado que en principio parece partirse de que unos y otros no merecen la misma pena, esta doctrina maneja, a mi entender, tanto un concepto formal de autor, como otro material. Según este segundo concepto, la diferencia entre coautores y partícipes tiene que ver con un hecho conjunto que configuran los primeros, pero no los segundos. La clave radica, pues, en determinar en qué consiste esa «configuración». Finalmente, la tercera de las doctrinas en disputa pretende aportar un criterio material de distinción entre los autores, todos los cuales realizan el tipo, y los partícipes. Los autores «dominan el hecho»⁹; los partícipes, no. Todas estas construcciones, elaboradas en Alemania, no parecen plantear la cuestión de la pena. Quiero decir: que los coautores siempre reciban una pena superior a la de los cooperadores no autores. Esta es una imposición del Derecho positivo alemán que, a mi juicio, es fuente de buena parte de los quebraderos de cabeza de la doctrina de aquel país.

Con todo, lo anterior —siendo mucho— describiría de modo todavía insuficiente el estado de la cuestión. Al inicio de estas páginas se anticipaba que, para acabar de tener una visión de todas las piezas de una doctrina de la intervención, es necesario tener presente también la teoría de la tentativa. El comienzo de una tentativa en sentido legal determina la presencia de un hecho, es decir, aquello en lo que precisamente toman parte los intervinientes antes de llegar a la consumación. La tentativa es, por tanto, una para

⁹ O infringen un deber, o, en su caso, realizan el tipo de propia mano.

cada delito, no una para cada interviniente en un delito. Ello es compatible, naturalmente, con el hecho de que cada interviniente intente su aportación y la termine, perdiendo el control sobre ella. Si el comienzo de la tentativa en sentido legal (y su terminación) fuera relativo a cada interviniente, se podría sancionar cualquier acto de intervención en fase preparatoria por separado. Sin embargo, esto no es así. Hay un momento a partir del cual (todas) las aportaciones previas, a veces terminadas mucho tiempo atrás, se convierten en punibles. Qué momento es ese y qué lo desencadena es la pregunta determinante: pero lo llamamos comienzo de la tentativa. Algo que cabe discutir es que aquel de los intervinientes cuya conducta determina el tránsito de la fase preparatoria a la fase ejecutiva sea siempre, solo por eso, «autor». Si partimos de que no toda intervención en fase ejecutiva merece la máxima pena, cabe la posibilidad de que esa aportación en concreto no la merezca. Esto podría generar una extraña situación. A saber, que sea un interviniente cuantitativamente «menor» (incluso perfectamente fungible) el que determine, con su conducta, la punibilidad de todos los que han intervenido antes y de quienes lo harán después. Sobre esto, como sobre la responsabilidad del último ejecutor, merece la pena seguir discutiendo.

Lo anterior significa, en todo caso, que la distinción entre fase preparatoria y fase ejecutiva tiene sentido no solo para los casos de interviniente único, sino también para los de pluralidad de intervinientes. Ciertamente, para la teoría del dominio del hecho esa distinción es de merecimiento de pena, pues ningún interviniente en fase preparatoria merece la pena del autor. Pero incluso para las otras doctrinas, que no admiten que el inicio de la ejecución tenga siempre tal efecto sobre la responsabilidad individual, la frontera del inicio de la ejecución sigue siendo una frontera relevante.

Voy concluyendo esta revisión de las piezas de la teoría de la intervención delictiva. La última es la relativa a la pena. Como se acaba de indicar, uno de los lastres de la doctrina del dominio del hecho es que la intervención de un sujeto en fase preparatoria, por relevante que sea, conlleva su castigo con una pena muy inferior a la de quien interviene de modo esencial en la ejecución. ¿Por qué? En realidad, ello no sucede por la doctrina del dominio del hecho en sí, sino por el Derecho positivo alemán. En Alemania todo cooperador tiene que recibir una muy relevante atenuación obligatoria con respecto a la penalidad típica, que rige solo para los autores. No existe la figura tradicional de la cooperación necesaria, vigente tanto en España [art. 28, párr. b) CP Esp.] como en Argentina (art. 45 CP Arg.), que tiene el mismo marco penal que la autoría¹⁰. Las doctrinas que divergen del criterio dominio del hecho advierten la posibilidad de realizar conductas de coau-

¹⁰ O en la complicidad principal del Perú (art. 25 CPPer.); o, más limitadamente, en Chile: «los que, concertados para su ejecución, facilitan los medios con que se lleva a efecto el hecho» (art. 15 parr. 3 CPChil.). Entre otros ejemplos.

toría en fase preparatoria, en construcciones que, en realidad, constituyen búsquedas desesperadas del «autor», es decir, de la pena más grave. Pero con ello abren la puerta a un problema distinto: ¿cómo es posible ser autor sin hecho, dado que, por definición, en fase preparatoria no ha empezado todavía la tentativa? Y, por otro lado, si no ha empezado la tentativa ¿cómo es posible afectar a la norma que subyace a los tipos del delito consumado?

La apertura de esta caja de pandora pone las cosas difíciles a la doctrina que sostiene que todos los intervinientes realizan el tipo de la Parte Especial. Los intervinientes en fase preparatoria ¿cómo van a realizar el tipo si ni siquiera intervienen (todavía) en un hecho cuya ejecución no ha empezado? Una salida ha sido sostener que dichos sujetos no lesionan la norma que subyace al tipo, sino otra entidad deóntica (una *Obliegenheit* —sí, una más—). Esta salida significa, a su vez, que se afirma que sus conductas no están en realidad prohibidas (no son un injusto), aunque sí devienen castigadas cuando otro interviniente da inicio a la ejecución. Esto, ciertamente, no tiene por qué alcanzar relevancia en la medida de pena. Pero pone de relieve que, incluso para la teoría que pretende no distinguir, resulta que no todos los intervinientes en el hecho son iguales, al menos desde la perspectiva de la teoría de las normas.

Esto hay que aceptarlo desde cualquiera de las tres teorías de las normas que mencioné al inicio. Por tanto, los intervinientes no son cualitativamente iguales (o formalmente iguales). Pero su desigualdad cualitativa no conlleva un paralelo desnivel penológico. La cuestión no es trivial, pues en términos criminológicos es una de las que genera la máxima discusión: así, en el caso del «jefe de la banda». Si este interviene antes de que empiece la tentativa, entonces su conducta no está prohibida por la norma que subyace al tipo, ni siquiera por la que subyace a la tentativa imperfecta¹¹. Infringe una norma derivada de esta última, o una *Obliegenheit*, o la entidad deóntica que se quiera. Obsérvese hasta qué punto su intervención es cualitativamente distinta, por ejemplo, de la de quien realiza el último acto de perfección de la tentativa común¹². Pero eso no conlleva, en absoluto, que tenga que recibir una pena menor. Una teoría que obligue a que reciba una pena menor acabará siendo necesariamente rechazada.

III.

Por este y por otros motivos tiendo a pensar que existen diferencias cualitativas entre unos intervinientes y otros. Pero también pienso que estas diferencias cualitativas no obstan a que haya intervinientes en fase preparatoria que reciban la misma pena que la imponible a quien reali-

¹¹ Si se acepta que esta conducta es antinormativa.

¹² Cuya conducta infringe la norma que deriva del tipo.

za el último acto consumativo; y aun superior (en virtud de las reglas de individualización judicial). Esta idea general vale también para otro caso muy discutido: el de la aportación esencial en fase ejecutiva, pero que se realiza de modo unilateral (sin acuerdo con ninguno de los restantes intervinientes). De nuevo aquí la exclusión de la presencia de «coautoría» tiene efectos perniciosos [...] pero solo para quien asocie tal exclusión a la imposición de una pena relevantemente inferior. Si es posible imponer a este sujeto la pena máxima, porque en el correspondiente Derecho positivo existe la figura del cooperador necesario o principal, entonces se advierte que lo problemático es crear aquí una «coautoría sin acuerdo».

Estas consideraciones preliminares podrían continuar [...]. Pero es preciso levantar ya el telón y presentar al lector de lengua española uno de los mejores libros sobre teoría y práctica de la intervención delictiva que es posible encontrar en el mercado. Su editor, el apreciado colega Andrés Falcone, ha seleccionado pacientemente textos muy representativos del estado de la discusión en Alemania. Además, ha incorporado a estos otros de Chile, Argentina, Colombia, Perú y España. El resultado es, en mi opinión, muy ilustrativo también de la situación de la doctrina de habla hispana. Se dan cita trabajos más abstractos y otros, en cambio, exegéticos. Contribuciones de comparación de ordenamientos legales y otras de interpretación. Capítulos que hacen más hincapié en cuestiones de método y otros que destacan por la consideración de casos reales. Falcone, ya un gran especialista en cuestiones de autoría y participación, ha contado con un animoso equipo de traductores, que no se han arredrado ante la dificultad de los textos. Todos ellos ofrecen al lector de habla hispana el resultado de mucho tiempo y esfuerzo. Auguro que la obra contará con la difusión que merece y dinamizará la discusión académica y forense sobre temas de gran interés teórico y enorme incidencia práctica.

Jesús-María SILVA SÁNCHEZ

PRESENTACIÓN

La publicación de esta obra colectiva es fruto de un profundo interés por la teoría y el sistema de la intervención delictiva, desarrollado desde el principio de mis estudios doctorales en 2011. En aquel tiempo pude advertir que la teoría del dominio del hecho que se me había enseñado en los cursos de grado de un modo casi religioso estaba siendo debatida ampliamente en la dogmática jurídico-penal alemana. Pero ello no era lo más importante. También pude comprobar, con la fascinación y el temor que invaden al marinero cuando advierte que la apariencia inocente de una masa de hielo esconde las bases sumergidas de un portentoso iceberg, que lo que estaba en medio del vendaval era, en verdad, la teoría de la imputación en general, que intentaba desprenderse de la rémora del dogma causal. Allí pensé que la comunidad científica hispanoparlante debía conocer más de cerca estos desarrollos modernos y me aboqué a dos tareas que resultan tan útiles como escaso es el reconocimiento que se les concede: coordinar y traducir. En efecto, el haber podido reunir a un número importante de autores que admiro y respeto en una obra colectiva como esta es algo que me genera una profunda satisfacción. Debe aclararse que la totalidad de los catorce artículos que componen esta obra colectiva no fueron publicados con anterioridad¹.

Recuerdo que en 2014 le presenté a Friedrich-Christian Schroeder un esquema con las críticas principales a la teoría del dominio del hecho, que obraban en la dogmática jurídico-penal alemana y que amenazaban su hegemonía. La inmediata respuesta de mi maestro fue la siguiente: una larga lista de todos los aciertos y las soluciones que esta teoría brindaba, por un lado, y los pormenores de la forma en la que los dogmáticos se habían alegrado, al calor de esta teoría, de la definitiva superación de las teorías subjetivas. Sin embargo, a la semana siguiente fue el propio Schroeder quien retomó el tema. Ahora, una revisión de la teoría se encontraría en verdad justificada, puesto que al fin y al cabo «de aquellas alegrías [habrían] pasado ya más de cincuenta años».

¹ Hágase aquí la salvedad del trabajo de Mañalich Raffo, que constituye una actualización de un trabajo ya publicado, y de las traducciones del idioma alemán, que sí fueron publicadas en su idioma original (aunque no en español).

En la actualidad, la crítica a la teoría del dominio del hecho despierta reacciones antagónicas. A su tiempo, un muy respetado profesor me refirió cálidamente que, a su entender, no tendría gran sentido publicar un libro con este contenido, puesto que la caída de esta teoría estaba ya asegurada y el libro «nacería viejo». Por el contrario, para otro sector, con amplio enclave en la jurisprudencia, cuestionar la teoría del dominio del hecho implicaría una rebelión casi tan desatinada como oponerse a la evitabilidad o a la lesión del deber objetivo de cuidado como contenidos en la culpabilidad y de la imprudencia respectivamente. En cualquier caso, según alcanzo a advertir, no existen ejemplares en la manualística moderna, al menos en Alemania, que desarrollen el capítulo dedicado a la «Autoría y la participación criminal» prescindiendo completamente de la valoración de los postulados de la teoría del dominio del hecho, aunque sea de modo crítico.

En este sentido, de los motivos que llevaron a la publicación de la obra colectiva surge también su sistemática. La primera parte, llamada «Crisis del dominio del hecho como posición mayoritaria», expone críticamente los postulados principales de la teoría del dominio del hecho y presenta los lineamientos fundamentales de modelos alternativos de imputación. La segunda parte, llamada «Autonomía en el “hecho propio”», se centra en la conceptualización de la autoría y sus distintas formas de aparición y la tercera, llamada «¿Accesoriedad en el “hecho ajeno”?», se aboca a la participación *stricto sensu*, ya sea tanto en delitos de infracción de deber general (también llamados «comunes», «de dominio» o «de organización»), como en los delitos especiales o de infracción de deber especial.

De este modo, debe aclararse desde ya que tanto la sistemática general, como las denominaciones escogidas podrían despertar críticas. En efecto, por ejemplo, no resulta del todo claro si, en la participación, el «hecho» es verdaderamente «ajeno»; en otras palabras, si este le pertenece únicamente al autor o autores. De allí, claro está, el signo de interrogación. En lo personal, prefiero pensar que el hecho pertenece siempre a todos los intervinientes y, en los delitos de infracción de deber general, el grado diferenciado de la lesión al deber de cooperación solo puede traer aparejadas consecuencias en el *quantum* del dolor de la pena. Sin embargo, entiendo que la distinción entre hecho propio y hecho ajeno, o también, entre autonomía y accesoriedad, representa mejor la posición de la mayoría y, por ello, entiendo que esto debe seguirse también aquí.

La primera parte del libro comienza con un trabajo del profesor colombiano Yesid Reyes Alvarado titulado «La teoría del dominio del hecho: fin de un ciclo». Aquí se realiza una separación conceptual entre las teorías sobre la participación criminal que se constituyen a partir de una perspectiva ontológica y las que lo hacen desde un posicionamiento normativista. Entre las primeras, el autor expone instructivamente los lineamientos fundamentales de las teorías (material y formal) objetivas, por un lado, y subjetivas (del dolo

y del interés), por el otro. Luego, se expone críticamente la estructura fundamental de la teoría del dominio del hecho, como heredera de las primeras, y se distingue entre las tres formas de autoría (directa, mediata y coautoría), reproduciendo los conceptos del profesor Roxin. En la segunda parte del trabajo, el autor se opone de lleno al núcleo argumentativo central de las teorías ontológicas: el fundamento de origen causal y la distinción cualitativa entre autores y partícipes. En su opinión, esto último no puede inferirse de ninguno de los criterios expuestos por las diferentes teorías, de modo que una diferenciación tal debería ser abandonada. De esta manera, este primer trabajo resulta doblemente ventajoso para el comienzo de la primera parte de la obra puesto que, por un lado, expresa los lineamientos generales de la teoría del dominio del hecho y sus antecesoras y, por el otro, en tanto discípulo del profesor Jakobs, Reyes Alvarado expone las líneas principales de un modelo alternativo de imputación que ha logrado numerosos adeptos, tanto en Alemania como en España y Latinoamérica.

El segundo trabajo de la primera parte se titula «Crítica a la teoría del dominio del hecho» y pertenece al profesor alemán Volker Haas. El profesor Haas es una voz autorizada en la materia puesto que, además de numerosos artículos, en 2008 publicó en la editorial Duncker und Humblot una bien lograda monografía titulada *Die Theorie der Tatherrschaft und ihre Grundlagen. Zur Notwendigkeit einer Revision der Beteiligungslehre (La teoría del dominio del hecho y sus fundamentos. Sobre la necesidad de una revisión de la teoría de la participación)* y el artículo que aquí se presenta significa una apretada síntesis de esa monografía. La exposición de Haas se divide también en dos partes: una primera dedicada a la incapacidad de la teoría del dominio del hecho de superar las dificultades sistemáticas que surgen en el seno de las teorías formal-objetivas y subjetivas, y una segunda en la que se presenta un modelo propio —e indudablemente original— de intervención delictiva, alejado tanto del dominio del hecho como del funcionalismo sistémico. Entonces, el principal objeto de crítica es el principio de responsabilidad como fundamento de la exclusión de la autoría del hombre de atrás -incluyéndose aquí la coautoría, en tanto realización del tipo por mano parcialmente ajena- y propone una refundación de la autoría a partir de la figura del Derecho común (romano-canónico) del mandato, sea este unilateral en la autoría mediata o recíproco en la coautoría.

El tercer trabajo de la primera parte se titula «¿Un retorno a la Edad de Piedra? Aporías de la teoría del dominio del hecho» del profesor alemán Joachim Renzikowski, quien también se ha ocupado largamente de la teoría de la intervención delictiva desde su reconocida tesis de habilitación publicada en 1997, también en la editorial Duncker und Humblot, denominada *Restriktiver Täterbegriff und fahrlässige Beteiligung (Concepto restrictivo de autor e intervención imprudente)*. En el trabajo que se incluye en esta obra, el autor polemiza con una frase que el profesor Schünemann le espeta a la obra

del profesor Haas según la cual la crítica al dominio del hecho traería aparejada una suerte de «salto al vacío», una indeterminación de las categorías de la participación criminal inaceptable en una dogmática penal con los niveles de sofisticación actuales. Renzikowski se opone a esto y señala que una de las principales carencias de la teoría del dominio del hecho es que no aportaría un concepto autónomo de hecho —independiente de su «dominio»—, de modo que se desconocería el alcance de aquello que se domina y, por lo tanto, la conceptualización de la autoría se volvería circular. En este sentido, tampoco resolvería el problema la solución de Schünemann de identificar el objeto de dominio con el acaecimiento del resultado.

La primera parte del libro concluye con un trabajo del profesor chileno Alex van Weezel titulado «Autoría y dominio del hecho en el Derecho penal chileno. Una aproximación histórica». El profesor van Weezel publicó en 2006 su tesis doctoral, titulada *Beteiligung bei Fahrlässigkeit: Ein Beitrag zur Verhaltenszurechnung bei gemeinsamem Handeln* (Intervención mediante imprudencia. Un aporte a la imputación del comportamiento en el actuar conjunto) y dirigida por el profesor Jakobs, además de numerosos artículos que dan cuenta de un profundo pensamiento sobre la intervención delictiva, en general, y sobre la coautoría, en particular. En este artículo, van Weezel recorre la evolución de la participación criminal en el pensamiento jurídico-penal chileno, fuertemente influenciado por la dogmática alemana, y señala los puntos básicos de coincidencia que se encuentran en la doctrina y la jurisprudencia chilenas, determinadas por el concepto restrictivo de autor.

La segunda parte del libro está dedicada al fundamento y a las diferentes formas de la autoría y comienza con un artículo del profesor español Ricardo Robles Planas denominado «La estructura de la intervención delictiva». Este profesor expone aquí los lineamientos generales de un pensamiento, que ya desarrolló principalmente en su tesis doctoral, denominada *La participación en el delito: fundamento y límites* y publicada en 2003, y luego en *Garantes y cómplices: la intervención por omisión y en los delitos especiales*, publicada en 2007. En el artículo que aquí se presenta, Robles Planas explica que la distinción principal en la teoría de la intervención delictiva no consiste en determinar quiénes son autores y quiénes partícipes, sino en establecer quiénes intervienen en el delito y quiénes no. Para ello resultaría fundamental el moderno desarrollo de la teoría de la imputación objetiva, en general, y de las conductas neutrales en particular. En efecto, la autoría sería una categoría de relevancia periférica en la teoría de la imputación. En un segundo nivel analítico, se definirían las cantidades de pena para los intervinientes, en razón de la graduación de la magnitud de cada una de las aportaciones.

El trabajo siguiente reconoce su autoría en el profesor alemán Diethelm Kleszczewski, quien en 1998 presentó su tesis de habilitación en la Universidad de Hamburgo, denominada *Selbständigkeit und Akzessorietät der Betei-*

ligung an einer Straftat (Autonomía y accesoriadad de la intervención en un hecho punible). En el trabajo que aquí se incluye, titulado «Formas básicas en la configuración del sistema dogmático de la intervención», Kleszczewski desarrolla una pormenorizada crítica tanto del concepto unitario de autor como de la fundamentación autónoma de la participación. En efecto, uno de los argumentos centrales del texto consiste en descubrir qué tanto del pensamiento de la accesoriadad se esconde, en verdad, detrás de la aparente autonomía en la fundamentación de la participación. A partir de estos postulados críticos, Kleszczewski fundamenta las tres formas de autoría —ámbito en el que operaría una verdadera autonomía— de un modo plenamente coincidente con el sistema actual del Código Penal alemán.

El tercer trabajo de la segunda parte pertenece a un amplio conocedor de la teoría de la intervención delictiva —y único representante de la teoría del dominio del hecho en la presente obra— como el profesor alemán René Bloy, quien en 1985 publicó su tesis de Habilitación llamada *Die Beteiligungsform als Zurechnungstypus im Strafrecht (La forma de la participación como figura de imputación en el Derecho penal)*. En el artículo que aquí se incluye, Bloy expone someramente los fundamentos de las tres formas de autoría y pone a prueba su aplicación en el caso de los «tiradores del muro», juzgado luego de la anexión de la ex-RDA. En efecto, la polémica se centra en el problema que entraña la aplicación de las figuras de la coautoría aditiva y la autoría mediata, en el seno de la teoría del dominio del hecho, en los supuestos en los que la ejecución se encuentra a cargo de sujetos plenamente responsables. En un apego casi irrestricto a la posición de Roxin, Bloy defiende la posibilidad de fundamentar simultáneamente el principio de responsabilidad y la autoría mediata por aparatos organizados de poder en un mismo sistema de participación criminal.

El artículo siguiente es del profesor chileno Juan Pablo Mañalich Raffo, se titula «La estructura de la autoría mediata» y, como ya se mencionó, se trata de una actualización de un trabajo homónimo publicado en 2010 —*Revista de Derecho* (Valparaíso), núm. XXXIV—. En este artículo, en la conceptualización de la autoría mediata, Mañalich distingue entre la adscripción de una acción —y, por tanto, la confirmación de la ejecución del hecho— en el hombre de delante y la adscripción definitiva de la culpabilidad por el hecho en el hombre de atrás. A su vez, los supuestos de autoría mediata se agruparían en dos estructuras, en función del defecto de responsabilidad que obra en el hombre de delante. En este sentido, en los supuestos de incapacidad de culpabilidad, de error y de exculpación en el intermediador, la autoría mediata se fundamentaría en el correspondiente defecto de imputación, de modo que, si este no existiera, el autor del hecho sería el hombre de delante. Por el contrario, los casos en los que el instrumento obra de modo justificado o autolesivo, y aquellos en los que actúa con dolo pero sin la calificación especial, la autoría mediata se basaría en el defecto de antinor-

matividad del instrumento. En efecto, en estos últimos casos no se trataría de la incapacidad del hombre de delante de poder cumplir con la norma de comportamiento, sino que directamente no obraría para él norma alguna.

El último aporte de esta segunda parte se denomina «La autoría en el art. 28 del Estatuto de Roma» y pertenece al profesor argentino Fernando Buján. En efecto, Buján analiza la autoría en el Derecho penal internacional, en general, y más precisamente la competencia del dirigente por los hechos del subordinado —se trate de estructuras militarizadas o no— en el art. 28 ER. Entonces, Buján señala la contradicción que existe entre la correspondiente construcción *ad hoc* del dominio de la organización, creada por el profesor Roxin, y los estándares derivados del principio de responsabilidad. Finalmente, concluye el autor que, en los supuestos aquí incluidos, la categoría de los delitos de infracción de deber se adaptaría mejor a la imputación del hecho al hombre de atrás que la teoría del dominio del hecho, en cualquiera de sus formas.

La tercera parte del libro está destinada al fundamento y las formas de participación, tanto en los delitos de infracción de deber general, como especial y se inaugura con el célebre trabajo «Accesoriedad. De los presupuestos de la organización en común» del profesor alemán Günther Jakobs, que se presenta aquí en lengua española por primera vez. En este trabajo, Jakobs ya introduce sus tesis fundamentales, que fueron luego desarrolladas en la monografía *Theorie de Beteiligung* (*Teoría de la intervención*, Universidad del Externado de Colombia, traducción a cargo de Nuria Pastor Muñoz). Jakobs se ha ocupado largamente tanto de la teoría de la imputación objetiva como de la intervención delictiva —esta última incluida, a su entender, en aquella—. Según su criterio, el partícipe interviene en el estadio previo a la ejecución y da culpablemente fundamento a esta; por eso, la ejecución del hecho -de mano ajena- también le pertenece. Y allí se agota el contenido cualitativo de la participación. Por el contrario, las diferencias en el grado de responsabilidad del partícipe —contenido cuantitativo— aparecerían exclusivamente en la medición de la pena.

El trabajo siguiente es de mi autoría y se titula «Renacimiento de la accesoriedad estricta». Este expone una cabal coincidencia con el pensamiento de Jakobs —y de Pawlik— en lo relativo a la llamada accesoriedad interna o cualitativa y deja al margen del análisis el ámbito restante de la accesoriedad (externa o cuantitativa), en el que no existen coincidencias en lo fundamental —¿puede equipararse válidamente la ejecución del hecho con la lesión de un deber y la participación, meramente, con la de una incumbencia?—. En lo que se refiere a la exigencia del contenido del ilícito del hombre de delante, los postulados de Jakobs no pueden más que compartirse: la mancomunada —ya sea que se trate de coautoría o de participación— exige siempre culpabilidad en todos los intervinientes. Por el contrario, si no hay culpabilidad en el hombre de delante, el hombre de atrás se convierte en el