

EL INJUSTO DE LA PARTICIPACIÓN CRIMINAL

RATIONALE BEHIND THE PUNISHMENT OF PARTICIPATION IN CRIME

*Pablo Castillo Montt**

RESUMEN: El artículo presenta de manera detallada la evolución que ha tenido en Alemania la discusión en torno al fundamento del castigo de las figuras de inducción y complicidad, revisando, en primer lugar, las teorías del injusto autónomo de la participación y sus defectos y, luego, los planteamientos que derivan el injusto del hecho principal. La exposición pretende ilustrar de mejor manera no solo la razón detrás del castigo de estas figuras, sino que, también, los criterios que debiesen orientar la interpretación de las normas que regulan la intervención delictiva de personas distintas a los autores.

PALABRAS CLAVE: Participación, antijuridicidad, injusto.

ABSTRACT: The following work presents a detailed account of the German discussion around the rationale behind the punishment of incitement and complicity. It begins with a review of theories that defend the autonomous criminal nature of such conducts, as well as their weak points, and then reviews propositions that derive the reason for punishment from the main criminal act. The idea behind this is to clearly illustrate not only the reason behind the punishment of criminal participation but also the criteria that should guide the interpretation of the provisions applicable to people involved other than the main perpetrators.

KEYWORDS: Criminal Participation, Incitement, Complicity

* Abogado. Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Adolfo Ibáñez. Legum Magister y Doctor en Derecho, Albert-Ludwigs-Universität, Freiburg. Profesor de Derecho Penal e investigador del Centro de Justicia Constitucional de la Universidad del Desarrollo. pablocastillom@udd.cl

INTRODUCCIÓN

El presente trabajo tiene por finalidad exponer los planteamientos teóricos más relevantes presentes en la discusión jurídica alemana para explicar el contenido y estructura del injusto de la participación criminal.

La discusión sobre el fundamento del castigo de la participación criminal busca aclarar dónde él radica, o sea, por qué responde penalmente el partícipe, con lo cual se puede establecer la legitimidad de su castigo. Sin embargo, no se trata exclusivamente de un problema de legitimación del castigo del partícipe, ya que, dependiendo del fundamento que se le asigne al castigo de la participación, su estructura va a ser distinta, lo que impacta directamente en la resolución de casos.

En este trabajo, las distintas corrientes de pensamiento respecto al tema serán divididas en dos grupos: Por una parte, se expondrán aquellas teorías que ven el injusto de la participación como independiente del injusto del hecho principal. Por otra parte, se expondrán aquellas que ven el injusto de la participación como un derivado del injusto del hecho principal.

Dentro de los esquemas que plantea la independencia del injusto de la participación se pueden identificar tres categorías: La primera ve el injusto básicamente en la vulneración de un bien jurídico distinto al protegido por cada tipo penal principal. El partícipe arrastra al autor a un hecho culpable (teoría de la participación en la culpa) o injusto (teoría de la participación en el injusto). Una segunda concepción (teoría de la solidaridad) renuncia a una fundamentación del injusto del partícipe basada en la vulneración de algún bien jurídico. Según esta teoría, el carácter antijurídico de la participación se basa en la solidaridad del partícipe con el injusto ajeno y la influencia nociva que de ello se deriva para la sociedad. Por último, se encuentra la teoría de la causación pura, que ve el injusto de la participación en la vulneración autónoma del bien jurídico protegido por el tipo penal principal.

Al segundo grupo pertenece la teoría de la causación orientada a la accesoriedad y la teoría de la vulneración accesorio del bien jurídico. El fundamento común de ambas teorías radica en la cocausación de la vulneración del bien jurídico llevada a cabo por el autor, diferenciándose en que la teoría de la causación orientada a la accesoriedad deriva el injusto de la participación exclusivamente del injusto del autor, mientras que la teoría de la vulneración accesorio del bien jurídico sostiene una naturaleza dual del injusto, considerando su construcción en parte autónoma y en parte derivada.

Luego de exponer la discusión y ponderar los argumentos pertinentes, se defenderá la tesis de que la teoría de la causación orientada al principio de accesoriedad se impone por sobre el resto, ya que no solo es completamente compatible con la regulación legal alemana, sino, también, es la que mejor

permite resolver de manera satisfactoria los problemas relativos a la participación derivados de la constitución del injusto.

En último lugar, se analizará el problema de la causalidad en la complicidad y el problema que presenta el castigo de los *extraneus* en los delitos especiales propios, desde la perspectiva de la teoría de la causación orientada a la accesoriidad.

I. PRIMER GRUPO:

TEORÍAS DEL INJUSTO AUTÓNOMO

1.1. Teoría de la participación en la culpabilidad

1.1.1. Planteamiento

Los principios de esta noción del fundamento del castigo de la participación son reconducibles, incluso al derecho canónico¹ y han sido defendidos en la literatura alemana principalmente por Beling y Hellmuth Mayer².

Una primera versión de la teoría se basa en la incapacidad de explicar el castigo del partícipe, recurriendo a la cooperación en la ejecución del hecho principal³, ya que, por una parte, dicha conducta tendría un escaso valor causal en relación con el hecho principal, y, por otra, sería fácilmente sustituible, de forma que ello no podría justificar su castigo⁴. Por lo tanto, pese a existir un efectivo vínculo causal que une la participación criminal con el hecho principal, este no tendría el peso suficiente como para justificar su castigo, por lo que su fundamento tendría que buscarse en un elemento, propio e independiente de la acción del partícipe.

Según Hellmuth Mayer, el fundamento último del castigo de la participación radicaría en que el partícipe arrastra al autor al actuar culpable. Esto ocurre, en el caso de la inducción, al generar el partícipe la resolución delictiva del autor⁵, y, en el caso de la complicidad, mediante el refuerzo que ella implica de la resolución del autor a cometer el hecho⁶.

En el caso de la inducción, únicamente esta forma de ver el injusto del partícipe podría explicar la equivalencia de penalidad con la autoría, ya que, desde una perspectiva causal, la distancia entre la acción del inductor y

¹ LANGE (1940), p. 36.

² TRECHSEL (1967), p. 20.

³ MAYER (1953), p. 319 ss.

⁴ *Ibid.*

⁵ *Ibid.*

⁶ *Ibid.*

el hecho principal debiese tener un efecto atenuante en la penalidad⁷. Esta línea de argumentación ve en la acción de incitación al autor a delinquir como un equivalente al comportamiento mismo del autor, siendo el argumento subyacente, que el inductor, si bien no comete el delito de propia mano, crea al delincuente⁸.

En consecuencia, la equivalencia penológica de ambas conductas se justificaría mediante la ponderación de dos puntos de vista. Por una parte, se debe tomar en consideración que el inductor se encuentra, tanto objetiva como subjetivamente, más distanciado del hecho principal que el autor⁹. Desde un punto de vista objetivo, el menor aporte causal que importa la conducta del inductor, si se compara con la del autor, debiese significar que al inductor se le debería juzgar de manera más benigna.

Subjetivamente, no debiese tenerse en cuenta la disposición interna del inductor en su desmedro, ya que no es esta la que se manifiesta en la ejecución del hecho principal, sino que es exclusivamente la del autor. Incluso, el inductor puede tener motivos distintos a los del autor para querer la realización del hecho principal¹⁰. Asimismo, en el plano subjetivo, debe reconocérsele una atenuación al inductor, ya que la distancia con el hecho principal hace que se vea disminuida su capacidad de percibir los contramotivos que se derivan de la existencia de una norma jurídica penalmente reforzada. El razonamiento de Hellmuth Mayer discurre sobre la lógica de que quien no se “ensucia las manos” tiene menos reparos en aprobar la ejecución de un hecho¹¹. Sin embargo, sí debería considerarse, en perjuicio del inductor, el hecho de que este, además de provocar la ejecución del hecho delictivo, también “seduce” al autor para que cometa el delito¹².

De modo que de la ponderación de ambos puntos de vista se desprendería la justificación de la igual punición de inductor y autor¹³.

Ahora bien, respecto a la justificación del castigo de la complicidad, Hellmuth Mayer niega que ella pueda derivarse solamente del escaso aporte causal que presta el cómplice, de forma que el castigo de la complicidad se justificaría en atención al efecto que su conducta tiene sobre el autor del delito, y no atendiendo al hecho principal, ya que la disponibilidad de un cómplice tendría como efecto en el autor de amplificar su voluntad delictiva¹⁴.

⁷ MAYER (1953), p. 319.

⁸ *Ibid.*

⁹ *Ibid.*

¹⁰ *Ibid.*

¹¹ *Ibid.*

¹² *Ibid.*

¹³ *Ibid.*

¹⁴ *Ibid.*

En resumen, el injusto de la conducta del partícipe se construiría mediante una combinación derivada de la implicación del autor en el actuar culpable (ya sea mediante la incitación del autor o la amplificación de su voluntad delictiva) y del aporte causal al hecho principal.

1.1.2. Objeciones

Esta explicación del injusto de la participación criminal ha sido generalmente considerada como insatisfactoria¹⁵.

En primer lugar, se le critica a la teoría de la participación en la culpabilidad el ser incompatible con el derecho positivo¹⁶. El § 29 del *Código Penal* alemán establece la punibilidad independiente del partícipe, conforme a la cual “cada partícipe será castigado según su culpabilidad, sin consideración de la culpabilidad de otro”, lo que se conoce como el principio de accesoriidad limitada, el cual se opondría a una explicación del injusto del partícipe sobre la base del involucramiento del autor en un actuar culpable, ya que la norma posibilita el castigo del partícipe en un hecho principal llevado a cabo por un autor inimputable, lo que deja en claro que la “seducción” del autor no es relevante para la punibilidad de la participación. Además, las normas sobre participación criminal del *Código Penal* alemán (§§ 26, 27), para determinar la penalidad de la participación, no toman en cuenta el grado de intensidad de la influencia ejercida sobre el autor, sino que consideran exclusivamente la gravedad del hecho principal.

Adicionalmente, se objeta que este planteamiento no sería acertado respecto de la complicidad, ya que el argumento de la causación de la culpa ajena solo es aplicable a la inducción. En la complicidad, la formación de la voluntad delictiva corre por cuenta del autor¹⁷, y el cómplice no tiene influencia al respecto¹⁸, por lo que la teoría de la participación en la culpabilidad no sería idónea para justificar la punibilidad del cómplice.

De aceptarse la visión del injusto, basada en la corrupción del autor llevada a cabo por parte del partícipe, entonces el injusto de la participación criminal tendría un doble carácter. Respecto de la vulneración del bien jurídico protegido por el tipo penal principal, la participación sería accesoria, pero respecto de la corrupción del autor sería autónoma, o sea, parte participación, parte autoría, lo cual conllevaría un número de problemas sistemáticos, los cuales no serán mencionados aquí, ya que trascienden el objeto de estudio del presente trabajo¹⁹.

¹⁵ WELZ (2010), p. 24.

¹⁶ ROXIN (2003), § 26, n.m. 16.

¹⁷ *Op. cit.*, § 26, n.m. 18.

¹⁸ NIKOLIDAKIS (2004), p. 22.

¹⁹ *Op. cit.*, p. 23 ss.

Además, de seguirse esta teoría, debiese concluirse que el agente provocador sería penalmente responsable, ya que produce la corrupción del autor²⁰. Sin embargo, según doctrina mayoritaria alemana, el agente provocador debiese permanecer impune²¹. Adicionalmente, debiese afirmarse el castigo del inductor en los casos en los cuales el bien jurídico no se encuentra protegido a su respecto –por ejemplo, en el caso de la víctima sobreviviente a una tentativa de homicidio a petición–, ya que ha corrompido al autor, lo que vulneraría el principio de la impunidad de las autolesiones²².

Sin embargo, el argumento decisivo en contra de la teoría de la participación en la culpabilidad se encuentra en el principio de autorresponsabilidad, conforme al cual el individuo es capaz de auto-determinarse y, en consecuencia, es exclusivamente responsable por su actuar²³. Bajo esta perspectiva, no sería posible imputarle al partícipe la corrupción del autor principal, puesto que el autor mismo es responsable por su actuar. Esta consideración basta para rechazar de plano el planteamiento de la teoría de la participación en la culpabilidad desde una perspectiva jurídico-material como fundamentación del injusto de la participación criminal²⁴.

1.2. Teoría de la participación en el injusto (Teoría de la desintegración)

1.2.1. Planteamiento

Dada la incompatibilidad de la teoría de la participación en la culpabilidad con el principio de la accesoriedad limitada, Stefan Trechsel²⁵ y Günter Less²⁶ desarrollaron una teoría de la participación en el injusto, la cual –al igual que la teoría de la participación en la culpabilidad– ve el injusto de la participación criminal no solo en la afectación del bien jurídico protegido por el tipo penal principal, sino, también, en un menoscabo en la figura del autor mismo. La diferencia radica en que el partícipe, en vez de responder por el involucramiento del autor en un actuar culpable, respondería por involucrar al autor en una acción antijurídica, lo que contribuiría a la desintegración social del autor. Esto, sumado a la contribución causal, justificaría la punición del partícipe²⁷.

²⁰ WELZ (2010), p. 24; LANGE (1940), p. 48.

²¹ ROXIN (2003), § 26, Rn. 8.

²² NIKOLIDAKIS (2004), p. 24.

²³ SCHUMANN (1986), p. 1.

²⁴ KINDHÄUSER (2011), p. 306.

²⁵ TRECHSEL (1967).

²⁶ LESS (1957).

²⁷ TRECHSEL (1967), p. 32.

Günter Less²⁸ analiza extensamente si acaso el contenido del injusto de la participación no se agota realmente en la vulneración (o puesta en peligro) del bien jurídico protegido mediante el tipo penal principal. Partiendo de la base de que tanto el autor como el inductor reciben la misma pena, debiese rechazarse la vulneración del bien jurídico como exclusivo fundamento del injusto de la participación criminal, ya que sobre ese supuesto el inductor debiese gozar de un trato atenuado dada su menor participación en el hecho; no sería posible imputar plenamente al inductor la afectación del bien jurídico producida por el autor.

La justificación del tratamiento indiferenciado del inductor se encontraría en el doble contenido de injusto de su acción²⁹. Su injusto no residiría solamente en la mera participación en un hecho ajeno, sino, también, en el determinar a otro a la comisión de un delito. El solo acto de determinar a otro a la comisión de un acto antijurídico presenta un contenido de injusto distinto a la posterior vulneración de un bien jurídico. El inductor involucra al autor en un actuar antijurídico, lo sitúa en un estado fáctico de contrariedad con el derecho, vulnerando con ello su integridad social³⁰. Vinculando su postura con la teoría del bien jurídico, Günter Less afirma que el inductor no solo vulnera mediatamente el bien jurídico protegido por el tipo penal principal, sino que, también, el derecho del autor al libre desarrollo de su personalidad³¹.

Una variante de esta teoría es propuesta por Markus Welzel y Stratenwerth³², quienes proponen que el injusto de la participación residiría en el aumento de la carga criminal que debe soportar la sociedad producto de la actividad del partícipe, ya que la inducción y la complicidad fomentan un aumento en la cantidad de delitos. El razonamiento consiste en que, a falta de partícipes, menor actividad criminal, e, inversamente, mientras más inductores (causas) y cómplices (facilidades de comisión), mayor la cantidad de delitos.

Como se puede observar, en este caso el injusto no reside en la afectación de la persona del autor, sino en una afectación de la sociedad en su totalidad.

1.2.2. Objeciones

Esta teoría es rechazada completamente en el discurso jurídico alemán actual³³, ya que, si bien es compatible con el principio de accesoriadad limitada,

²⁸ LESS (1957), p. 43 ss.

²⁹ *Op. cit.*, p. 46.

³⁰ *Op. cit.*, p. 47.

³¹ *Op. cit.*, p. 52.

³² NIKOLIDAKIS (2004), p. 30.

³³ MITSCH (1968), p. 81 ss.

igualmente sería incapaz de explicar el sistema de determinación de la pena del partícipe. Si fuese esta la base sobre la cual se construye la punibilidad del partícipe, entonces debiese regirse su castigo según una medida relacionada con la desintegración social experimentada por el autor, y no según la penalidad asignada al delito principal³⁴.

Al igual que la teoría de la participación en la culpabilidad, la teoría de la desintegración no resulta aplicable al caso de la complicidad, puesto que no existe una relación necesaria entre la determinación a cometer el delito por parte del autor y la complicidad. La determinación a delinquir y, por tanto, la desintegración social del autor, puede preceder al aporte del cómplice, sin que por ello la cooperación del cómplice deje de ser punible³⁵.

Por lo demás, no cabría equiparar la vulneración efectiva de un bien jurídico que implica la realización del hecho punible principal con el efecto que pueda tener la participación en la integridad social del autor, dado que consisten en modalidades y efectos jurídicos distintos, por lo que la teoría no podría justificar el tratamiento penológico indiferenciado entre inductor y autor que prevé la legislación alemana³⁶.

De la misma forma en que se critica a la teoría de la participación en la culpabilidad por contradecir el principio de autorresponsabilidad, se critica a esta teoría el hecho de hacer responsable al partícipe por el efecto que genera en una persona que actúa libremente, de forma que no podría responsabilizarse por ello a terceras personas³⁷. Adicionalmente resulta cuestionable que la integridad social del autor libre y responsable sea merecedora de protección penal, especialmente si se atiende a la escasa protección penal que dispensa el sistema jurídico alemán frente a influencias criminales³⁸ y que el Estado no tiene una pretensión de control sobre el fuero interno ciudadano³⁹.

1.3. Participación criminal como solidaridad con el injusto ajeno

1.3.1. Planteamiento

Heribert Schumann plantea una construcción del injusto del partícipe independiente del injusto del hecho principal, basada en la solidaridad con el injusto ajeno expresada por la participación, lo cual fundamentaría su castigo.

³⁴ JAKOBS (1993), Abs. 22. 2 a).

³⁵ WELZ (2010), p. 25.

³⁶ *Ibid.*

³⁷ KINDHÄUSER (2011), p. 306.

³⁸ ROXIN (1993), Vor § 26, n.m. 11.

³⁹ HAAS (2008), p. 130; NIKOLIDAKIS (2004), p. 29; WOLFF-RESKE (1995), p. 97.

Parte de la base de que la causación de la vulneración del bien jurídico llevada a cabo por el autor principal no puede justificar el castigo de la participación, puesto que dicha vulneración corresponde al ámbito de responsabilidad del autor y no podría serle imputable al partícipe. Sobre la base del principio de autorresponsabilidad, concluye que la influencia que pueda tener el partícipe sobre un tercero no fundamenta la antijuridicidad de su conducta, puesto que ello se sitúa fuera de su esfera de competencia⁴⁰. La comisión del hecho principal pertenecería completamente a la esfera de responsabilidad del autor, lo cual haría necesaria una justificación alternativa del castigo de la participación. Por lo tanto, Heribert Schumann busca el injusto en el comportamiento mismo del partícipe y concluye que es la dañinidad social que encierra la participación, la cual no se deriva de la lesión o puesta en peligro de un bien jurídico, sino de la lesión de un interés social: el partícipe atentaría contra los valores básicos de la conciencia jurídica⁴¹. El injusto de la participación criminal, que se expresa como solidaridad con el injusto ajeno en la conducta del partícipe, consistiría en la creación de un peligro social-psicológico para la capacidad de vigencia del derecho⁴².

Asimismo, reconoce que una referencia a un interés social tan difuso puede ser problemática a la hora de fundamentar la punibilidad de la participación, puesto que, por regla general, el concepto de conducta delictiva se encuentra vinculado a la lesión o puesta en peligro de un bien jurídico concreto (sea individual o colectivo). Sin embargo, afirma que no necesariamente toda conducta delictiva implica una afectación de un bien jurídico, y para ello ofrece como ejemplo el castigo de la tentativa inidónea, en la cual no existe ni siquiera un peligro abstracto para un bien jurídico, pero que, sin embargo, se castiga exclusivamente en atención al desvalor de acción, el cual, según la teoría de la impresión, tendría lugar cuando la conducta exterioriza una voluntad contraria a derecho, que es idónea para perturbar profundamente la confianza colectiva en la vigencia del ordenamiento jurídico⁴³. A partir de dicha consideración, Heribert Schumann sostiene que la conducta del partícipe exteriorizaría una solidaridad con el injusto ajeno que justificaría su castigo, puesto que entregaría un ejemplo inaceptable para la sociedad⁴⁴.

1.3.2. Objeciones

La primera crítica a la que se enfrenta la teoría de Heribert Schumann tiene relación con la considerable indeterminación del concepto de solidaridad,

⁴⁰ SCHUMANN (1986), p. 42.

⁴¹ *Op. cit.*, p. 50.

⁴² *Ibid.*

⁴³ *Op. cit.*, p. 49.

⁴⁴ SCHUMANN (1986), p. 50.

por lo que no sería judicialmente operativa. Al ser un concepto tan abierto, sería demasiado difícil determinar en qué casos un partícipe ha solidarizado con un injusto ajeno⁴⁵. Además, habría que reconocer que, en los casos en que el partícipe logre acreditar que no actuó por solidaridad con el injusto ajeno, sino que por otros motivos (por ejemplo, a causa de una necesidad económica extrema), no procedería su castigo⁴⁶.

En segundo lugar, la teoría no sería capaz de explicar la diferencia de penalidad entre la inducción y la complicidad, ya que en ambos casos el grado de solidaridad con el injusto ajeno sería el mismo⁴⁷. Tampoco explicaría la considerable diferencia entre la penalidad asignada por la ley a la participación y la de la tentativa inidónea, siendo que ambas tendrían el mismo contenido de injusto desde la perspectiva de la capacidad expresiva de criminalidad de la conducta. Lo cierto es que la punibilidad de la participación no puede ser explicada con ayuda de la teoría de la impresión, ya que se trata de situaciones completamente diferentes, que se mueven en distintos planos de justificación: mientras la participación provoca una afectación de bienes jurídicos, la tentativa inidónea no produce ni puede producir efecto alguno⁴⁸. Tampoco podría explicar por qué el ordenamiento jurídico alemán deja impune la tentativa de complicidad, si en ella ya se expresa una solidaridad con el autor y, en consecuencia, conforme a la idea de la solidaridad debiese ser también castigada.

Por último, se afirma que la teoría encerraría una contradicción en sí misma: detrás de la idea de la solidaridad como ejemplo inaceptable para la sociedad que fundamentaría el castigo de la participación se escondería la idea de que la participación se castiga porque sería una fuente de influencia negativa para terceros. Sin embargo, el punto de partida del planteamiento de Heribert Schumann es el principio de autorresponsabilidad, el cual postula que cada ciudadano debe configurar su conducta de una forma tal que solo él mismo no dañe bienes jurídicos⁴⁹. En consecuencia, sería completamente contradictorio imputar al partícipe comportamientos futuros y eventuales de individuos indeterminados, si conforme al principio de autorresponsabilidad cada uno responde exclusivamente por su conducta⁵⁰.

⁴⁵ NIKOLIDAKIS (2004), p. 34.

⁴⁶ *Ibid.*

⁴⁷ INGELFINGER (1992), pp. 119 ss.

⁴⁸ ROXIN (1994), p. 368.

⁴⁹ SCHUMANN (1986), p. 42.

⁵⁰ NIKOLIDAKIS (2004), p. 36.

1.4. Teoría causal pura

1.4.1. Planteamiento

Klaus Lüderssen⁵¹ y Eberhard Schmidhäuser⁵² proponen una construcción de la participación criminal como delito autónomo, cuyo injusto sería completamente independiente del injusto del autor.

Esta teoría se asemeja a los planteamientos anteriores en cuanto reconoce en la participación la independencia de su injusto. La diferencia reside, sin embargo, en que esta teoría no construye el injusto del partícipe con referencia ni al autor ni a valores sociales, sino que ve en la participación una vulneración directa al bien jurídico protegido por los tipos penales principales. En otras palabras, se afirma que el partícipe mismo lesiona directamente la pretensión de indemnidad del bien jurídico protegido.

Según esta teoría, el injusto de la participación se fundamentaría principalmente en atención a su desvalor de acción, de forma que las normas sobre participación previstas en los §§ 26, 27 del *Código Penal* alemán no serían cláusulas que expanden el alcance de la pena prevista para el autor hacia los partícipes, sino que serían normas que derechamente fundamentan su castigo.

Eberhard Schmidhäuser explica que de no existir normas sobre participación criminal, igualmente sería posible el castigo de la participación mediante una interpretación extensiva de los tipos penales principales⁵³, puesto que tanto la autoría como la participación exhiben el mismo desvalor de acción en cuanto ambas conductas constituyen una vulneración ilegítima de un bien jurídico, siendo solamente posible una distinción en el plano del merecimiento de pena, ya que existiría una intensidad diferenciada del comportamiento delictivo⁵⁴. Tanto autor como partícipe lesionan el bien jurídico protegido por el tipo penal principal. Desde una perspectiva material, no habría diferencia alguna entre las normas de participación y los tipos penales de la parte especial; solo se diferenciarían en cuanto a la técnica legislativa, ya que una descripción de cada conducta de participación criminal sería muy engorrosa.

Eberhard Schmidhäuser hace un paralelo entre la estructura del delito de autor y el delito de participación, donde el acaecimiento del hecho principal sería el “resultado” respecto de la participación. En este esquema, el hecho principal no formaría parte del injusto del partícipe, sino que fun-

⁵¹ LÜDERSSEN (1967), p. 119 ss.

⁵² SCHMIDHÄUSER (1983), p. 532 ss.

⁵³ *Ibid.*

⁵⁴ *Ibid.*

damentaría solamente el merecimiento de pena⁵⁵, como una especie de condición de punibilidad⁵⁶, siendo la relación de dependencia existente entre la punibilidad de la participación y el hecho principal exclusivamente fáctica⁵⁷. El resultado de esta teoría es que el partícipe tendría un tipo penal propio que emerge de la combinación de las normas sobre participación y los tipos penales de la parte especial⁵⁸.

Similar es el planteamiento de Maria-Katharina Meyer⁵⁹, quien ve en las normas sobre participación tipos penales independientes, en el sentido de que la participación criminal es un tipo especial de conducta reprochable⁶⁰. La dependencia de la participación del hecho principal y el principio de accesoriadad servirían solamente para darle contorno; se trataría de una particularidad del tipo de la participación, consecuencia de la técnica legislativa. La función de las normas de participación sería exclusivamente limitadora de la punibilidad frente a un eventual castigo indiscriminado de toda conducta que se encuentre conectada causalmente con un hecho delictivo principal⁶¹.

Esta independencia de la participación se vería reflejada en el § 30 del *Código Penal* alemán que castiga la tentativa de inducción, por lo cual la existencia de un hecho principal no sería un requisito necesario para afirmar una participación punible. Según esta concepción del injusto, el partícipe llevaría a cabo la conducta descrita en el tipo penal principal, solo que no en calidad de autor⁶².

1.4.2. Objeciones

Si se entiende que los tipos penales de la parte especial no solamente se encuentran referidos a quienes realizan la conducta en calidad de autores, sino que, además, a los inductores y cómplices, en los delitos especiales el partícipe debiera también satisfacer todos los elementos del tipo para poder ser castigado, lo que implicaría que los partícipes en los delitos especiales propios debiesen quedar impunes, ya que el deber especial no los alcanzaría.

⁵⁵ SCHMIDHÄUSER (1983), p. 532.

⁵⁶ NIKOLIDAKIS (2004), p. 37.

⁵⁷ LÜDERSSEN (1967), p. 119.

⁵⁸ *Op. cit.*, p. 118.

⁵⁹ MEYER (1979), p. 252.

⁶⁰ *Op. cit.*, p. 253.

⁶¹ *Op. cit.*, p. 258.

⁶² *Op. cit.*, p. 256.

Sin embargo, el § 28 inc. 1.º del *Código Penal* alemán establece:

“Si faltan características especiales personales (§ 14, inciso 1) en el partícipe (instigador o cómplice), que fundamenten la punibilidad del autor, entonces se debe reducir la pena, de conformidad con el § 49, inciso 1”.

Ello da cuenta de que la ausencia de la calidad especial del partícipe no significa la impunidad de su conducta, sino una mera rebaja de la pena, por lo que no corresponde entender la participación como una conducta punible autónoma de la conducta principal, sino como una lesión mediata –vale decir, mediante el autor– de un bien jurídico que se encuentra protegido no solo respecto del autor sino que respecto de toda persona⁶³.

Además, si se considera que la conducta del partícipe es autónoma en cuanto a su injusto, la participación en el suicidio debiese ser punible, puesto que el partícipe realizaría el tipo de homicidio, solo que no en calidad de autor. Sin embargo, la legislación alemana no prevé un tipo especial para la participación en el suicidio, y las normas que sancionan la participación (§§ 26 y 27 del *Código Penal* alemán) presuponen la existencia de un hecho típico principal. En consecuencia, y dado que el suicidio es atípico en el derecho alemán, la participación en él también lo es.

Como se expondrá más adelante, el injusto de la participación criminal se encuentra íntimamente ligado, desde un punto de vista material, al hecho principal. La referencia al hecho principal es indispensable para fundamentar el castigo de la participación y para poder describir el comportamiento punible, ya que una construcción autónoma –vale decir, sin referencia al hecho principal– diluiría la determinación típica, contraviniendo así el principio de legalidad. La participación es intrínsecamente accesoria, ya que no puede concebirse una descripción típica de la inducción o de la complicidad sin referencia a un hecho principal. Ni la inducción ni la complicidad pueden concebirse aisladamente, porque siempre se refieren a algo más. El principio de accesoriedad de la participación es un requisito de fundamentación de la pena, y, además, una garantía, ya que restringe las posibilidades de extensión de la punibilidad a toda clase de conductas que se encuentren causalmente vinculadas a un delito⁶⁴.

Al igual que en los delitos de resultado, en los cuales la consecuente afectación del bien jurídico derivada de la conducta es un elemento integrante del injusto, en la participación criminal el hecho principal también forma parte de él⁶⁵.

⁶³ RENZIKOWSKI (1997), p. 45.

⁶⁴ NIKOLIDAKIS (2004), p. 39; INGELFINGER (1992), p. 116.

⁶⁵ ROXIN (2003), § 26 n.m. 14.

II. SEGUNDO GRUPO:

TEORÍAS DEL INJUSTO DERIVADO

2.1. *Teoría de la causación orientada a la accesoriadad*

2.1.1. Planteamiento

En razón de las objeciones a que se ven enfrentadas las teorías del injusto independiente, hoy es la teoría de la causación orientada a la accesoriadad la mayoritariamente aceptada por la doctrina⁶⁶ y jurisprudencia⁶⁷ alemana.

En oposición a las teorías del injusto independiente, el planteamiento de esta teoría es bastante sencillo: el injusto de la participación no es independiente, sino que depende del injusto del hecho principal y su fundamento no radica en algún tipo de afectación al autor o en una infracción autónoma de la tipo penal principal.

Para esta concepción del injusto de la participación, los §§ 26 y 27 del *Código Penal* alemán amplían la punibilidad por el hecho principal, precisamente en razón de la causación del injusto ajeno. La contrariedad a derecho de la conducta del partícipe residiría en la co-causación accesoria de una vulneración de un bien jurídico⁶⁸. De esta forma, el partícipe no infringe por sí mismo la norma del tipo penal principal, sino que contribuye –ya sea instigando al autor o apoyándolo física o psíquicamente– a su infracción⁶⁹.

2.1.2. Objeciones

Algunos autores afirman que, en los términos planteados por esta teoría, la conducta del partícipe no puede ser considerada delictiva, ya que para ello es necesario que el comportamiento en sí, vale decir, considerado autónomamente, importe un ataque independiente a un bien jurídico protegido, de forma tal que la teoría prescindiría de un requisito esencial de la fundamentación del injusto⁷⁰.

Adicionalmente, se afirma que la teoría incurriría en una petición de principio en cuanto a lo que respecta a la necesidad material del principio de accesoriadad⁷¹. Si bien el planteamiento operaría sobre la base del principio

⁶⁶ ROXIN (2003), § 26 n.m. 26; KÜHL (2012), § 20 n.m. 132; SCHÖNKE/SCHRÖDER (2010), Vor. §§ 25 ff., n.m. 17; WESSELS/BEULKE (2011), p. 209.

⁶⁷ KÜHL (2012), § 20, n.m. 132.

⁶⁸ JESCHECK/WEIGEND (1996), § 64 I 2; KUDLICH (2004), p. 360; KÜHL (2012), §20 n.m. 132.

⁶⁹ SCHÖNKE/SCHRÖDER (2010), Vor. §§ 25 ff., n.m. 17.

⁷⁰ ROXIN (2003), § 26, n.m. 27.

⁷¹ SCHUMANN (1986), p. 46.

de accesoriedad, no justificaría por qué la conducta accesoria adquiere el carácter de injusto punible⁷², limitándose solamente a describir la relación de causalidad existente entre la participación y el hecho principal, sin explicar la forma en que el injusto realizado por el autor se transfiere a la figura del inductor o cómplice⁷³, por lo que la pregunta del por qué el inducir o cooperar a la realización del tipo constituye un injusto punible quedaría sin respuesta. Para los críticos de esta teoría, el hecho de que el partícipe se encuentre vinculado causalmente a una conducta antijurídica realizada por el autor no permite fundamentar el injusto penal.

A mayor abundamiento, según los detractores de esta teoría, ella no podría justificar satisfactoriamente, por una parte, la impunidad del agente provocador, unánimemente admitida⁷⁴, ya que respecto de él concurren todos los requisitos de una inducción punible⁷⁵. Por otra parte, el planteamiento no permitiría fundamentar la impunidad de la víctima en los casos de participación necesaria, cuando a su respecto concurren todos los requisitos de la participación criminal⁷⁶. Por ejemplo, en el caso de la víctima que sobrevive a una tentativa de homicidio a petición, ella debiese ser castigada por inducir a la realización del hecho conforme a los §§ 26, 216 del *Código Penal* alemán⁷⁷.

2.2. *Teoría de la vulneración accesoria del bien jurídico* / *teoría mixta de la causación*

2.2.1. Planteamiento

Claus Roxin, sintetizando la teoría causal pura y la teoría de la causación orientada a la accesoriedad⁷⁸, postula que la participación criminal en sí misma consistiría en una afectación dolosa de un bien jurídico, la cual operaría mediante una intervención desprovista de caracteres de autoría en la ejecución dolosa de una conducta típica y antijurídica⁷⁹. El injusto de la participación residiría en el ataque mediato a un bien jurídico penalmente protegido por el tipo penal principal.

Según Claus Roxin, el injusto del partícipe tendría una doble naturaleza. Por una parte, sería un injusto dependiente o derivado del hecho

⁷² HAAS (2008), p. 133.

⁷³ SCHUMANN (1986), p. 46.

⁷⁴ ROXIN (2003), § 26, n.m. 28.

⁷⁵ WELZ (2010), p. 29.

⁷⁶ *Ibid.*

⁷⁷ *Ibid.*

⁷⁸ ROXIN (1994), Vor. § 26, n.m. 22.

⁷⁹ *Op. cit.*, Vor. § 26, n.m. 1.

principal, por cuanto se le imputaría al partícipe el injusto del autor⁸⁰. Por otra parte, sería independiente, porque el injusto del autor solo puede ser imputado al partícipe cuando la colaboración al hecho del autor simultáneamente constituye un ataque propio del partícipe al bien jurídico⁸¹.

En consecuencia, para Claus Roxin deben concurrir dos requisitos copulativos para que exista una participación criminal punible: En primer lugar, debe existir una causación accesoria de una lesión del bien jurídico mediante una intervención en un hecho delictivo doloso, la cual sería una condición necesaria, mas no suficiente, del castigo de la participación. Lo anterior implica que el hecho principal debe alcanzar al menos el grado de tentativa⁸². Adicionalmente, la conducta del partícipe debe importar una afectación autónoma de un bien jurídico, lo que requiere que el bien jurídico se encuentre protegido también a su respecto. Esta segunda exigencia fluiría de los principios generales de la teoría de la imputación, ya que solamente se puede responsabilizar penalmente por la afectación de un bien jurídico a quienes respecto de los cuales se encontraba protegido dicho bien jurídico⁸³.

Según Claus Roxin, esta síntesis permitiría fundamentar adecuadamente la impunidad de la víctima en los casos de participación necesaria, puesto que, si bien en esos casos se verifica una intervención en un hecho delictivo doloso, el bien jurídico no se encuentra protegido a su respecto, ya que la víctima es el propio titular del mismo, por lo que no concurrirían todos los requisitos de la participación punible. Por ejemplo, en el caso de la víctima sobreviviente a una tentativa de homicidio a petición, o en el caso de la víctima de usura, lo que ocurre es que tiene lugar una autolesión mediata, cuya impunidad se explica en razón de que el bien jurídico no se encuentra protegido a su respecto, sino que solamente respecto de terceros; la afectación de los bienes jurídicos por parte de su titular no genera responsabilidad penal⁸⁴.

Lo mismo ocurriría respecto de los partícipes en conductas punibles que, de haberlas realizado en calidad de autor, no generarían responsabilidad penal para ellos, como sería el caso del condenado que induce a un tercero a que lo ponga en libertad, o el caso de quien induce a otro a que lo encubra. En ambos casos, no procede sancionar al partícipe, ya que el ordenamiento jurídico no protege el bien jurídico a su respecto.

Respecto del agente provocador, Claus Roxin fundamenta su impunidad en el hecho de que este no tiene por objetivo la lesión efectiva del bien

⁸⁰ ROXIN (2003), § 26, n.m. 11.

⁸¹ *Ibid.*

⁸² *Op. cit.*, Vor. § 26, n.m. 4.

⁸³ *Op. cit.*, § 26, n.m. 9.

⁸⁴ *Op. cit.*, § 26, n.m. 44.

jurídico, de forma que no se configuraría a su respecto el elemento autónomo del injusto de la participación, que presupondría un dolo de consumación. En consecuencia, la inducción a un hecho punible realizada con la finalidad de aprehender al autor durante la fase de tentativa no sería punible⁸⁵.

Por último, en relación con los partícipes *extraneus* en un delito especial propio, la punibilidad se fundamentaría sin mayores problemas, ya que, si bien quien no goza de las características especiales descritas en el tipo penal no puede afectar inmediatamente el bien jurídico, ello no significa que este no se encuentre protegido a su respecto, de forma que su afectación mediata lógicamente debiese ser punible.

2.2.2. Objeciones

Si bien los resultados que arroja el planteamiento de Claus Roxin son considerados deseables, René Bloy y Marios Nikolidakis⁸⁶ afirman que la teoría sería dogmáticamente inconsistente⁸⁷, puesto que el injusto de la participación debe ser dependiente o independiente del hecho principal, pero no podría ser simultáneamente accesorio e independiente⁸⁸. La construcción de Claus Roxin del injusto de la participación sumaría dos cosas completamente heterogéneas (principio de accesoriedad y el principio de la vulneración propia del bien jurídico)⁸⁹, cuya relación no estaría demostrada, ni existiría un factor común que permita tratarlos conjuntamente⁹⁰. Adicionalmente, la suma de dos teorías traería consigo también la suma de las objeciones que se le formula a cada una⁹¹.

III. RESUMEN Y VALORACIÓN DE LA DISCUSIÓN

De las consideraciones expuestas relativas al contenido y estructura del injusto de la participación se puede afirmar el rechazo de los planteamientos que ven el injusto de la participación en algo ajeno a la lesión del bien jurídico protegido por los tipos penales. De la cantidad de objeciones que se presentan a dichos planteamientos, es el principio de autorresponsabilidad el que entrega el motivo más sólido para fundamentar su rechazo.

⁸⁵ ROXIN (1994), Vor. § 26, n.m. 2.

⁸⁶ NIKOLIDAKIS (2004), p. 47; BLOY (1985), pp. 253 ff.

⁸⁷ NIKOLIDAKIS (2004), p. 48.

⁸⁸ *Ibid.*

⁸⁹ BLOY (1985), p. 253.

⁹⁰ *Op. cit.*, p. 254.

⁹¹ NIKOLIDAKIS (2004), p. 28; BLOY (1985), p. 254.

Por una parte, deben ser rechazadas las teorías basadas en la idea de una corrupción del autor, puesto que, aun cuando efectivamente tenga lugar en algunos supuestos de participación, ella no le puede ser imputable al partícipe y, en consecuencia, no podría fundamentar su responsabilidad penal. En este sentido, el principio de autorresponsabilidad representa un obstáculo insalvable para este tipo de fundamentación, que excluye *de lege ferenda* la corrupción del autor como un motivo plausible de la punibilidad de la participación.

Por otra parte, el principio de autorresponsabilidad también excluye la posibilidad de considerar la solidaridad con el autor como parte del contenido del injusto punible de la participación, ya que esta es incompatible con este principio.

Ya que estas teorías no pueden entregar una legitimación jurídico material de las normas sobre participación criminal, ni tampoco producen criterios de interpretación operativos para dichas normas, debe buscarse la solución en las teorías de la causación.

En el marco de los planteamientos relacionados con la causación, es la teoría de la causación orientada a la accesoriedad la que mejor explica la regulación de la participación⁹², siendo improcedentes las objeciones que se plantean a su respecto, según se argumentará a continuación.

Como se expuso supra, se le critica a la teoría de la causación orientada a la accesoriedad el no entregar fundamento suficiente para fundamentar jurídico materialmente el principio de accesoriedad. La transferencia del injusto del autor hacia el partícipe no tendría explicación y, además, omitiría una fundamentación referida al bien jurídico.

Al respecto, cabe aclarar que el principio de accesoriedad es un elemento determinante de la estructura jurídico-material de la participación, sin el cual no se la puede construir como conducta penalmente relevante, puesto que su carácter delictivo solo se puede establecer con referencia al hecho principal y su resultado. La punibilidad de la participación no puede fundamentarse sin referencia al principio de accesoriedad.

Según la teoría de la causación orientada a la accesoriedad el injusto de la participación consiste en la afectación mediata de un bien jurídico. Entonces, tanto el hecho principal como la participación comparten un elemento común consistente en la afectación de un bien jurídico. Tanto al autor como al partícipe les es imputada la causación de una misma afectación de un bien jurídico, solo que en el caso de la participación esta causación opera mediatamente, lo que obliga a concebir al injusto de la participación como derivado del hecho principal.

⁹² KÜHL (2012), p. 701.

Sin embargo, la naturaleza derivada del injusto de la participación no implica que el partícipe responda por un injusto ajeno. El principio de accesoriedad es un principio de imputación que permite vincular materialmente un resultado –en el sentido de “estado de cosas antijurídico”– con una conducta, aun cuando ella carezca de caracteres de autoría⁹³. El partícipe no responde porque el autor haya cometido un hecho ilícito, sino porque él ha contribuido a la realización del tipo. De esta manera, el comportamiento accesorio se constituye como un injusto propio, mediante el cual el partícipe hace suyo el hecho principal.

La conexión entre el hecho principal y la conducta de participación (o sea, el principio de accesoriedad) no es una decisión arbitraria del legislador, sino que emana de la esencia del fenómeno de la participación⁹⁴, la cual solo puede ser entendida como conducta criminal cuando uno la observa en relación con un hecho criminal principal. Sin él, toda conducta accesoría pierde su sentido delictivo⁹⁵.

El partícipe toma parte en un hecho punible y causa mediatamente la afectación de un bien jurídico penalmente protegido, y en ello reside su propio injusto. Tanto el injusto del autor como el del partícipe encuentran su base en la misma lesión del bien jurídico.

Como se puede ver, el principio de accesoriedad no es una necesidad formal, sino de carácter jurídico material, que permite imputar al partícipe el injusto típico⁹⁶, por lo que debe abandonarse la idea de la independencia de la participación.

Asimismo, debe descartarse la objeción de que la teoría de la causación orientada a la accesoriedad descuida la referencia al bien jurídico. La exigencia de que el bien jurídico también debe encontrarse protegido respecto del partícipe se desprende –tal como afirma Claus Roxin– de los principios generales de la imputación⁹⁷, y no tiene que ver con el tipo de intervención en el hecho punible. Tanto la autoría como la participación presuponen que el bien jurídico protegido por el tipo penal principal se encuentre protegido respecto del autor y del partícipe. En cualquier situación en la que el bien jurídico afectado no se encuentre protegido respecto de algún interviniente, debe descartarse a su respecto la imputación del injusto típico.

Lo anterior no es algo independiente del principio de accesoriedad, sino que es parte integrante de él, de forma que la participación criminal

⁹³ NIKOLIDAKIS (2004), p. 50.

⁹⁴ *Op. cit.*, p. 51.

⁹⁵ BLOY (1985), p. 251.

⁹⁶ NIKOLIDAKIS (2004), p. 50; BLOY (1985), p. 250.

⁹⁷ ROXIN (2003), § 26, n.m. 9.

–afectación accesoria del bien jurídico protegido– presupone siempre que el bien jurídico se encuentre protegido respecto del partícipe, de lo contrario no se puede realmente hablar de participación⁹⁸.

Ya que el injusto específico de la participación reside en la causación accesoria de una afectación típica de un bien jurídico, no podría hablarse de una afectación accesoria, cuando el bien jurídico no se encuentra protegido respecto del partícipe⁹⁹. En tal caso, no podría fundamentarse el injusto del partícipe, porque él no se encuentra en posición de afectar el bien jurídico de manera jurídico penalmente relevante, de forma que falta el “resultado” de la participación¹⁰⁰. Se trata de un requisito inmanente de la responsabilidad e imputación¹⁰¹.

En conclusión, la teoría de la causación orientada a la accesoriedad, correctamente entendida, lleva a los mismos deseables resultados de la teoría de Claus Roxin, sin necesidad de afirmar una naturaleza dual del injusto de la participación.

IV. APLICACIONES PRÁCTICAS

4.1. *Causalidad como requisito objetivo básico de la complicidad*

La determinación del injusto de la participación criminal no solo tiene relevancia para legitimar su castigo, sino que tiene también relevancia para precisar el tipo objetivo de la complicidad y el requisito de la causalidad del aporte.

En Alemania, el § 27 del *Código Penal* exige solamente que el cómplice haya prestado ayuda para la comisión del hecho principal. Al respecto se pregunta: ¿qué es lo que debe entenderse específicamente por “prestar ayuda”?, ya que sería un concepto poco expresivo, que debe ser precisado interpretativamente y cuyo significado depende en gran medida de la concepción que se tenga del injusto de la participación¹⁰².

Sobre este punto, se discute si es necesario un vínculo causal entre el hecho principal y la ayuda prestada para poder afirmar la complicidad. La doctrina mayoritaria –partidaria de la teoría causal orientada a la accesoriedad– afirma la aplicabilidad de las reglas generales sobre causalidad a la complici-

⁹⁸ NIKOLIDAKIS (2004), p. 50; BLOY (1985), p. 256.

⁹⁹ WELZ (2010), p. 33.

¹⁰⁰ NIKOLIDAKIS (2004), p. 52.

¹⁰¹ RACKOW (2007), p. 77.

¹⁰² OSNABRÜGE (2002), p. 24.

dad¹⁰³. Sin embargo, quienes entienden que la participación posee un injusto autónomo, renuncian al requisito de la causalidad en el ámbito de la complicidad y, en vez, trabajan con el principio del incremento del riesgo como criterio de imputación, interpretando la complicidad como un delito de peligro¹⁰⁴.

Por su parte, en Chile, se desprende del § 4 del título III del libro I del *Código Penal* que la punibilidad de la complicidad depende de la existencia de un hecho principal que al menos haya alcanzado el grado de tentativa¹⁰⁵.

Ahora bien, en la doctrina nacional no existe total claridad respecto a la relación necesaria entre cooperación y hecho principal y, por tanto, respecto al criterio conforme al cual debe delimitarse la punibilidad de la tentativa. Algunos autores dan a entender que bastaría para el castigo de una cooperación en un crimen o simple delito que se haya dado principio a la ejecución, sin que sea necesaria una cooperación efectiva (en el sentido de un nexo causal comprobable entre aporte y ejecución del hecho)¹⁰⁶.

Lo cierto es que no se puede prescindir de la causalidad en el ámbito de la complicidad, ya que ello hace imposible la distinción entre complicidad tentada y acabada. La complicidad acabada requiere al menos de un nexo causal entre el comportamiento del cómplice y la ejecución del hecho, de lo contrario se trataría de una complicidad tentada, ya que de otra forma no es posible imputar al cómplice el hecho principal.

La opinión mayoritaria en Alemania parte de la base de que el aporte del cómplice debe posibilitar, facilitar, intensificar o asegurar la realización del tipo principal. Esto precisamente debido a que la complicidad deriva su carácter de injusto del hecho principal, por lo cual el nexo causal entre ambas conductas es un requisito fundamental para su punibilidad al cual no se puede renunciar¹⁰⁷.

Lo mismo debiese concluirse en nuestro ordenamiento jurídico, ya que es el único factor objetivo que permite trazar la línea establecida por el legislador en el § IV, el cual no prevé una pena para la complicidad tentada, lo cual hace necesario determinar cuándo existe tentativa de complicidad (impune) y cuándo comienza la complicidad punible.

¹⁰³ SCHMIDT (2012), p. 436.

¹⁰⁴ OTTO (2004), § 22, n.m. 52.

¹⁰⁵ BALMACEDA (2014), p. 291 s.; CURY (2009), p. 630; HERNÁNDEZ (2011), p. 414; NOVOA (2005), p. 197.

¹⁰⁶ CURY (2009), p. 628 afirma: "no es necesaria una intervención causal". GARRIDO (2007), p. 420 exige que: "La acción de colaboración ha de ser considerada por el autor". En atención a los ejemplos que entrega, pareciera no exigir causalidad, sino la mera consciencia en el autor de que existe el aporte idóneo para facilitar la comisión del delito, aun cuando no haga uso de él al momento de la ejecución.

¹⁰⁷ SCHÖNKE/ SCHRÖDER (2010), Vor. §§ 25 ff., n.m. 7.

4.2. *Accesoriedad en los delitos especiales propios*

Respecto de aquellos delitos especiales que no tienen un tipo común correlativo, se discute si acaso es posible la participación de personas que no tienen la calidad especial descrita en el tipo. Esta constelación de casos es entendida por la doctrina¹⁰⁸ y jurisprudencia¹⁰⁹ en Chile generalmente como un problema de “comunicabilidad de la calidad especial del sujeto activo” lo cual genera una dificultad basal de comprensión del problema.

El problema no se encuentra explícitamente resuelto en el *Código Penal* chileno¹¹⁰ y la discusión tiende a girar en torno a la aplicación del art. 64 inc. 1.º del CP¹¹¹, según el cual las circunstancias personales modificatorias de la responsabilidad penal solo afectan la responsabilidad de los partícipes en quienes concurren.

Un sector de la doctrina¹¹² ve la comunicabilidad como la consecuencia lógica del carácter accesorio de la participación criminal¹¹³, ya que el bien jurídico subyacente a estos tipos penales también se encuentra protegido respecto del partícipe¹¹⁴. Dado que la calidad especial no sería una circunstancia personal modificatoria de responsabilidad penal, sino fundamentadora del injusto, el art. 64 inc. 1.º no vendría al caso¹¹⁵.

Otro sector, crítico de la teoría de la comunicabilidad, propone, sobre la base del art. 64 inc. 1.º del CP, la incomunicabilidad de la calidad especial, de modo que la participación solo sería posible cuando existe una norma especial (por ejemplo, art. 250)¹¹⁶. Más allá de criticar la desproporcionali-

¹⁰⁸ HERNÁNDEZ (2011), p. 372; RODRÍGUEZ y OSSANDÓN (2005), p. 127; NOVOA (2005), p. 236; VAN WEEZEL (2007), p. 114.

¹⁰⁹ Véase HERNÁNDEZ (2011), p. 372 ss.

¹¹⁰ HERNÁNDEZ (2011), p. 372; NOVOA (2005), p. 240.

¹¹¹ VAN WEEZEL (2007), p. 114.

¹¹² CURY (2009), p. 643 ss.; GARRIDO (2007), p. 431.

¹¹³ NOVOA (2005), p. 241 ss.

¹¹⁴ *Op. cit.*, p. 241. “Una de estas razones es la que mira a la naturaleza misma y fin de la ley penal, que es la protección de bienes jurídicos de gran valía social y el hecho de que el legislador ha sistematizado los diversos tipos delictivos precisamente considerando los diversos bienes jurídicos cuya protección pretende la ley penal”. Es así como, aunque la ley penal haya restringido algunos tipos a la conducta de cierta clase de personas que en ellos podrían obrar como autores propiamente tales (ejecutores totales de la conducta típica), sea explícita o implícitamente, lo que ella se propone es que el hecho típico no sea realizado, ni por el cualificado a solas, ni por éste con colaboración o ayuda del no cualificado.

¹¹⁵ CURY (2009), p. 647.

¹¹⁶ RODRÍGUEZ y OSSANDÓN (2005), p. 136. HERNÁNDEZ (2011), p. 378.

dad del castigo del *extraneus*¹¹⁷ –juicio político-criminal reservado al legislador, no corregible por la vía dogmática– se le critica fundamentalmente a la teoría de la comunicabilidad la incoherencia sistemática de la imputación accesoria en el delito especial, puesto que se sancionaría al *extraneus* por la infracción de un deber que no le compete¹¹⁸.

Lo cierto es que no se trata de la comunicabilidad de la calidad de sujeto especial ni de la imputación de la infracción de un deber, sino de un problema de imputación de injusto típico. Al partícipe no se le castiga como si fuera un funcionario público que infringe un deber especial, sino que se le castiga por su participación en la producción de un injusto típico cuya realización se encuentra restringida a un círculo reducido de autores, sobre quienes efectivamente pesa un deber especial. Si bien al *extraneus* no se le puede imputar el injusto típico en calidad de autor, nada obsta a la imputación accesoria de la vulneración de un bien jurídico llevada a cabo por un autor cualificado en conformidad con las reglas generales de participación.

En los delitos especiales propios, la punibilidad de la participación se fundamenta exclusivamente sobre la base del principio de accesoriedad. Si bien un *extraneus*, en principio, no está en posición de vulnerar los bienes jurídicos protegidos por los tipos especiales, su participación accesoria habilita la imputación del injusto del hecho principal. La imposibilidad jurídica y fáctica de realizar el injusto típico especial del *extraneus*, no obsta a la imputación mediata del injusto, el cual se hace posible en el momento en que este contribuye causal y dolosamente a su realización.

La calidad de funcionario y la infracción de deber son un presupuesto normativo del injusto y no su fundamento. El fundamento de la punibilidad de la infracción del deber es la vulneración del bien jurídico protegido por el tipo penal principal¹¹⁹. El fundamento del injusto en el caso de los delitos

¹¹⁷ VAN WEEZEL (2007), p. 115: “[...] esta solución no deja de ser insatisfactoria: precisamente en los casos en que la ley atiende en forma absoluta al estatus del sujeto activo, de modo que en ausencia de tal estatus el hecho ni siquiera es punible, se termina castigando al *extraneus* siempre y en forma más intensa que en los casos en los que la cualificación personal constituye sólo una circunstancia agravante. La solución arroja de un golpe al ciudadano corriente en una situación cualificada de deber y lo nivela, por ejemplo, con el juez que prevarica o con funcionario público que malversa fondos a su cargo”. Similar RODRÍGUEZ y OSSANDÓN (2005), p. 129 s.

¹¹⁸ VAN WEEZEL (2007), p. 115. N.a.P. 153. “Respecto de la infracción del deber subyacente, sin embargo, lo anterior significa que en tales delitos opera la accesoriedad, lo que no parece compatible con la idea de los delitos de infracción de un deber positivo... en los que tal deber sólo puede ser infringido por quien se encuentra vinculado por él”. HERNÁNDEZ (2011), p. 379; RODRÍGUEZ y OSSANDÓN (2005), p. 129.

¹¹⁹ RODRÍGUEZ y OSSANDÓN (2005), p. 118 “[...] al concebir estos delitos como de infracción de deber no desaparece la referencia al bien jurídico [...] pese a que lo relevante sea la

contra la función pública cometidos por funcionarios no tiene que ver con “que su ejecución normalmente importa abuso de poder o el aprovechamiento de ciertas ventajas”¹²⁰ sino que en la vulneración del bien jurídico “correcto funcionamiento de la función pública”¹²¹, que solo quien ostenta la calidad de funcionario se encuentra en una posición jurídica de llevar a cabo.

Si bien ni el inductor ni el cómplice realizan el tipo penal, ni poseen la calidad especial requerida por la norma, es perfectamente posible atribuirles responsabilidad por el injusto típico realizado por el autor especial.

BIBLIOGRAFÍA

- BALMACEDA HOYOS, Gustavo (2014). *Manual de derecho penal. Parte general*. Santiago: Librotecnia.
- BAUNACK, Martina (1999). *Grenzfragen der strafrechtlichen Beihilfe: Unter besonderer Berücksichtigung der sogenannten psychischen Beihilfe*. Berlin: Duncker & Humblot.
- BLOY, René (1985). *Die Beteiligungsform als Zurechnungstypus im Strafrecht*. Berlin: Duncker & Humblot.
- CURY URZÚA, Enrique (2009). *Derecho penal. Parte general*. 9ª ed. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, tomo I.
- GARRIDO MONTT, Mario (2007). *Derecho penal. Parte general*. 4ª ed. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, tomo II.
- HAAS, Volker (2008). *Die Theorie der Tatherrschaft und ihre Grundlagen*. Berlin: Duncker & Humblot.
- HERNÁNDEZ BASUALTO, Héctor (2011), en Jaime COUSO y Héctor HERNÁNDEZ (dirs.), *Código penal comentado*. Santiago: Legal Publishing, libro I.
- INGELFINGER, Ralph (1992). *Anstiftervorsatz und Tatbestimmtheit*. Berlin, Duncker & Humblot.
- JAKOBS, Günther (1993). *Günther: Strafrecht, Allgemeiner Teil: Die Grundlage und die Zurechnungslehre, 2. Auflage*. Berlin: DeGruyter.
- JESCHECK, Hans-Heinrich Thomas WEIGEND, (1996). *Lehrbuch des Strafrechts: Allgemeiner Teil, 5. Auflage*. Berlin: Duncker & Humblot.

referencia al deber que, de lesionarse, determina la tipicidad... Aunque no se haga referencia a la lesión o puesta en peligro del bien jurídico, aunque se afirme que la defraudación de la expectativa no se realiza con la creación de un riesgo prohibido, sino con el incumplimiento de un deber institucional, el bien jurídico siempre está en el trasfondo”.

¹²⁰ RODRÍGUEZ y OSSANDÓN (2005), p. 129. N.a.P. 110.

¹²¹ *Op. cit.*, p. 110.

- KINDHÄUSER, Urs (2011). *Strafrecht, Allgemeiner Teil, 5. Auflage*. Baden-Baden: Nomos Verlag.
- KUDLICH, Hans (2004). *Die Unterstützung fremder Straftaten durch berufsbedingtes Verhalten*. Berlin: Duncker & Humblot.
- KÜHL, Kristian (2012). *Strafrecht: allgemeiner Teil, 7. Auflage*. München, Vahlen Verlag.
- LANGE, Richard (1940). *Die Notwendige Teilnahme*. Berlin, DeGruyter.
- LESS, Günter (1957). "Der Unrechtscharakter der Anstiftung". *ZStW*, vol. 69.
- LÜDERSEN, Klaus (1967). *Zum Strafgrund der Teilnahme*. Baden-Baden: Nomos Verlag.
- MAYER, Hellmuth (1953). *Strafrecht, Allgemeiner Teil*. Stuttgart: Kohlhammer.
- MEYER, Maria-Katharina (1979). "Tatbegriff und Teilnehmerdelikt". *Goldammer's Archiv für Strafrecht*.
- MITSCHE, Wolfgang (1986). *Straflose Provokation strafbarer Taten: Eine Studie zu Grund und Grenzen der Straffreiheit des agent provocateur*. Lübeck: Schmidt-Römheld.
- NIKOLIDAKIS, Marios (2004). *Grundfragen der Anstiftung: Strafgrund - agent provocateur - Objektverwechslung*. Berlin: Duncker & Humblot.
- NOVOA MONREAL, Eduardo (2005). *Curso de derecho penal chileno. Parte general*. 3ª ed. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, tomo II.
- OSNABRÜGGE, Stephan (2002). *Die Beihilfe und ihr Erfolg: zur objektiven Beziehung zwischen Hilfeleistung und Haupttat in § 27 StGB*. Berlin: Duncker & Humblot.
- OTTO, Harro (2004). *Strafrecht AT, 7. Aufl.* Berlin: DeGruyter.
- RACKOW, Peter (2007). *Neutrale Handlungen als Problem des Strafrechts*. Frankfurt am Main: Peter Lang.
- RENZIKOWSKI, Joachim (1997). *Restriktiver Täterbegriff und fahrlässige Beteiligung*. Tübingen: Mohr Siebeck.
- RODRÍGUEZ COLLAO, Luis y María Magdalena OSSANDÓN WIDOW (2005). *Delitos contra la función pública*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- ROXIN, Claus (1993), en Burkhard JÄHNKE, Heinrich Wilhelm LAUFHÜTTE, Walter Odersky (Hrsg.) (1993). *Leipziger Kommentar zum Strafgesetzbuch, 8. Lieferung: §§ 25-27, 11. Auflage*. Berlin/New York: Beck Verlag.
- ROXIN, Claus (1994), en Wilfried KÜPER, Jürgen WELP (Hrsg.) (1994). *Beiträge zur Rechtswissenschaft, Festschrift für Walter Stree und Johannes Wessels zum 70. Geburtstag*. Heidelberg: C.H. Beck.
- ROXIN, Claus (2003). *Strafrecht, Allgemeiner Teil Band II: Besondere Erscheinungsformen der Straftat*. München: C.H. Beck.
- SCHMIDHÄUSER, Eberhard (1983). *Strafrecht, Allgemeiner Teil*. Tübingen: Mohr Siebeck.
- SCHMIDT, Rolf (2012). *Strafrecht, Allgemeiner Teil, 11. Auflage*. Grasberg bei Bremen: Rolf Schmidt Verlag.

- SCHÖNKE, Adolf, Horst SCHRÖDER (Hrsg.) (2010). *Strafgesetzbuch (Kommentar)*, 28. Auflage. München: C.H. Beck.
- SCHUMANN, Heribert (1986). *Strafrechtliches Handlungsunrecht und das Prinzip der Selbstverantwortung der Anderen*. Tübingen: Mohr Siebeck.
- TRECHSEL, Stefan (1967). *Der Strafgrund der Teilnahme*. Bern: Stämpfli.
- VAN WEEZEL, Alex (2007). *Delitos tributarios*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- WESSELS, Johannes, Werner BEULKE (2011). *Strafrecht Allgemeiner Teil: die Straftat und ihr Aufbau*, 41. Auflage. Heidelberg: C.F. Müller.
- WELZ Markus (2010). *Zum Verhältnis von Anstiftung und Beihilfe: Überlegungen insbesondere zur Abgrenzung von Anstiftung und psychischer Beihilfe sowie zur Durchführung einer Wahlfeststellung zwischen den Teilnahmeformen*. Frankfurt am Main: Peter Lang.
- WOLFF-RESKE, Monika (1995). *Berufsbedingtes Verhalten als Problem mittelbarer Erfolgsverursachung: Ein Beitrag zu den Grenzen der Beihilfestrafbarkeit*. Baden-Baden: Nomos Verlag.